

WYROK
z dnia 4 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 czerwca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2013 r. przez **Odwołującego** – Impel Cleaning Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Impel Cleaning Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Impel Cleaning Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** - Impel Cleaning Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, na rzecz **Zamawiającego** - Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg, 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 (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 **Elblągu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie kompleksowego sprzątnia, dezynfekcji w obiektach Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego w Elblągu oraz czynności pomocniczych: transportu wewnętrznego: chorych, zwłok, towarów, bielizny, odpadów. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10.05.2013 r. pod numerem 2013/S 090-153350.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców;
- 2) art. 23¹ k.p. przez niezgodne z prawem ustalenie zasad przejęcia pracowników od dotychczasowego wykonawcy;
- 3) art. 26¹ ustawy z dnia 23 maja 1991 o związkach zawodowych (Dz. U. z 2001 r., Nr 79, poz. 854 ze zmianami);
- 4) art. 24 ust 1 ustawy Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu innych niż ustawowe;
- 5) art. 29 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust 1 pkt 3, 4, 16 ustawy Pzp przez zaniechanie precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, zasad jego zmiany oraz obowiązków wykonawców;
- 6) art. 44 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.) przez wydatkowanie środków publicznych w sposób niezgodny z ustawą Pzp i w efekcie w sposób zaprzeczający zasadzie legitymizmu;
- 7) art. 5 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp przez bezprawne zachowanie Zamawiającego, mające na celu obejście ustawy;

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SIWZ.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że Zamawiający w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ) żąda od wykonawców, aby złożyli oświadczenie o treści, iż w razie wyboru jego oferty gwarantuje: *„przyjęcie i zatrudnienie osób z dotychczasowego personelu Wykonawcy- ISS Facility Services w trybie art. 23¹ KP na okres trwania umowy, na podstawie umowy o pracę (zgodnie z listą imienną, która zostanie przekazana Wykonawcy w chwili podpisywania umowy)”* - pkt 2 litera c. Z kolei w załączniku nr 9 do SIWZ Zamawiający zawarł zapis: *„Wygrywający przetarg może być* zobowiązany do przejęcia z dniem rozpoczęcia wykonania usługi w trybie art. 23¹ KP - jako nowy pracodawca 71 pracowników dotychczasowego Wykonawcy tj. ISS Facility Services*

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie” i dalej „ co do zasady musi przejąć pracowników, natomiast Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, czy firma ISS nie zapewni zatrudnienia dla w/w pracowników w swojej firmie”.*

Zdaniem Odwołującego, powołane załączniki zawierają sprzeczne postanowienia, co do obowiązku wykonawcy względem dotychczasowych pracowników. Zwraca uwagę, że tylko dotychczasowy wykonawca wie, jaka jest faktyczna sytuacja pracowników zatrudnionych przy realizacji kontraktu, co w sposób nieuprawniony stawia go w uprzywilejowanej sytuacji wobec innych wykonawców. Nadto, tylko wskazany wykonawca posiada wiedzę, czy będzie przekazywał pracowników, jeśli tak to ilu i których i jakie będą faktyczne koszty zatrudnienia tych osób. Zdaniem Odwołującego, przedmiotowe postanowienia są niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z kodeksem pracy i ustawą o związkach zawodowych.

Odwołujący podnosi, że obowiązujące przepisy nakładają na wszystkich obowiązek przejęcie pracowników w trybie art. 23¹ k.p., jeśli zaistnieją określone w ustawie przesłanki i wskazany przepis stosuje się obligatoryjnie a nie według woli stron. Powołuje się na wyroki Sądu Najwyższego z 3 kwietnia 2007 r., sygn. akt II PK 245/06 oraz z dnia 17 maja 1995 r., sygn. akt IPRN, 9/95.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowień SIWZ w ten sposób, że Zamawiający powinien jasno wskazać sytuację prawną wykonawców względem pracowników obecnie zatrudnionych przy realizacji usług. Odwołujący żąda, aby lista imienna pracowników, podlegających przekazaniu, stanowiła załącznik do SIWZ, tak aby dotychczasowy wykonawca w razie przegania przetargu nie mógł swobodnie manipulować kadrami i próbować przekazać np. pracowników nie zatrudnionych przy realizacji przedmiotu zatrudnienia.

Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający podał archiwalne dane dotyczące kosztów zatrudnienia pracowników u dotychczasowego wykonawcy - za rok 2012 - które w połowie roku 2013 w żaden sposób nie oddają rzeczywistych kosztów pracy ponoszonych przez wykonawcę. Powyższe powoduje, zdaniem Odwołującego, że tylko dotychczasowy wykonawca ma aktualną wiedzę o kosztach pracy, co w sposób nieuprawniony faworyzuje go w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym, zdaniem Odwołującego, naruszona została zasada uczciwej konkurencji oraz obowiązek Zamawiającego precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia oraz podawania wykonawcom wszystkim elementom wpływających na koszty oferty.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien zmodyfikować załącznik nr 9 do SIWZ przez podanie danych o wynagrodzeniach przewidzianych do przejęcia pracowników z ostatniego miesiąca a nie sprzed pół roku, bez wskazywania, których pracowników dane dotyczą. Ponadto, jak wskazuje Odwołujący, w ogłoszeniu o przetargu oraz we wzorze

umowy Zamawiający pominął całkowicie informację o warunkach stawianych wykonawcom w zakresie przejęcie pracowników, co wymaga także zmiany.

Jak wskazuje Odwołujący, Zamawiający w § 2 ust 3 wzoru umowy przewidział możliwość czasowego lub trwałego wyłączenia dowolnej części powierzchni zamówienia: *„Zamawiający może czasowo lub trwale wyłączyć dowolną część powierzchni wewnętrznych objętych niniejszą umową na czas remontu, wynajęcia pomieszczeń innym użytkownikom, itp. Wyłączenie nie jest zmianą treści niniejszej Umowy i następuje na podstawie pisemnego powiadomienia Wykonawcy o wyłączeniu przez Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie odpowiedniemu zmniejszeniu według zasady opisanej w § 4 ust. 2 zdanie ostatnie”*.

Zdaniem Odwołującego, jest to zapis bardzo nieprecyzyjny i odmienny od innych postanowień zawartych w SIWZ. Dla przykładu, w odniesieniu do „nowego budynku” w § 4 ust 2 i ust 3 litera d wzoru umowy Zamawiający wprowadził granicę dopuszczalnych zmian na poziomie 15%. Tym samym, przewidując dopuszczalne zmiany w treści umowy, Zamawiający najpierw określił, że nie jest zmianą umowy dowolne wyłączenie powierzchni - § 2 ust 3 wzoru umowy - a następnie przewidział, iż w przypadku nowego budynku, zmiana sprzątej powierzchni jest zmianą umowy i jest dopuszczalna choć o nie więcej niż 15 %. Takie dwojake podejście do tego samego zagadnienia powoduje, iż opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny, zaś wzór umowy zawiera zapisy wzajemnie sprzeczne.

Odwołujący wniósł zatem o zmianę wzoru umowy przez dookreślenie, tak w § 2 ust 3, jak i w § 4 ust. 3 litera d wzoru umowy, iż zmiany powierzchni podlegających usłudze stanowią zmianę umowy i są dopuszczalne w razie potrzeb Zamawiającego, z tym, że wyłączenia nie mogą przekroczyć 15 % powierzchni całkowitej podległej usłudze.

W rozdziale 14 SIWZ w pkt 4 Zamawiający wskazał, że prawidłowe ustalenie stawki VAT należy do wykonawców. Odwołujący podnosi, że kwestia podatku VAT jest bardzo problematyczną i trudną do zrealizowania dla wykonawców, gdy Zamawiający w SIWZ uchyla się od precyzyjnego określenia przedmiotu umowy. Zgodnie z nazwą, w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z szeregiem usług, podlegających różnym stawkom podatku VAT. Zamawiający uchylił się od określenia w SIWZ, czy złożone oferty mają dotyczyć usług kompleksowych czy też pojedynczych czynności. Tym samym wykonawcy mogą całkowicie według swojego uznania przygotowywać oferty, przyjmując różne rozwiązania (oferta kompleksowa z jednorodną stawką podatku VAT, oferty zawierające różne stawki podatku VAT), co spowoduje, że będą ofertami nieporównywalnymi. Zamawiający nie określił, jaką część zamawianych usług stanowią usługi porządkowe a jaką usługi pomocowe. Poprzez niedopełnienie obowiązku precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający dopuścił możliwość całkowicie dowolnego, oderwanego od rzeczywistości, kształtowania proporcji poszczególnych usług przez wykonawców, w celu

uzyskiwania przewagi konkurencyjnej, wynikającej jedynie ze stosowanie różnych stawek podatku VAT na różne części zamówienia.

Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ w ten sposób, że zostanie wprowadzony zapis, iż Zamawiający zamierza zakontraktować usługi, na które składają się usługi porządkowe, stanowiące określoną wartość całego zamówienia oraz usługi pomocowe (o, których mowa w art. 43 ust 1 pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług), stanowiące pozostałą część zamówienia.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale 5 SIWZ pkt 5.1.5 zawarł katalog przesłanek, których niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania - art. 24 ust 1 ustawy Pzp. Wykaz ten nie obejmuje przesłanek zwartych w art. 24 ust 1 pkt 10-11 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowień SIWZ i ogłoszenia przez dostosowanie przesłanek wykluczenia wykonawcy do katalogu zgodnego z obowiązującymi przepisami.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

We wzorze formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ) w pkt 2 lit. c Zamawiający zawarł następujące oświadczenie: *„W przypadku wybrania naszej oferty gwarantujemy przyjęcie i zatrudnienie osób z dotychczasowego personelu Wykonawcy – ISS Facility Services w trybie art. 23¹ KP na okres trwania umowy, na podstawie umowy o pracę (zgodnie z listą imienną, która zostanie przekazana Wykonawcy w chwili podpisywania umowy)”*.

Zaś w załączniku nr 9 do SIWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienia: *„1. Wygrywający przetarg może być* [*co do zasady musi przejąć pracowników, natomiast Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć czy firma ISS nie zapewni zatrudnienia dla w/w pracowników w swojej firmie] zobowiązany do przejścia z dniem rozpoczęcia wykonania usługi w trybie art. 23¹ KP – jako nowy pracodawca 71 pracowników dotychczasowego Wykonawcy tj. ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. 2. Zamawiający opiera się na informacji uzyskanej od ISS Facility Services, z której wynika, że usługi u Zamawiającego wykonywane są przez 71 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w tym Kierownik i Zastępca Kierownika Obiektu. 2.1. Wśród 71 osób, 36 zatrudnione są na umowę o pracę na czas określony do 31.07.2013 r. Pozostałe osoby w liczbie 35 zatrudnione są na czas nieokreślony. 2.2. ISS Facility Services nie planuje dokonywania wypowiedzeń zatrudnionych pracowników. Wśród tych osób jest 7 pracowników, którzy nabędą prawo do emerytury w latach 2013-2016. 2.3. Zamawiający nie ma wpływu na oświadczenia ISS Facility Services. Kwestię rozliczeń między dotychczasowym, a nowym pracodawcą regulują powszechnie obowiązujące przepisy prawa. 2.4. Zamawiający posiada informację, że wśród przejmowanych pracowników jest 16 osób z orzeczeniem o lekkim*

stopniu niepełnosprawności. 2.5. Zamawiający nie może zobowiązać ISS Facility Services Sp. z o.o. do udostępnienia regulaminów pracy i wynagradzania. 2.6. Przejmowani pracownicy w chwili obecnej posiadają aktualne badania. 2.7. Zamawiający nie posiada informacji na temat stanu wykorzystania urlopów w ISS Facility Services. Zasada proporcjonalnego udzielania urlopów nie dotyczy przejęcia w trybie art. 23¹ KP. 3. Pracownicy, którzy obecnie zatrudnieni są u dotychczasowego Wykonawcy usługi posiadają niezbędne szkolenia do świadczenia zamówienia. 4. Koszty wynagrodzenia wszystkich pracowników za 12 miesięcy (2012) w tym zasiłki ZUS 1 484 948,91 zł + ZUS pracodawcy 273 508,80 zł. W związku ze zmianą wysokości wynagrodzenia minimalnego od 01.01.2013 r. okoliczność tę należy wziąć pod uwagę. 5. Składniki wynagrodzenia brutto za rok 2012 (bez ZUS pracodawcy) wraz z określeniem ich wartości: pensja zasadnicza – 1 262 2010,66 zł + umowy zlecenie 150 427,50 zł; nagrody, premie – 976,00 zł; wynagrodzenie za czas choroby (łącznie z zasiłkami ZUS) – 39 523,06 zł; dodatek nocny – 18 731,04 zł; wynagrodzenie za godziny nadliczbowe – 0,00 zł; dodatek stażowy – 0,00 zł; ekwiwalent BHP – 7 003,05 zł; ekwiwalent za niewykorzystany urlop – 6 085,60 zł; odprawy emerytalne – 0,00 zł; dodatek 203 i 110 – 0,00 zł, w ogólnej kwocie wynagrodzeń zawarte są również wynagrodzenia z tytułu umów zleceń. 6. Imienna lista przejmowanych pracowników stanowiąca Załącznik do Umowy zostanie przekazana Wykonującemu, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą w chwili jej podpisania. 7. Do związków zawodowych należy 17 osób, w tym 3 osoby pełnią funkcje w Zarządzie Komisji Zakładowej.”

Zgodnie z § 2 ust. 3 wzoru umowy „Zamawiający może czasowo lub trwale wyłączyć dowolną część powierzchni wewnętrznych objętych niniejszą umową na czas remontu, wynajęcia pomieszczeń innym użytkownikom, itp. Wyłączenie nie jest zmianą treści niniejszej Umowy i następuje na podstawie pisemnego powiadomienia Wykonawcy o wyłączeniu przez Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie odpowiedniemu zmniejszeniu według zasady opisanej w § 4 ust. 2 zdanie ostatnie.” W myśl § 4 ust. 2 „Zamawiający zastrzega sobie prawo weryfikacji całkowitej powierzchni objętej przedmiotem umowy i związaną z tym weryfikacją zobowiązania finansowego wobec Wykonawcy z chwilą pełnego zagospodarowania budowanego „nowego budynku” dla potrzeb Bloku Operacyjnego, Centralnej Sterylizacji, Anestezjologii i Intensywnej Terapii. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmian powierzchni w granicy 15%. Dotyczy to warunków przedstawionych w punkcie B. Wówczas wynagrodzenie zostanie ustalone przez przeliczenie średniej ceny za m² według dotychczasowej stawki przez nową liczbę m² w zaokrągleniu do pełnego grosza.”

W rozdziale 14 pkt 4 SIWZ Zamawiający wskazał, że „prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy, zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym.”

Zgodnie z pkt 5.1.5. rozdziału 5. „w celu potwierdzenia, że wobec Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania na mocy art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający dokona oceny spełniania warunku, jeżeli Wykonawca odpowiednio wykaże, że: (...) nie był i nie jest prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego; że sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary; Ocena spełniania warunku nastąpi na podstawie załączonych przez Wykonawcę do oferty dokumentów i oświadczeń, wymienionych w pkt. 6.5 SIWZ.” Zaś w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający żądał m.in. oryginału oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, którego wzór stanowi załącznik nr 13 do SIWZ. W powołanym załączniku przytoczone są wszystkie okoliczności, skutkujące wykluczeniem wykonawcy, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że Izba nie dostrzega w sposobie ustalenia przez Zamawiającego warunków przejęcia pracowników, na podstawie przepisu art. 23¹ k.p., przez nowego wykonawcę naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Odwołujący stoi na stanowisku, iż skutek przejęcia następuje z mocy prawa a nie jest zależny od woli stron i z tym stanowiskiem należy się zgodzić. Jednakże Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż w okolicznościach niniejszej sprawy postanowienia SIWZ, dotyczące spornej materii, sprzeciwiały się regulacjom zawartym w przepisie art. 23¹ k.p., a tym samym stanowiły naruszenie przepisu art. 58 k.c. W ocenie Izby, nie można pominąć, że przepisy art. 23¹ k.p. dotyczą tych osób, które w dniu przejęcia zakładu pracy lub jego części były pracownikami przejmowanego zakładu (lub przejmowanej części zakładu). Nadto, należy mieć na uwadze, że z przejęciem w okolicznościach niniejszej sprawy, co rozstrzygnięto w orzecznictwie (wyrok SN z dnia 13 kwietnia 2009 r., I PK 210/09, OSNP 2011, nr 19–20, poz. 249), mamy do czynienia w odniesieniu do tej części zakładu, w ramach, którego wykonywane są czynności outsourcingowe na rzecz określonego podmiotu (zamawiającego).

Mając powyższe na uwadze należy dojść do przekonania, że wyartykułowanie przez Zamawiającego obowiązku przejęcia pracowników w okolicznościach niniejszej sprawy nie powinno budzić wątpliwości. Zaś, postanowienia SIWZ, w którym Zamawiający wskazuje, że „nie jest w stanie przewidzieć, czy firma ISS nie zapewni zatrudnienia dla w/w pracowników w swojej firmie” nie należy odczytywać jako próbę wyłączenia skutku, który następuje z mocy prawa, ale jako uwzględnienie okoliczności, że przejęcie dotyczy jedynie tej części zakładu i zarazem tych pracowników, którzy w dniu przejęcia wykonywali zadania na rzecz Zamawiającego, będące przedmiotem niniejszego postępowania. Zatem, na etapie SIWZ ustalony jest pewien stan przed przejęciem, który na moment przejęcia może ulec zmianie.

Izba nie podziela również poglądu Odwołującego, że pomiędzy treścią załączników nr 1 i 9 do SIWZ występuje w omawianej materii sprzeczność. Raz jeszcze należy podkreślić, iż przepis art. 23¹ k.p. ma charakter bezwzględnie obowiązujący i ustanawia on zasadę, znajdującą zastosowanie w przypadku przejścia zakładu pracy na innego pracodawcę, niezależnie od powołania jej w treści SIWZ. Natomiast sporne postanowienia z załącznika nr 9 do SIWZ nie modyfikują ani nie wyłączają tej zasady, ale wskazują, że skutek przejęcia następuje z uwzględnieniem okoliczności na moment przejęcia. Nie sposób więc czynić Zamawiającemu czy też dotychczasowemu wykonawcy zarzutu, że podaje warunki przejęcia, które mają charakter hipotetyczny (historyczny), skoro przepisy prawa nie wymagają przeprowadzenia procedury przygotowawczej, w ramach której zostaną ustalone warunki na przyszłość, na moment przejęcia. Zresztą takie ustalenie sprzeciwiałoby się regulacji, zawartej w przepisie art. 23¹ k.p., zgodnie z którym skutek przejęcia następuje z chwilą przejęcia.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 26¹ o związkach zawodowych nie poddaje się ocenie. Odwołujący poza jego przywołaniem nie przytoczył żadnego uzasadnienia, które miałyby wskazywać na jego naruszenie.

Izba nie podziela również twierdzeń Odwołującego, że Zamawiający podał niedostateczne dane dotyczące przejęcia, czym naruszył przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby, informacje zawarte w załączniku nr 9 do SIWZ są wystarczające do sporządzenia oferty. Zamawiający podał bowiem, ile obecnie osób realizuje zamówienie, podstawę i rodzaj zatrudnienia tych osób, wskazał na uprawnienia do świadczeń społecznych, przynależność związkową, koszty wynagrodzenia wszystkich pracowników. Jednocześnie wskazanie przez Zamawiającego, że należy uwzględnić zmianę minimalnego wynagrodzenia pozwala na przyjęcie, że dane z roku 2012, dotyczące wynagrodzeń, zachowują aktualność. Co więcej, doświadczenie życiowe, uwzględniając warunki panujące na rynku, wskazuje, iż wnioski te są uprawnione.

Nie polega na prawdzie twierdzenie Odwołującego, że nie ma wiedzy, w jakich warunkach zawierane są umowy zlecenia. Zamawiający wprost wskazał, że zamówienie

realizuje 71 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, zatem należy przyjąć, że sporne umowy zawierane są właśnie z tymi osobami. Koszt wynagrodzenia z tytułu umów zleceń został również podany. Jeśli idzie o zarzut braku udostępnienia regulaminów pracy i wynagradzania to okoliczność ta, podobnie jak stan wykorzystania urlopów wypoczynkowych, nie była objęta treścią zarzutu, zawartego w odwołaniu. Niemniej jednak, należy zwrócić uwagę, że inicjatywa dowodowa obciąża Odwołującego. Jeśli więc Odwołujący stoi na stanowisku, że określone informacje są niewystarczające do sporządzenia oferty, to winien to wykazać. Rolą Izby nie jest poszukiwanie argumentów i wskazywanie za Odwołującego, z jakich przyczyn, brak określonych informacji, należy uznać za przeszkodę do sporządzenia prawidłowej oferty. Innymi słowy poprzestanie na twierdzeniu, że określona informacja nie została przekazana albo, że winna być przekazana, z pewnością nie jest wystarczające dla wykazania naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że zasób informacji, przekazanych przez Zamawiającego, a dotyczący przejęcia pracowników, pozwala na faworyzowanie dotychczasowego wykonawcy zamówienia. Po pierwsze, jak wskazano wyżej, na obecnym etapie postępowania możliwe jest jedynie uwzględnienie pewnych przewidywań co do warunków przejęcia. Po drugie, skutek przejęcia następuje z mocy prawa i dotyczy tych pracowników, którzy pozostają pracownikami dotychczasowego pracodawcy na moment przejęcia. Zatem zarzut, że dotychczasowy wykonawca określoną wiedzę zataił jest nieuprawniony, a jednocześnie nie sposób oczekiwać od tegoż wykonawcy, aby na obecnym etapie przyjął pewne zobowiązania, które skutkowałyby ograniczeniem swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

Izba nie podziela twierdzeń Odwołującego, iż postanowienia § 2 ust. 3 oraz § 4 ust. 2 i 3 wzoru umowy są sprzeczne i świadczą o nieprecyzyjnym opisie przedmiotu zamówienia. Z powołanych postanowień jasno wynika, że jedynie w stosunku do nowego budynku Zamawiający przewidział możliwość zmiany powierzchni objętych usługą, stanowiącą przedmiot zamówienia i określił granice tej zmiany. Natomiast, w odniesieniu do pozostałych budynków przewidział możliwość zmiany, ale bez ustalania maksymalnych powierzchni, objętych zmianami. W ocenie Izby, nie sposób w takim ukształtowaniu warunków realizacji zamówienia doszukiwać się braku precyzji i sprzeczności. Nie ulega wątpliwości, iż rzeczony warunki mogą być ustalone odrębnie do różnych powierzchni.

Zdaniem Izby, treść postanowienia § 2 ust. 3 wzoru umowy nie narusza przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Nie można bowiem pomijać, że Zamawiający nie ma dowolności w zakresie możliwości wyłączenia powierzchni objętej usługą, stanowiącą przedmiot zamówienia. Dotyczy to jedynie sytuacji, w których rzeczony powierzchnie nie pozostają w posiadaniu Zamawiającego i z tych przyczyn świadczenie usług na rzecz Zamawiającego nie

jest możliwe. W ocenie Izby, sporne zastrzeżenie znajduje więc uzasadnienie i w tych okolicznościach czyni zadość wymogom, wynikającym z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący domagając się ustalenia dozwolonych zmian na poziomie 15% powierzchni całkowitej w żaden sposób nie wykazał, z jakich powodów jedynie ten poziom zmian jest dopuszczalny. Zatem brak było podstaw do uwzględnienia żądania.

W ocenie Izby, Zamawiający nie określając relacji i wielkości usług porządkowych i pomocowych nie uchybił żadnym obowiązkom, wynikającym z przepisów prawa. Nie sposób stwierdzić braku precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia jedynie w oparciu o zaniechanie wskazania, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia w istocie z usługą główną i pomocniczymi, czy też z szeregiem niezależnych usług. Odwołujący domagając się takiego wskazania oczekuje od Zamawiającego rozstrzygnięcia w sposób pośredni o stawce podatku VAT w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Tego rodzaju żądanie nie znajduje podstaw prawnych. Po pierwsze, jak słusznie wskazał Zamawiający, prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT należy do wykonawcy. Po drugie, podział na czynności główne i pomocnicze i w konsekwencji zdefiniowanie usługi kompleksowej ma swoje źródło jedynie w orzecznictwie i na podstawie tego dorobku nie sposób wywodzić dla Zamawiającego obowiązków. Po trzecie wreszcie, nie sposób pominąć, że rolą Zamawiającego jest wyeliminowanie nieporównywalnych ofert dopiero w toku oceny ofert (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu inne, niż wynika to z treści przepisu art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Jakkolwiek prawdą jest, że w pkt 5.1.5. SIWZ Zamawiający nie uwzględnił okoliczności, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 10-11 ustawy Pzp, to jednakże mając na uwadze przepis art. 65 k.c. oraz bezwzględnie obowiązujący charakter przepisu art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, a także treść pkt 6.5 ppkt 1 SIWZ, nie sposób stwierdzić, że warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób węższy niż to określono w powołanym przepisie. Zdaniem Izby, nie można pomijać, że wzór oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, obejmuje wszystkie przesłanki, zawarte w powołanym przepisie, zaś wykonawca zobowiązany jest złożyć oświadczenie o wskazanej przez Zamawiającego treści (załącznik nr 13 do SIWZ) w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy w trybie przepisu art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty naruszenia przepisów art. 44 ust. 3 i 4 ustawy o finansach publicznych niezależnie od tego, że są pozbawione uzasadnienia faktycznego i nie poddają się ocenie, to jednakże pierwszorzędne znaczenie ma okoliczność, że ich rozpoznanie pozostaje poza kognicją Izby.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: