

Sygn. akt: KIO 1229/14

WYROK
z dnia 3 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2014r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2014r. przez **odwołującego**: Catermed S.A. 31-201 Kraków; ul. Ks. Siemaszki 15 a w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej 34-300 Żywiec; ul. Sienkiewicza 52

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Catermed S.A. 31-201 Kraków; ul. Ks. Siemaszki 15 a i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000. **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Catermed S.A. 31-201 Kraków; ul. Ks. Siemaszki 15 a 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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bielsko - Białej

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

Przedmiot postępowania, w którym zostało złożone odwołanie, to zamówienie publiczne na: „Przygotowywanie i dostarczanie całodziennych posiłków dla pacjentów Szpitala Powiatowego w Żywcu ul. Sienkiewicza 52, Oddziału Rehabilitacyjnego w Żywcu ul. Żeromskiego 7 oraz Zakładu Opiekuńczo - Leczniczego w Żywcu ul. Żwirowa 20 wraz z przejściem pracowników zamawiającego na podstawie art. 23¹ KP”.

Zamawiający dotychczas we własnym zakresie zapewniał wyżywienie całodzienne dla pacjentów prowadzonych przez niego placówek, utrzymując kuchnię i personel kuchenny. Jak wyjaśnił na rozprawie pogarszający się stan ekonomiczno-finansowy prowadzonej działalności medyczno – opiekuńczo- rehabilitacyjnej wymusza podejmowanie rozwiązań organizacyjnych, które by poprawiły kondycję finansową zamawiającego. Jednym z takich działań jest zlikwidowanie własnej bazy całodziennego wyżywienia i rozpisanie na tę działalność przetargu w ramach zamówień publicznych.

Miejsce publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym:

Z uwagi na wartość zamówienia, przekraczającą kwotę określoną na podstawie art.11 ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 984 z późn. zm.) - dalej jako „PZP” lub „ustawa” miejscem publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2014r. pod numerem: 2014/S 106-186749.

Zarzuty odwołania:

Odwołujący na podstawie art. 180 ust.1 ustawy wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), tj.:

- 1) pkt III ppkt 3 w zakresie w jakim zobowiązuje wykonawców do przejścia w trybie art. 23¹ KP pracowników zatrudnionych u zamawiającego (objętych wykazem stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ) oraz nakazuje zaoferowanie tym pracownikom pracy, której miejsce wykonywania zostało ograniczone do terenu miasta Żywiec;
- 2) pkt VIII ppkt 3 (warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków) w zakresie w jakim potwierdzeniem spełnienia warunku

dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest przejęcie pracowników zamawiającego w trybie art. 23¹ KP;

3) pkt VIII ppkt 5 lit. d (warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków) w zakresie w jakim warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie przez wykonawcę zakładu podstawowego (kuchni), w którym będą przygotowywane posiłki dla zamawiającego zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta Żywiec;

4) pkt VIII ppkt 5 lit. g (warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków) oraz załącznika nr 9 w zakresie w jakim celem potwierdzenia dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wykonawcy zobowiązani są do złożenia oświadczenia o bezwarunkowym prawie do dysponowania obiektami kuchni podstawowej i kuchni zastępczej wraz z niezbędnym wyposażeniem, a w przypadku gdy obiekty te nie stanowią własności wykonawców do złożenia dodatkowo pisma właściciela obiektu lub osoby działającej w jego imieniu wyrażającego bezwarunkową zgodę na produkcję posiłków oraz świadczenie usług cateringowych dla podmiotów zewnętrznych.

Wymienionym wyżej postanowieniom SIWZ zarzucono:

1) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez nie zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców w zakresie dotyczącym opisu warunków udziału w postępowaniu,

2) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 PZP poprzez nie zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia,

3) naruszenie art. 25 PZP w zw. z § 1 ust. 1 pkt 4) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich można żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r. poz. 231) poprzez żądanie od wykonawców celem potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu dokumentów nie przewidzianych tymi przepisami.

Wnioski odwołania:

Wskazując na powyższe uchybienia odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ w zakresie:

1) pkt III ppkt 3 SIWZ poprzez uchylenie obowiązku przejęcia przez wykonawców pracowników zatrudnionych u zamawiającego (objętych wykazem stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ) w trybie art 23¹ KP oraz obowiązku zaoferowania przez wykonawców tym

pracownikom warunków pracy, w których miejsce wykonywania jest ograniczone do terenu miasta Żywiec;

2) pkt VIII ppkt 3 SIWZ poprzez uchylenie zapisu, zgodnie z którym potwierdzeniem spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest przejście pracowników Zamawiającego w trybie art. 23¹ KP;

3) pkt VIII ppkt 5 lit. c poprzez uchylenie zapisu, zgodnie z którym potwierdzeniem spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym jest posiadanie przez wykonawcę zakładu podstawowego (kuchni), w którym mają być przygotowywane posiłki dla zamawiającego zlokalizowanego wyłącznie w granicach administracyjnych miasta Żywca;

4) pkt VIII ppkt 5 lit. g oraz załącznika nr 9 poprzez uchylenie zapisów, zgodnie z którymi celem potwierdzenia dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wykonawcy zobowiązani są do złożenia oświadczenia o bezwarunkowym prawie do dysponowania obiektami kuchni podstawowej i kuchni zastępczej wraz z niezbędnym wyposażeniem, a w przypadku gdy obiekty te nie stanowią własności wykonawców do złożenia dodatkowo pisma właściciela obiektu lub osoby działającej w jego imieniu wyrażającego bezwarunkową zgodę na produkcję posiłków oraz świadczenie usług cateringowych dla podmiotów zewnętrznych.

Wskazanie interesu w uzyskaniu zamówienia:

Odwołujący wskazuje, że posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania., gdyż pomimo, iż jest on wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia pod względem posiadanego potencjału technicznego, posiadanego personelu oraz pod względem organizacyjnym, to wskazane w niniejszym odwołaniu postanowienia SIWZ (dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania), które zostały sformułowane w sposób niezgodny z przepisami PZP oraz innymi powszechnie obowiązującymi przepisami uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty przetargowej, a w konsekwencji uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Termin do wniesienia odwołania:

Zamawiający stwierdza, że termin do wniesienia niniejszego odwołania został zachowany, ponieważ treść SIWZ została udostępniona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 5.06.2014 roku a odwołanie zostało wniesione w dniu 16 czerwca 2014r.

Argumentacja formalna i prawna odwołania:

Na rozprawie odwołujący sprostował mylną numerację SIWZ zawartą w odwołaniu dotyczącą pkt III ppkt 3; pkt VIII ppkt 3 oraz pkt 5 lit d i g. Poniżej znajduje się poprawiona numeracja zgodna z numeracją SIWZ.

Zgodnie z opisem zawartym w pkt III SIWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi obejmującej przygotowywanie i dostarczanie całodziennych posiłków dla pacjentów Szpitala Powiatowego w Żywcu ul. Sienkiewicza 52, Oddziału Rehabilitacyjnego w Żywcu ul. Żeromskiego 7 oraz Zakładu Opiekuńczo - Leczniczego w Żywcu ul. Żwirowa 20, której wykonywanie ma polegać na zapewnieniu codziennej produkcji i dostarczaniu posiłków pacjentom ZZOZ w Żywcu z zewnętrznej kuchni produkcyjnej.

Z treści pkt VIII ppkt 5 lit. c SIWZ wynika, iż Zamawiający wymaga by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadali

zakład podstawowy (kuchnię), w którym mają być przygotowywane posiłki zlokalizowany wyłącznie w granicach administracyjnych miasta Żywca. W świetle utrwalonego orzecznictwa KIO (m. in. wyrok z dnia 22.05.2009 r. sygn. KIO/UZP 1734/09) geograficzne ograniczenie miejsca przygotowania posiłków do granic administracyjnych jednego miasta (w rozpatrywanym przypadku miasta Żywca), nie ma jednak żadnego związku z realną możliwością realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym terminowości dostaw, zapewnienia odpowiedniej jakości i temperatury posiłków itp., a wpływa jedynie na ograniczenie konkurencji. Ograniczenie takie eliminuje bowiem z udziału w postępowaniu wykonawców (w tym odwołującego) zdolnych wprawdzie pod względem technicznym i organizacyjnym do realizacji zamówienia lecz nie posiadających zakładu produkcyjnego zlokalizowanego w granicach administracyjnych Żywca.

Poprzez taki opis warunków udziału w postępowaniu, naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 PZP.

W pkt III ppkt 3 SIWZ zamawiający wymaga od wykonawców przejęcia w trybie art. 23¹ KP zatrudnionych przez siebie pracowników (objętych wykazem stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ) oraz wymaga od wykonawców aby ci zaoferowali ww. pracownikom pracę zgodną z posiadanymi przez nich kwalifikacjami, na tych samych lub korzystniejszych warunkach płacowych, ściśle związaną z produkcją posiłków dla zamawiającego oraz świadczoną na terenie miasta Żywiec. Odwołujący nie kwestionuje faktu, iż zamawiający może wymagać od wykonawców zaoferowania swoim dotychczasowym pracownikom zatrudnienia zgodnego z posiadanymi przez, nich kwalifikacjami, ściśle związaną z produkcją posiłków dla zamawiającego oraz na tych samych warunkach płacowych. Zamawiający nie może jednak wymagać, by wykonawcy zaoferowali tym pracownikom pracę na terenie Żywca oraz

przejęcia tych pracowników w trybie art. 23¹ KP. Zgodnie z wykazem stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ wymaga od wykonawców zaoferowania zatrudnienia łącznie 13 pracowników, z których 12 zatrudnionych jest przy produkcji posiłków na stanowiskach kucharz lub pomoc kuchenna, natomiast 1 na stanowisku dietetyka. Wymóg by pracownicy ci byli zostali zatrudnieni z ograniczeniem miejsca świadczenia pracy do granic administracyjnych Żywca należy powiązać z wynikającym z VIII ppkf 5 lit d) wymogiem posiadania zakładu produkcyjnego o takiej samej lokalizacji, a to jak podniesiono powyżej jest wymogiem w nieuzasadniony sposób ograniczającym konkurencję.

Zgodnie z art. 23¹ § 1 KP nowy pracodawca z mocy prawa staje się stroną w dotychczasowych stosunkach pracy, tylko wtedy, gdy nastąpi przejście na niego całości lub części zakładu, pracy. Jak zostało to już podniesione na wstępie, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w pkt III ppkt 1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi polegającej na zapewnieniu codziennej produkcji posiłków oraz dostarczanie ich pacjentom ZZOZ w Żywcu z zewnętrznej kuchni (podstawowej lub zapasowej) produkcyjnej. Zatem zamawiający nie będzie przekazywał wybranemu w wyniku przetargu wykonawcy w związku z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego żadnych składników swojego mienia, jak również żadnych innych składników majątkowych związanych ze świadczeniem usług żywienia. Brak przejęcia przez wykonawcę jakichkolwiek składników majątkowych powoduje, iż nie dojdzie do przejścia na niego nawet części zakładu pracy, co automatycznie wyklucza możliwość zastosowania instytucji przejęcia pracowników w trybie art. 23¹ KP.

Poprzez taki opis przedmiotu zamówienia, niezgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa (w szczególności przepisami prawa pracy), a przez to naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 PZP.

Z tych samych przyczyn co opisane powyżej, za niezgodnie z przepisami należy uznać również uzależnienie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (o którym, jest mowa w pkt VIII ppkt 3 SIWZ) od przejęcia pracowników Zamawiającego w trybie art. 23¹ KP. Zamawiający błędnie wskazuje w tej części SIWZ na obowiązek przejęcia jego pracowników jako na warunek udziału w postępowaniu, podczas gdy obowiązek ten faktycznie stanowi element opisu przedmiotu zamówienia.

W pkt VIII ppkt 5 lit. g SIWZ oraz załączniku nr 9 do SIWZ Zamawiający wymaga aby celem potwierdzenia dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wykonawcy złożyli oświadczenia o bezwarunkowym prawie do dysponowania obiektami kuchni podstawowej i kuchni zastępczej wraz z niezbędnym wyposażeniem, a w przypadku gdy obiekty te nie

stanowią własności wykonawców do złożenia dodatkowo pisma właściciela obiektu lub osoby działającej w jego imieniu wyrażającego bezwarunkową zgodę na produkcję posiłków oraz świadczenie usług cateringowych dla podmiotów zewnętrznych. Żądanie opisanych wyżej oświadczeń jest jednak niezgodnie z obowiązującymi przepisami, gdyż zgodnie z art. 25 PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania (ust. 1) określonych w drodze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów (ust. 2), tj. aktualnie obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich można żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r.: poz. 231) -dalej zwane jako „rozporządzenie o dokumentach”. Zgodnie z § 1 ust.1 pkt 4) celem wykazania dysponowania wymaganym przez zamawiającego potencjałem technicznym, może on żądać przedstawienia przez wykonawców wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. W obowiązujących przepisach prawnych brak jest natomiast podstaw do żądania od wykonawców złożenia oświadczenia o bezwarunkowym prawie do dysponowania obiektami kuchni podstawowej i kuchni zastępczej, a w przypadku gdy obiekty te nie stanowią własności wykonawców również do przedstawienia pisma właściciela obiektu wyrażającego bezwarunkową zgodę na produkcję posiłków oraz świadczenie usług cateringowych dla podmiotów zewnętrznych.

Wobec powyższego odwołujący wnosi jak na wstępie odwołania.

Stanowisko zamawiającego

Działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy zamawiający wniósł o: oddalenie złożonego odwołania w całości z uwagi na brak podstaw faktycznych i prawnych uzasadniających zarzuty i żądania odwołującego, zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Zamawiający przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Odnosząc się do odwołania wniesionego wobec niezgodnych z ustawą postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług, których przedmiotem jest: "Przygotowywanie i dostarczanie całodziennych posiłków dla pacjentów Szpitala Powiatowego w Żywcu ul. Sienkiewicza 52, Oddziału Rehabilitacyjnego w Żywcu ul. Żeromskiego 7 oraz Zakładu Opiekuńczo - Leczniczego w Żywcu ul. Żwirowa wraz z przejęciem pracowników Zamawiającego na

podstawie art. 23¹ KP - znak postępowania: AG/zp/UE/XV/2014, zamawiający stwierdził co następuje.

Zdaniem zamawiającego zapis pkt III ppkt. 3 SIWZ, w zakresie w jakim zobowiązuje wykonawców do przejścia w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy pracowników zatrudnionych u zamawiającego (objętych wykazem stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ) oraz nakazuje zaoferowanie tym pracownikom pracy, której miejsce wykonywania zostało ograniczone do terenu miasta Żywca, jest zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym również z przepisami prawa pracy. I tak błędne jest stanowisko odwołującego, wedle którego warunkiem zastosowania instytucji przejścia pracowników w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy jest przejście przez wykonawcę jakichkolwiek składników majątkowych zamawiającego. Należy bowiem podkreślić, że zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny i orzecnictwa przejście zakładu pracy na nowego pracodawcę następuje także wtedy, gdy przejmuje on zadania wykonywane przez poprzednika, przy czym nie jest niezbędne przejście majątku (tak m. in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2010 r., I PK 214/09, LEX nr 602051: "Przejścia zakładu pracy nie można utożsamiać wyłącznie z majątkiem a może o tym świadczyć także przejście zadań pracodawcy", wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2012 r., III PK 36/11, LEX nr 1162707: "...przejście zakładu pracy na nowego pracodawcę może nastąpić także wtedy, gdy przejmuje on zadania wykonywane przez poprzednika, przy czym nie jest niezbędne przejście znaczącego substratu majątkowego", wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2007 r., I PK 212/06, LEX Nr 360061: "Części zakładu pracy w rozumieniu art. 23¹ § 1 k.p. nie można utożsamiać wyłącznie ze składnikami materialnymi, ponieważ mogą ją także stanowić zadania pracodawcy", wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 września 2006 r., I PK 75/06, LEX Nr 218687: Ocena, że doszło do przejścia części zakładu pracy na nowego pracodawcę (art. 23¹ k.p.) zależy od ustalenia, iż przejął on w faktyczne władanie część zadania lub zadań, stanowiących placówkę zatrudnienia, a więc w zakresie pozwalającym na wykonywanie obowiązków pracowniczych. Nie musi to polegać na nabyciu przedsiębiorstwa lub jego części oraz nie zależy od rodzaju czynności prawnej, na podstawie której następuje). Należy bowiem zauważyć, że na gruncie art. 23¹ Kodeksu pracy pojęcie przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę rozumiane jest bardzo szeroko. Stanowi je zarówno przejście mienia na jakiegokolwiek podstawie prawnej wraz z zadaniami i pracownikami, jak też przejście samych tylko zadań lub funkcji i pracowników (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2004 r., I PK 26/04, LEX Nr 585697). Mając na uwadze powyższe, jak również określenie przedmiotu zamówienia, którym jest świadczenie usługi obejmującej przygotowywanie i dostarczanie całodziennych posiłków dla pacjentów zamawiającego, nie powinno budzić jakichkolwiek wątpliwości uznanie, że wykonawca przejmie zadania, które dotychczas były wykonywane przez zamawiającego, w

związku z czym zastosowanie instytucji przejęcia pracowników w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy jest całkowicie prawidłowe.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego obowiązku zaoferowania przejętym pracownikom pracy, której miejsce wykonywania zostało ograniczone do terenu miasta Żywca, zamawiający podkreśla, że mając na uwadze dotychczasowe, niezbyt wygórowane, warunki płacowe, jak również zróżnicowane miejsca zamieszkania pracowników, które dotyczą nie tylko samego miasta Żywiec, ale w zasadzie całego terenu Powiatu Żywieckiego (tj. Ślemień - 16 km do Żywca, Las - 23 km do Żywca, Radziechowy - 9 km do Żywca, Lipowa - 12 km do Żywca, Juszczyzna - 12 km do Żywca, Kuków - 27 km do Żywca, Leśna - 5 km do Żywca, Szare - 22 km do Żywca - w załączeniu tabela), wprowadzenie powyższego warunku ma na celu zapewnienie ochrony interesów pracowników, na co szczególną uwagę zwracają działające przy ZZOZ w Żywcu organizacje związkowe (w załączeniu pismo z dnia 18 czerwca 2014 r.). Trudno bowiem wymagać, aby przejęci przez wykonawcę pracownicy mieli, z tak odległych miejscowości Powiatu Żywieckiego jak np. Szare, Las, Siemień, dojeżdżać do pracy do innych, niż Żywiec, miast tj. przykładowo do Bielska - Białej, Krakowa czy Katowic.

Mając na uwadze powyższe bezzasadny jest również zawarty w treści odwołania zarzut, wedle którego niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi jest zapis pkt. VIII ppkt. 3 SIWZ, zgodnie z którym potwierdzeniem spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest przejęcie pracowników zamawiającego w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy, zwłaszcza, że pracownicy wymienieni w wykazie stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, są wieloletnimi pracownikami zamawiającego, doskonale znającymi specyfikę wykonywania usługi obejmującej przygotowywanie i dostarczanie całodziennych posiłków dla pacjentów zamawiającego.

Zdaniem zamawiającego całkowicie bezzasadny jest również zarzut sprzeczności z przepisami powszechnie obowiązującymi zapis pkt. VIII ppkt. 5 lit. c) SIWZ, zgodnie z którym potwierdzeniem spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym jest posiadanie przez wykonawcę zakładu podstawowego (kuchni), w którym mają być przygotowywane posiłki dla zamawiającego zlokalizowanego wyłącznie w granicach administracyjnych miasta Żywca. Jednym z argumentów, przemawiających za zasadnością wprowadzenia powyższego zapisu, jest podnoszona już wcześniej kwestia zapewnienia ochrony interesów pracowników, przejmowanych przez wykonawcę w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy. Drugim natomiast argumentem jest konieczność zapewnienia właściwej jakości i temperatury przygotowywanych posiłków, jak również konieczność zapewnienia terminowości dostarczania tych posiłków. Należy bowiem zaznaczyć, że beneficjentami

przygotowywanych i dostarczanych całodziennych posiłków będą pacjenci zamawiającego, a więc osoby poddawane procesowi leczenia, którego jednym z bardzo ważnych elementów jest zapewnienie właściwej, dostosowanej do schorzenia, diety, przy czym właściwa jakość posiłku, jego temperatura oraz terminowość podania, ma niebagatelne znaczenie dla osiągnięcia pełnego sukcesu leczniczo - diagnostycznego. Powyższe okoliczności, związane przede wszystkim z interesem i dobrem pacjenta, powinny w tym przypadku mieć znaczenie priorytetowe. Podnoszone przez zamawiającego argumenty mają przede wszystkim znaczenie w kontekście występujących obecnie na terenie miasta Żywiec problemów komunikacyjnych związanych z budową nowego mostu na rzece Soła (w załączeniu pismo Burmistrza Miasta Żywiec z dnia 20 czerwca 2014 r.). Mając na uwadze powyższe ewentualne dopuszczenie w treści SIWZ możliwości posiadania przez wykonawcę zakładu podstawowego (kuchni), w którym mają być przygotowywane posiłki dla zamawiającego, zlokalizowanego poza granicami administracyjnymi miasta Żywca, będzie zmianą niekorzystną dla pacjentów, których dobro powinno być w tym przypadku wartością najważniejszą.

Należy przy tym podkreślić, że zapis pkt. VIII ppkt. 5 lit. c) SIWZ nie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, gdyż nie eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie mają siedziby w granicach administracyjnych miasta Żywiec, a wyłącznie takich wykonawców, którzy nie posiadają zakładu produkcyjnego zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta Żywiec. Należy bowiem zaznaczyć, że każdy potencjalny wykonawca na potrzeby wykonywania przedmiotowego zamówienia może zlokalizować w granicach administracyjnych miasta Żywiec zakład produkcyjny. Na marginesie zamawiający wskazuje, że wypracowane w ostatnich latach orzecznictwo KIO pozwala uzasadnić, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób ograniczający krąg potencjalnych wykonawców zamówienia publicznego, jeżeli określone wymogi są uzasadnione rzeczywistymi potrzebami zamawiającego, zwłaszcza w świetle celu jakiego ma służyć przedmiot zamówienia. I tak w szczególności zamawiający wskazuje, że z treści uzasadnienia do orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2011 r. (sygn. akt: KIO 1171/11) wynika, iż z faktu, że dany wykonawca nie spełnia określonych przez zamawiającego warunków lub spełnia je w stopniu obniżającym jego szanse na uzyskanie zamówienia, nie można wywodzić naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i jednocześnie nie daje to podstawy do domagania się, wbrew uzasadnionym potrzebom zamawiającego, zmiany opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego również zapis pkt. VIII ppkt. 5 lit. g) SIWZ oraz załącznika nr 9 do SIWZ, nie narusza powszechnie obowiązujących przepisów, zwłaszcza, że zapisy obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie

rodzajów dokumentów, jakich można żądać od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), w § 1 ust. 1 pkt. 4 dopuszczają możliwość żądania od wykonawców, celem wykazania dysponowania wymaganym przez zamawiającego potencjałem technicznym, przedłożenia dokumentów zawierających wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług lub robót budowlanych w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Zdaniem zamawiającego zapis pkt. VIII ppkt. 5 lit. g) SIWZ oraz załącznika nr 9 do SIWZ stanowi realizację wyżej wskazanego postanowienia rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający wnosi jak na wstępie o oddalenie odwołania w całości.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Izba dokonała następujących ustaleń:

Odwołanie zostało wniesione w związku z opublikowaniem postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i zawiera żądanie nakazania zamawiającemu zmian.

Odwołujący przedstawił zarzuty do postanowień SIWZ jak poniżej.

Po pierwsze zarzucił zasadność zobowiązania wykonawców do przejęcia w trybie art. 23¹ KP pracowników zatrudnionych u zamawiającego (objętych wykazem stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ). Zakwestionował również nakaz zaoferowania tym pracownikom pracy, której miejsce wykonywania zostało ograniczone do terenu miasta Żywiec (pkt III Przedmiot zamówienia ppkt 3 SIWZ).

Po drugie zarzucił zasadność zobowiązania wykonawców, w zakresie potwierdzenia spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, do przejęcia pracowników zamawiającego w trybie art. 23¹ KP (pkt VIII Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków ppkt 3 SIWZ).

Po trzecie zarzucił zasadność zobowiązania wykonawców, w zakresie w jakim warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie przez wykonawcę zakładu podstawowego (kuchni), w którym będą przygotowywane posiłki dla zamawiającego zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta Żywiec.(pkt VIII Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków ppkt 5 lit. d).

Po czwarte zarzucił zasadność zobowiązania wykonawców w zakresie w jakim celem potwierdzenia dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, wykonawcy zobowiązani są do złożenia oświadczenia, o bezwarunkowym prawie do dysponowania obiektami kuchni podstawowej i kuchni zastępczej wraz z niezbędnym wyposażeniem. W przypadku gdy obiekty te nie stanowią własności wykonawców do złożenia dodatkowo pisma właściciela obiektu lub osoby działającej w jego imieniu wyrażającego bezwarunkową zgodę na produkcję posiłków oraz świadczenie usług cateringowych dla podmiotów zewnętrznych (pkt VIII Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków ppkt 5 lit. g i załącznik nr 9).

Zamawiający pismem z dnia 25 czerwca 2014r. złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający oprócz argumentacji formalnej i prawnej za nie uwzględnieniem odwołania złożył dowody w postaci dokumentów jak poniżej.

I tak pismo Burmistrza Miasta Żywca z dnia 20.06.2014r. w którym stwierdza się „W odpowiedzi na pismo z dnia 18.06.2014 roku w sprawie utrudnień w ruchu drogowym na terenie Żywca, Urząd Miejski w Żywcu informuje, że w chwili obecnej układ drogowy na terenie miasta jest objęty licznymi zmianami i utrudnieniami. Powyższe wynika z realizowanego w chwili obecnej zadania pn.: „Obwodnica Żywca jako nowy ciąg drogi wojewódzkiej nr 945 wzdłuż rzeki Soły wraz z przebudową mostu nad rzeką Sołą w ciągu drogi wojewódzkiej nr 945”.Przedmiotowa inwestycja wyłączyła z ruchu jedną z dwóch istniejących przepraw mostowych przez rzekę Soła oraz odcinek DW 945 - ulicy Handlowej, co wiąże się z wydłużeniem tras przejazdu oraz czasu potrzebnego na poruszanie się zarówno w ruchu lokalnym jak i tranzytowym. Powyższe utrudnienia są zgłaszane przez użytkowników dróg w mieście. Przewidywany koniec utrudnień to koniec roku 2014. Inwestorem w/w zadania jest Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach.”

Ponadto zamawiający załączył pismo następujących organizacji związkowych z dnia 18 czerwca 2014 r.:

1. Ogólnopolski Związek Zawodowy Lekarzy, Oddział Terenowy w Żywcu
2. Powiatowy Związek Zawodowy Pielęgniarek i Położnych

3. Ogólnopolski Związek Zawodowy Pielęgniarek i Położnych - Międzyzakładowa Organizacja Związkowa
4. Ogólnopolski Związek Zawodowy Położnych
5. Międzyzakładowa Komisja NSZZ „Solidarność” przy Zespole Zakładów Opieki Zdrowotnej w Żywcu
6. Wolny Związek Zawodowy „SIERPIEŃ 80”, Komisja Zakładowa przy ZZOZ Żywiec
7. Związek Zawodowy Pracowników Pogotowia i Transportu Sanitarnego w Żywcu
8. Międzyzakładowy Związek Zawodowy Pracowników Ochrony Zdrowia przy ZZOZ w Żywcu
9. Zakładowa Organizacja Związkowa Ogólnopolskiego Związku Zawodowego Techników Medycznych Elektroradiologii.

Pismo organizacji związkowych skierowane jest do Dyrektora Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Żywcu i zawiera następującą treść :”Działając w imieniu wyżej wymienionych organizacji związkowych działających przy Zespole Zakładów Opieki Zdrowotnej w Żywcu, w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym z odwołania CATERMED S.A. w Krakowie dotyczącego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług, których przedmiotem jest: "Przygotowywanie i dostarczanie całodziennych posiłków dla pacjentów Szpitala Powiatowego w Żywcu ul. Sienkiewicza 52, Oddziału Rehabilitacyjnego w Żywcu ul. Żeromskiego 7 oraz Zakładu Opiekuńczo - Leczniczego w Żywcu ul. Żwirowa wraz z przejściem pracowników Zamawiającego na podstawie art. 23' KP", wyrażamy kategoryczny sprzeciw wobec propozycji zmiany treści SIWZ, na podstawie której pracownicy aktualnie zatrudnieni w kuchni ZZOZ w Żywcu mieliby nie być przejści na podstawie art. 23' Kodeksu pracy przez podmiot, który zostanie wybrany w przedmiotowym postępowaniu lub też mieliby pracować poza obszarem administracyjnym miasta Żywiec”.

Trzecim dokumentem, na potwierdzenie prawidłowych zapisów w SIWZ był Wykaz pracowników kuchni w liczbie 13 osób ze wskazaniem ich miejsc zamieszkania, załączony również do odpowiedzi na odwołanie.

Z treści przywołanego powyżej pisma zamawiającego stanowiącego odpowiedź na odwołanie wynikało, że poszczególni pracownicy mają miejsca zamieszkania w następujących odległościach od Miasta Żywca:16 km; 23 km; 9 km; 12 km; 27; km5 km; 22 kilometrów.

Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że są to pracownice, które miesięcznie zarabiają od 1600 złotych do 1.800 złotych miesięcznie czyli na poziomie najniższego wynagrodzenia krajowego brutto.

Gdyby uwzględnić żądania odwołującego co do miejsca położenia kuchni to znaczy bez ograniczenia jej lokalizacji do m. Żywca to najbliższą miejscowością gdzie mogłaby być zlokalizowana kuchnia jest m. Bielsko - Białej oddalona od m. Żywca około dwudziestu kilku kilometrów. W aktualnie trwających przebudowach drogi dojazdowej oraz remontu mostu na rzece Soła odległość między miastami Żywiec a Bielsko – Biała pokonywana jest nawet do półtora godziny w jedną stronę w godzinach szczytu drogowego. Zamawiający wobec aktualnej sytuacji na drodze wynikającej z remontów między miastem Żywiec i Bielsko – Biała nie zgadza się na to aby dowóz posiłków odbywał się w korkach co powoduje wydłużenie transportu żywności, która powinna być dostarczona o określonych godzinach według SIWZ to jest na godziny:7:30; 12;30 i 18;00. Ponadto pracownicy musieliby poświęcić do dwóch godzin na dojazd do pracy a są to w większości kobiety z długoletnim stażem pracy u zamawiającego. Zamawiający na rozprawie oświadczył, że postanowienia SIWZ stanowią wypracowany kompromis pomiędzy możliwościami i oczekiwaniami przejmowanych pracowników zamawiającego, przyszłym pracodawcą a zamawiającym.

Izba zważyła jak poniżej

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ żaden z zarzutów naruszenia przepisów ustawy pzp przywołanych poniżej nie potwierdził się.

W toku postępowania odwoławczego nie wykazano naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy to jest:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp poprzez nie zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców w zakresie dotyczącym opisu warunków udziału w postępowaniu. Izba nie podziela argumentacji odwołującego co do braku podstaw zobowiązania oferenta do oświadczenia o przejściu pracowników zamawiającego w trybie art.23¹ k.p.w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia jako warunku udziału w postępowaniu
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 PZP poprzez nie zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia. Izba w tym przypadku również nie podziela stanowiska odwołującego co do nieuprawnionego postanowienia SIWZ w zakresie postanowienia

o obowiązku posiadania lub dysponowania obiektem kuchennym na terenie granic administracyjnych miasta Żywiec to jest miejsca lokalizacji placówek zamawiającego.

- 3) art. 25 PZP w zw. z § 1 ust. 1 pkt 4) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich można żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r. poz. 231) poprzez żądanie od wykonawców celem potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu dokumentów nie przewidzianych tymi przepisami. Izba nie podziela argumentacji odwołującego, że żądanie zamawiającego co do złożenia oświadczenia czy to przez oferenta czy to przez właściciela lub reprezentanta właściciela w zakresie dysponowania obiektem kuchennym celem produkcji posiłków i ich dostarczania zamawiającemu jest nieuprawnione w myśl art.22 ust.1 pkt 3 ustawy pzp jak i § 1 ust.1 pkt 4 przywołanego powyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów.

W świetle zgromadzonego w sprawie materiału, w wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego z dokumentów jak i postępowania wyjaśniającego z oświadczeń stron, na rozprawie, Izba nie stwierdza podstaw do przyznania słuszności argumentacji odwołującego co do postawionych zarzutów w odwołaniu.

Izba odnosząc się do zasadniczego zarzutu odwołania dotyczącego wyznaczenia przez zamawiającego miejsca na przygotowywanie posiłków to jest terenu granic administracyjnych miasta Żywiec, czyli granic miasta na terenie którego znajdują się placówki zamawiającego, zważyła jak poniżej.

Izba co do ogólnej zasady zgadza się z poglądem, że nie powinno ograniczać się ani uczciwej konkurencji, ani równego traktowania wykonawców przez wskazywanie miejsca przygotowywania posiłków czy odległości przygotowywania posiłków od placówek zamawiającego. Decydującym czynnikiem powinno być wyznaczenie przez zamawiającego parametrów jakościowych przygotowywanych i dostarczanych posiłków, a nie lokalizacja ich przygotowywania.

Niemniej rozpatrując odwołanie należy uwzględnić szczegółowe warunki i okoliczności w jakich mają być przygotowywane i dostarczane posiłki a prawa konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie mogą być bezwzględными prawami w stosunku do potrzeb zamawiającego.

Tak więc w przedmiotowej sprawie między innymi ze względu na wykazanie przez zamawiającego szczególnych warunków i okoliczności, powyżej sformułowanych zasad wprost nie można zastosować, formułując postawienia SIWZ.

Bowiem zamawiający udowodnił a czemu odwołujący nie zaprzeczył, że aktualnie prowadzone są remonty drogi pomiędzy miastami Żywiec a Bielsko – Białą oraz remont mostu na rzece Soła, co utrudnia płynny przejazd między tymi miastami i znacznie go wydłuża zwłaszcza w godzinach szczytu na drogach. Natomiast Bielsko – Biała jest jedynym najbliższym położonym miastem od Żywca, w którym mogą być zlokalizowane obiekty nadające się do produkcji posiłków i ich dostawy do zamawiającego. Na taką okoliczność powoływał się zamawiający a czemu odwołujący nie zaprzeczył.

Z pisma Urzędu Miasta Żywiec wynika, że remont ma potrwać do końca bieżącego roku. Przy czym miasto nie prowadzi tej inwestycji. Tak więc nie odpowiada za dotrzymanie terminu zakończenia inwestycji. Biorąc pod uwagę typowe nie dotrzymywanie terminów realizacji inwestycji drogowych w Polsce, Izba tę okoliczność uwzględniła jako czynnik utrudniający realizację dostawy posiłków spoza granic miasta Żywiec. Odwołujący na rozprawie jedynie hipotetycznie oświadczył, że może gdzieś w innej okolicy, poza granicami administracyjnymi miasta Żywiec znajduje się potencjalna kuchnia, którą można przeznaczyć do przygotowywania posiłków, ale konkretnie nie wskazał takiego miejsca. Zresztą takiemu stwierdzeniu pełnomocnika odwołującego na rozprawie, przedstawiciele zamawiającego zaprzeczyli stwierdzając z kolei, że gdyby było znane takie miejsce to na pewno by odwołujący je przywołał a czego dotychczas nie uczynił, pomimo zadawania w tym zakresie zamawiającemu pytań.

Izba dopuszczając jako uprawnioną regulację wskazania w SIWZ miejsca przygotowywania posiłków to jest w granicach administracyjnych miasta Żywiec, wzięła również pod uwagę ściśle wyznaczone godziny dostarczania posiłków do placówek zamawiającego i ich wydania pacjentom. Godziny dostarczania posiłków do placówek zamawiającego przypadają na godziny szczytu na drogach, wynikającego z typowych godzin dojazdu do pracy czy powrotów z pracy do miejsc zamieszkania. Są to bowiem zgodnie z SIWZ następujące godziny: 7:30; 12:30 i 18:00. Poza tym godziny dostarczania posiłków odnoszą się do trzech placówek zamawiającego, przy czym każda z nich ma inny adres lokalizacji (przedmiot postępowania: „Przygotowywanie i dostarczanie całodziennych posiłków dla pacjentów Szpitala Powiatowego w Żywcu ul. Sienkiewicza 52, Oddziału Rehabilitacyjnego w Żywcu ul. Żeromskiego 7 oraz Zakładu Opiekuńczo - Leczniczego w Żywcu ul. Żwirowa 20 wraz z przejściem pracowników zamawiającego na podstawie art. 23¹ KP”).

Teoretycznie można przyjąć dowóz z Bielsko – Białej posiłków do placówek zamawiającego zlokalizowanych na terenie miasta Żywiec, czyli z odległości ponad dwadzieścia kilometrów, nawet przy aktualnie obowiązujących utrudnieniach komunikacyjnych pomiędzy tymi miastami. Przy czym nie należałoby się zajmować jakością dostarczanych posiłków, zwłaszcza w sytuacji konieczności zapewnienia dłuższego czasu przejazdu, celem dotrzymania godzin dostaw posiłków do zamawiającego.

Niemniej Izba podchodząc praktycznie do przedmiotu zamówienia uwzględniła aktualne utrudnienia na drogach, które wpływają na czas dowożonych posiłków a przez to ich świeżość i temperaturę oraz ryzyko nie dostarczenia posiłków na czas.

Dlatego też Izba uznała za uprawnione ograniczenie w SIWZ co do miejsca przygotowywania posiłków do miejsc zlokalizowanych w granicach administracyjnych miasta Żywiec.

Przy ocenie postawionego zarzutu odwołującego co do miejsc przygotowywania posiłków Izba uwzględniła reżim jakościowy i czasowy przygotowania i podania posiłków opisany w SIWZ w załączniku nr 4 do SIWZ. Bowiem szczegółowy opis przedmiotu zamówienia ustala zasady i reżim wydawania posiłków to jest: zakres usługi, szacunkową ilość i asortyment diet, wyszczególnienie diet leczniczych i specjalnych, sposób dostarczania posiłków, zasady planowania żywienia i zapotrzebowania posiłków. Postawione wymagania w SIWZ mogą być zagrożone w przypadku przygotowywania posiłków poza miastem Żywiec z uwagi na nie tylko opisane powyżej utrudnienia komunikacyjne z najbliższym sąsiednim miastem jakim jest Bielsko – Biała.

Pominąwszy powyższe utrudnienia komunikacyjne Izba uważa również za celowe ograniczenia do granic administracyjnych m. Żywiec ze względu na zapewnienie odpowiedniego realizowania przedmiotowego zamówienia. Biorąc pod uwagę konieczność terminowych dostaw chociażby ze względu na wyznaczone zabiegi lecznicze w tym operacje a także niebagatelne znaczenie zapewnienia odpowiedniej jakości i temperatury posiłków dla pacjentów, mających znaczenie również lecznicze, zlecenie w ogóle na zewnątrz przygotowywania posiłków jest wielce dyskusyjne.

Natomiast ograniczenie przygotowania posiłków do granic miasta Żywiec nie eliminuje odwołującego z rynku, ponieważ zamawiający dopuszcza wykonywanie posiłków w obiekcie udostępnionym na terenie m. Żywiec.

Wobec oświadczeń pełnomocnika odwołującego na rozprawie o grze konkurencyjnej, która wyklucza jego z rynku z powodu nienależania obiektu na miejscu w Żywcu, zamawiający oświadczył jak poniżej. Stwierdził możliwość udostępnienia obiektu dotychczasowej kuchni szpitalnej pod warunkiem zapewnienia przez potencjalnego wykonawcę dopuszczenia do

działalności. Oświadczenie zamawiającego na rozprawie zostało złożone w obecności Dyrektora zamawiającego, który jest uprawniony do składania oświadczeń nie tylko w związku z reprezentacją zamawiającego na rozprawie.

Pominąwszy nawet powyższe oświadczenie zamawiający nie narusza uczciwej konkurencji, ponieważ oferty mogą złożyć nie tylko wykonawcy posiadający kuchnie na terenie Żywca ale każdy wykonawca, który będzie miał udostępniony obiekt kuchenny przez dysponenta takiego obiektu.

Natomiast wykonawca składając odwołanie działa tylko przez pryzmat swoich interesów i nie ma na uwadze, że usługa ma szczególny charakter. O szczególnym charakterze tej usługi świadczy okoliczność, że przedmiotem zamówienia jest dostawa posiłków dla ludzi chorych, dla których właściwa dieta ma podstawowe znaczenie.

Reasumując zarzut ograniczenia miejsc przygotowania posiłków do granic administracyjnych miasta Żywiec, to jest miasta na terenie którego znajdują się placówki zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie.

W szczególności nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na adresatów usług, którymi są pacjenci szpitalni, osoby rehabilitowane czy objęte usługami opiekuńczymi. Osobom tym ze względu na stan zdrowia należy zapewnić świeże, o odpowiedniej jakości a zwłaszcza temperaturze posiłki.

Co do zarzutu obowiązku przejścia pracowników w trybie art. 23¹ Kp to nie zasługuje on na uwzględnienie z przyczyn jak poniżej.

Na rozprawie pełnomocnik odwołującego potwierdził argumentację odwołania co do zasadności zobowiązania przejścia pracowników ale nie na zasadzie art.23 ze zn.1. ust.1 k.p.

W jego ocenie zapisy SIWZ nie wskazują na przejście ze skutkami wynikającymi z tego przepisu tylko z gwarancją wysokości wynagrodzenia dotychczasowego lub wyższego oraz pracy zgodnej z posiadanymi kwalifikacjami.

Tym samym w ocenie odwołującego brak podstaw do przejścia pracowników z mocy prawa to jest w trybie art. 23¹ Kp. Zapisy SIWZ w ocenie odwołującego są wewnętrznie sprzeczne. Niemniej jednak odwołujący przyznaje, że ma obowiązek przejść pracowników ale z treści SIWZ nie wynika, że muszą być to te same stanowiska pracy a jedynie zgodne z posiadanymi kwalifikacjami.

Reasumując w ocenie odwołującego zasadne jest żądanie zatrudnienia pracowników zamawiającego dotychczas wykonujących prace przy przygotowywaniu posiłków ale nie ze skutkami wynikającymi z art. 23¹ Kp.

Zamawiający natomiast odnosząc się na rozprawie do twierdzeń odwołującego stwierdził, że nie ma możliwości innej niż przejęcie dotychczasowej załogi przygotowującej posiłki na zasadach art.23 ze zn.1 k.p. Również podtrzymał argumentację co do braku konieczności przejęcia wraz z załogą nieruchomości czy wyposażenia będącego na wyposażeniu kuchni dla wypełnienia ustawowych przesłanek przejęcia zakładu. Już w samej odpowiedzi na odwołanie zamawiający przytoczył szereg orzeczeń Sądu Najwyższego, z których wynika, że do przejęcia zakładu pracy wystarczy przejęcie samych zadań należących do tego zakładu pracy. Natomiast warunkiem bezwzględnie nie jest przejęcie na przykład nieruchomości czy wyposażenia służącego do świadczenia usług w tym przypadku do przygotowywania posiłków. W ocenie Izby z samego sformułowania przepisu art.23 ze zn.1 ust.1 k.p. wynika, że przejęcie dotyczy zakładu pracy czy części zakładu pracy. Słowo zakład pracy nie należy interpretować ściśle jako nieruchomości czy innych składników materialnych. Bowiem składniki materialne są tylko jednym z elementów zakładu pracy. Na pojęcie zakładu pracy składają się przede wszystkim pracownicy bez których zakład nie ma możliwości funkcjonowania oraz nieruchomości czy wyposażenie w zależności od przedmiotu prowadzonej działalności czy to wytwórczej, czy to usługowej czy to handlowej czy to jeszcze innej. Z reguły dla istnienia zakładu pracy i możliwości realizacji przez niego zadań wymaganych jest wiele czynników materialnych jak i niematerialnych. Niemniej skoro według tego przepisu można przejąć zarówno cały zakład jak i jego część to oznacza, że niekoniecznie dla wypełnienia tej przesłanki należy przejąć wszelki elementy, które umożliwiają realizacją zadań zakładu.

W świetle istniejącego orzecznictwa Sądu Najwyższego kwestia ta jest jednoznacznie interpretowana.

W przedmiotowej sprawie przekłada się to na okoliczność, że nawet w przypadku nie przejęcia żadnego składnika majątkowego, obowiązkiem wykonawcy jest przejęcie pracowników odslugujących te działalność zamawiającego.

Z zastrzeżeniem przejęcia pracowników zamawiającego na okres świadczenia przez niego przedmiotowej usługi.

W związku z powyższym ma zastosowanie treść art.23¹ § 1 k. p. zgodnie z którym w razie przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę staje się on z mocy prawa stroną w dotychczasowych stosunkach pracy.

Co do pozostałych zarzutów to w ocenie Izby zamawiający ma prawo żądać nie tylko oświadczeń oferenta ale również oświadczenia podmiotu trzeciego, który zapewnia warunki lokalowe i wyposażenie do produkcji i dostawy posiłków, jeżeli składający ofertę ich nie posiada.

Takie dokumenty, informacje przewiduje przywoływany przez odwołującego § 1 ust.1 pkt 4 rozporządzenia prezesa Rady Ministrów i mieści się w zapisie („wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami”)

Tym samym może to być również właściciel obiektu czy też osoba reprezentująca właściciela.

Odwołujący wykazał prawo do wniesienia odwołania, jako potencjalny wykonawca, co wypełnia przesłanki ustawowe przewidziane w art.179 ust.1 ustawy.

Wobec braku wykazania przez odwołującego podniesionych zarzutów odwołania co do naruszenia przepisów ustawy pzp, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, w związku z art. 192 ust.2 ustawy pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp. i § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41 poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł. uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania. Złożony przez pełnomocnika zamawiającego rachunek po zamknięciu rozprawy nie zasługuje na uwzględnienie w związku z treścią art.191 ust.1 i ust.2 oraz ust.3, ponieważ otwarcie no nowo zamkniętej rozprawy ma miejsce jeżeli ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. W ocenie Izby złożenie rachunku nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania. W związku z powyższym Izba nie otworzyła na nowo zamkniętej rozprawy.

Przewodniczący: