

WYROK
z dnia 28 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, ul. Iwaszkiewicza 5, 59-220 Legnica**

przy udziale wykonawcy **Seban Sp. z o.o., ul. Jesionowa 9a, 40-159 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **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 **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Legnicy, ul. Iwaszkiewicza 5, 59-220 Legnica** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, ul. Iwaszkiewicza 5, 59-220 Legnica, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości oraz innych usług dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Legnicy*. ” (znak sprawy: WSzSL/DZ - 57/15). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DUUE Nr ogłoszenia 2015/S 148-273924 z dnia 4 sierpnia 2015 roku.

Od postanowień treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wykonawca **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, zwany dalej „Odwołującym” wniósł w dniu 14 sierpnia 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu

postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 23 i ustawy Kodeks pracy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób i za i niewyczerpujący pomocą niedostatecznie dokładnych niejednoznaczny niezrozumiałych określeń oraz w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że w dniu 4 sierpnia 2015 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazał iż opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy. Zarzut ten odniósł do postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja II. 1.5 pkt 4) oraz SIWZ (Rozdz. III pkt 4; Rozdz. XXV par. 1 ust. 4), według którego cyt. *Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa wyłoniony w niniejszym postępowaniu Wykonawca zobowiązany jest z mocy prawa do przejęcia pracowników świadczących pracę na podstawie umów o pracę zawartych z dotychczasowym Wykonawcą. Wszelkie formalności w tym zakresie winny być dokonane pomiędzy dotychczasowym Wykonawcą a Wykonawcą wyłonionym w wyniku niniejszego*

3

zamówienia (bez udziału Zamawiającego). Zamawiający nie będzie odpowiedzialny za żadne roszczenia Wykonawców ani pracowników związane z przejęciem części zakładu pracy w rozumieniu art. 23 i Kp.

Podał, że Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informacje dotyczące zatrudnienia uzyskane od obecnego Wykonawcy. Jednakże wskazany załącznik nie zawiera wszystkich niezbędnych informacji o aktualnych warunkach zatrudnienia pracowników, którzy zostaną przejęci w trybie art. 23 i ustawy Kodeks pracy. Przywołane uchybienie powoduje, że opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy tj. nie opisuje wszystkich wymagań i okoliczności, które mają wpływ na sporządzenie oferty. Konsekwencją ww. wad opisu przedmiotu zamówienia jest przede wszystkim to, że wykonawca nie posiada wszystkich danych niezbędnych do prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej. Natomiast SIWZ nie zawiera danych dotyczących przejęcia pracowników takich jak:

1) informacja o aktach wewnętrznych mających wpływ na ustalenie warunków pracy i płacy przejmowanych pracowników tj. ZUZP, Regulamin Pracy, Regulamin; Wynagrodzenia, Regulamin ZFŚS, itp.

2) informacje o należnym wymiarze urlopu wypoczynkowego poszczególnych osób (zaległych, bieżących);

informacje na temat, jaki jest stopień niepełnosprawności przejmowanych 3) pracowników;

4) informacje na temat, czy pracownicy wykonują aktualnie pracę, czy korzystają z urlopów wypoczynkowych lub przebywają w długotrwałych zwolnieniach lekarskich, świadczeniu rehabilitacyjnym, urlopie macierzyńskim, urlopie wychowawczym lub bezpłatnym;

5) informacje na temat, czy pracownicy są objęci jakimikolwiek gwarancjami w zakresie ich zatrudnienia lub wynagrodzenia, które mogą uniemożliwić modyfikację ich stosunków pracy oraz czy pracownikom wypowiedziano warunki umowy w części dotyczącej wynagrodzeń. Ewentualnie które składniki wynagrodzeń zostały zmienione do dnia ich przejęcia;

6) informacje na temat, czy w przypadku ograniczenia przedmiotu zamówienia lub wcześniejszego wygaśnięcia stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy na świadczenie usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia, Zamawiający pokryje koszty związane z rozwiązaniem stosunków pracy z przejętymi pracownikami;

7) informacje na temat tego, czy prowadzone jest postępowanie sądowe w zakresie spraw pracowniczych;

8) informacje na temat tego, czy po zakończeniu trwania umowy bądź po wypowiedzeniu umowy zamawiający zobowiązuje się do ponownego zatrudnienia przejętych pracowników;

9) informacje o tym jakie są ewentualne potrącenia z wynagrodzeń przejmowanych pracowników;

10) informacje na temat, czy istnieje jakiegokolwiek odrębne porozumienie, umowa pakiet socjalny podpisany ze związkami zawodowymi, w których pracodawca zobowiązuje się do gwarancji w zakresie zatrudnienia pracowników lub wysokości ich jakiegokolwiek wynagrodzenia, które to gwarancje mogą uniemożliwić modyfikację ich stosunków pracy;

11) informacji na temat, czy na przewidywany dzień przejęcia pracowników będą jakiegokolwiek nieuregulowane należności oraz jeżeli tak to z jakiego tytułu i w jakiej wysokości.

Podniósł ponadto, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym przejęcia pracowników narusza przepis art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych również dlatego, że Załącznik 1A do SIWZ - zawierający informacje o stu trzech (103) osobach, jest nieaktualny. Dane zawarte w przywołanym załączniku dotyczą postępowania ogłoszonego w 2013 r. i rozstrzygniętego w pierwszym kwartale 2014 r.. Informacje te nie dotyczą więc niniejszego postępowania i jako takie są bez znaczenia dla sprawy. Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w Załączniku nr 8 do SIWZ. Także Załącznik Nr 8 do SIWZ - z dnia 16.07.2015 stworzony przez aktualnego wykonawcę DGP CLEAN PARTNER sp. z o.o., wykazuje 78 osób zatrudnionych (61 na czas nieokreślony i 17 na czas określony). Pozostałe 90 - 91 osób to osoby zatrudnione w oparciu o umowy cywilnoprawne niepodlegające przejęciu w trybie art. 23 i KP

Podniósł, że dane i informacje udostępnione przez Zamawiającego są niespójne i nieaktualne. Tym samym opis przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności zakres i warunki świadczenia usługi opisane zostały przez Zamawiającego w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. Z uwagi na sprzeczność w danych zawartych w ww. Załącznikach nr 1A i nr 8 opis ten jest również niedokładny i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący zaznaczył, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ uniemożliwia wykonawcy skalkulowanie ceny ofertowej, gdyż nie jest znana wartość kosztów pracowniczych związanych z realizacją zamówienia. Wykonawca na podstawie danych ujawnionych w SIWZ nie uzyskał wiedzy ilu pracowników i których zobowiązany jest przejąć. Konsekwencją powyższego jest fakt, że Wykonawca nie zna kosztów, które będzie zobowiązany ponieść w związku z przejęciem co jest okolicznością wpływającą na sporządzenie oferty. Stwierdził, że okoliczność iż Zamawiający nie jest pracodawcą dla pracowników, którzy mają być przejęci przez Wykonawcę w oparciu o przepisy art. 23 i Kodeks pracy od dotychczasowego Wykonawcy nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku sporządzenia przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Na Zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia, a wykonawcy nie mają obowiązku

poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty z innych źródeł niż Zamawiający.

Podniósł również, że zawarty w SIWZ opis przedmiotu zamówienia narusza także przepis art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca, który aktualnie realizuje usługę objętą niniejszym zamówieniem, posiada pełną wiedzę o warunkach zatrudnienia osób objętych przejęciem w trybie art. 23 i Kodeks pracy. Tym samym wykonawca ten znajduje się w lepszej sytuacji niż pozostali wykonawcy, gdyż posiada wszystkie niezbędne informacje do prawidłowego skalkulowania ceny ofertowej. Odmowa Zamawiającego w przedmiocie udostępnienia danych, o których mowa powyżej, powoduje że dotychczasowy wykonawca jest faworyzowany a pozostali wykonawcy są dyskryminowani poprzez ograniczenie pełnej wiedzy o warunkach wykonania zamówienia. Tym samym naruszony zostaje art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż brak pełnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dot. przejęcia pracowników utrudnia uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami. Zauważył, że naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ma miejsce już wówczas, gdy opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać konkurencję. Użyty w treści przepisu art. 29 ust. 2 p.z.p. zwrot "mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej wystarczające jest jedynie takie działanie

zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio.

Odnosząc się do wskazanych na wstępie zarzutów wniósł o zmianę SIWZ polegającą na dodaniu do treści opisu przedmiotu zamówienia:

- 1) informacji wskazanych w powyższym podpunktach 1-11;
 - 2) aktualnych danych o osobach objętych przejęciem z art. 23 ¹ ustawy Kodeks pracy.
- Zakres zaktualizowanych danych powinien odpowiadać zakresowi danych ujawnionych w Załączniku nr 1A do SIWZ.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, lecz w ustnym stanowisku prezentowanym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Seban Sp. z o.o., ul. Jesionowa 9a, 40-159 Katowice, który to obecnie wykonuje dla Zamawiającego zakres usług objętych tym postępowaniem.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego przedstawione do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

6

Zarzuty odwołanie nie znalazły potwierdzenia i wobec tego odwołanie zostało oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej na postanowienia SIWZ. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania - odwołania od treści postanowień SIWZ, interes we wniesieniu odwołania obejmuje krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu dostępu do złożenia oferty i obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcę mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum.

Odwołujący kwestionując treść postanowień SIWZ wskazywał iż brak podania przez Zamawiającego danych, żądanych w odwołaniu, uniemożliwia wykonawcy sporządzenia konkurencyjnej oferty.

Z analizy treści przepisu art. 29 ust.1 Pzp niewątpliwie wynika, że dokonany opis przedmiotu zamówienia winien być wyczerpujący, czyli taki który umożliwi sporządzenie oferty. Zauważyć należy, że wykonawcy kwestionując dokonany opis wskazują często na fakt iż opis ten mógłby być jeszcze „bardziej szczegółowy”, czy jak zarzuca Odwołujący, że nie zawiera „wszystkich” potrzebnych mu informacji do sporządzenia oferty. Można się z tym poniekąd zgodzić, gdyż zwrot „wyczerpujący” lub „szczegółowy” nie są pojęciami dookreślonymi tak, aby można było jednoznacznie ustalić kiedy opis przedmiotu zamówienia jest szczegółowy i wyczerpujący, a kiedy już nim nie jest. Dlatego też oceniając tą kwestię w konkretnym stanie faktycznym należy ustalić i ocenić kiedy w oparciu o podane dane w SIWZ wykonawca może w sposób prawidłowy sporządzić ofertę, a kiedy przy braku pewnych danych sporządzenie takiej oferty jest niemożliwe.

Wskazać należy, że Zamawiający odnosząc się do postawionych zarzutów zwrócił uwagę na fakt, że Zamawiający, nawet gdyby najbardziej chciał uczynić zadość żądaniom Odwołującego, to nie jest w stanie odpowiedzieć na pytania Odwołującego, gdyż Odwołujący pyta o pracowników podmiotu trzeciego- dotychczasowego wykonawcy zamówienia, a nie o pracowników Zamawiającego, a podmiot ten zasłaniając się przepisami prawa nie zamierza ujawniać tak szczegółowych danych pracowników o jakie wnosi Odwołujący (pismo DGP Clen Partner sp. z o.o. z 24 sierpnia 2015 roku). Podkreślił, że Odwołujący wniósł przedmiotowe odwołanie nie czekając na udzielenie przez Zamawiającego odpowiedzi na zadane w przedmiotowych sprawach pytania. Na te pytania Zamawiający udzielił odpowiedzi

7

i były one znane Odwołującemu przed terminem rozprawy. W odpowiedzi na kluczowe pytanie ozn. nr 19 Zamawiający wskazał, że Zamawiający w SIWZ podał informacje o pracownikach Wykonawcy obecnie wykonującego zamawiane usługi. Natomiast zasady przejęcia pracowników wynikają z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa pracy, a w szczególności z art. 23 ¹ K.p. Ponadto zwrócił uwagę, że w sytuacji, gdyby wystąpiły jakieś niedopłaty wynagrodzenia z tytułu roszczeń pracowników, to dotychczasowy pracodawca wraz z nowym ponoszą solidarną odpowiedzialność w tym zakresie. Ponadto Zamawiający stwierdził, że nie uczestniczy i nie będzie uczestniczył w przekazywaniu pracowników, jest to sprawa pomiędzy nowym za dotychczasowym wykonawcą. Zauważył też, iż koszty zatrudnienia pracowników zatrudnionych na umowę o pracę zostały podane przez dotychczasowego pracodawcę i jako załącznik do SIWZ są znane również Odwołującemu. Podobnie z SIWZ wynika iloma pracownikami winien dysponować wykonawca, aby móc wykonać przedmiotowe zamówienie. Podkreślił, że Odwołujący wymaga, aby Zamawiający przekazał wykonawcom informacje dotyczące pracowników dotychczasowego wykonawcy, których Zamawiający nie posiada. Zauważył także, że obiektywnie nie jest wiadomym ilu ostatecznie pracowników dotychczasowy wykonawca przekaze nowemu wykonawcy, bo brak jest ustawowego obowiązku przekazania wszystkich pracowników wykonujących dane zamówienie.

Przystępujący do postępowania wykonawca podał dodatkowo, że współpracując z Zamawiającym przekazał mu koszty zatrudnienia wszystkich osób, zarówno tych zatrudnionych na podstawie umów o pracę, jak i cywilnoprawnych, podał wymiar urlopów zrealizowanych i niezrealizowanych. Dane te zostały przekazane wykonawcom i w oparciu o te dane wykonawca może w sposób prawidłowy skalkulować swoją ofertę. Ponadto podniósł, że Odwołujący próbuje wywrzeć takie wrażenie, że bez tych danych o które wnosi w odwołaniu nie jest w stanie sporządzić oferty, ale w treści odwołania w żaden sposób nie uzasadnia, dlaczego brak tych danych uniemożliwia mu złożenie oferty. Czytając treść podniesionych zarzutów można stwierdzić, że nie zawierają one uzasadnienia i są sformułowane w sposób blankietowy, a jest to niewystarczające aby taki zarzut mógł być rozpatrzony w ramach odwołania.

Izba odnosząc się do powyższych stanowisk oraz treści dokumentacji postępowania stwierdza, że brak jest podstaw do przyjęcia, że przy tak opisanym przedmiocie zamówienia i takim ustaleniu wymagań, każdy z wykonawców ma możliwość właściwego skalkulowania ceny ofertowej pozwalającej na konkutowanie z innymi wykonawcami. Wykonawcy mają podane niezbędne dane, w oparciu o które mogą skalkulować ile potrzeba pracowników, aby dane zamówienie wykonać i tym samym ustalić koszty w tym zakresie. Ponadto zauważyć należy, że zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ przywołanym w odwołaniu dotychczasowy wykonawca zamówienia realizuje je przy dysponowaniu około 169 osobami. Z tego tylko

8

obowiązkowemu przejęciu podlegałyby ilość 78 pracowników, gdyż pozostałe osoby to osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych i jak twierdzi Odwołujący- czemu nie zaprzeczył Zamawiający, osoby te nie podlegają przejęciu. Tym samym nie ma żadnych przeszkód aby Odwołujący w sposób jak najbardziej efektywny ustalił strukturę etatową do wykonania zamówienia, gdyż przejmuje tylko około 40% załogi niezbędnej do wykonywania zamówienia.

Zauważyć należy, że zarzuty Odwołania dotyczą w większości kwestii które przy takiej treści umowy z dotychczasowym wykonawcą są niemożliwe do jednoznacznego ustalenia. Otóż wskazać należy chociażby na fakt – jak podał to Przystępujący, że nie jest on w stanie precyzyjnie określić ilu pracowników przekaze nowemu wykonawcy, gdyż uczestniczy on w szeregu podobnych postępowań i nie można wykluczyć, że w razie ich wygrania, zagospodaruje we własnym zakresie co najmniej część pracowników i nie przekaze ich nowemu wykonawcy przedmiotowego zamówienia. Zauważyć należy także, że pracownik przejęty od dotychczasowego pracodawcy może rozwiązać umowę o pracę w szczególnym trybie, tj. za siedmiodniowym uprzedzeniem (art. 23 ¹ § 4 KP) i tym samym może zrezygnować z zatrudnienia u nowego pracodawcy. Nadto w razie przejęcia części zakładu pracy nowy pracodawca będzie ponosił solidarną odpowiedzialność z dotychczasowym pracodawcą za wszystkie zobowiązania wynikające ze stosunku pracy powstałe przed datą tego przejęcia (art. 23 ¹ § 2 KP). Oceniając zasadność merytoryczną podniesionych zarzutów stwierdzić należy, że trudno wywieść czemu miałyby służyć uzyskane informacje i jaki może być ich wpływ na sporządzenie oferty, brak jest w tym

zakresie jakiegokolwiek uzasadnienia. Przykładowo można wskazać na poz. wym. w pkt: 7,8,9 gdzie Odwołujący domaga się podania informacji: *czy prowadzone są postępowanie sądowe w zakresie spraw pracowniczych, jakie są ewentualne potrącenia z wynagrodzeń przejmowanych pracowników itd..* Trudnym jest nawet hipoteczne wywiedzenie wpływu tych informacji na sporządzenie oferty. Stawiane niektóre pytanie dają oczywistą odpowiedź- np. *czy po zakończeniu trwania umowy bądź po wypowiedzeniu umowy zamawiający zobowiązuje się do ponownego zatrudnienia przejętych pracowników.* Oczywistym jest, że jeśli Zamawiający podejmie decyzje o samodzielnym wykonywaniu takiego zamówienia, to będzie miał zastosowanie przepis art. 23 § 1 k.p.

Na marginesie rozpatrywania przedmiotowych zarzutów Izba wskazuje Zamawiającemu potrzebę rozważenia poprawności uregulowania kwestii przejścia pracowników, od dotychczasowego do nowego wykonawcy usługi. Przejście to może nastąpić w oparciu o postanowienia SIWZ w tym zakresie, albo w oparciu o przepis art. 23 § 1 kodeksu pracy. Przy ustaleniu tego obowiązku w postanowieniach SIWZ przejęcie następuje wg zasad tam ustalonych. Natomiast jeśli chodzi o przejęcie w trybie przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę uregulowanego w kodeksie pracy, to w tej sytuacji mogą

9

wystąpić wątpliwości, czy w danej konkretnej sytuacji obowiązek przejścia pracowników obciąża zawsze nowego wykonawcę.

Instytucja przejścia zakładu pracy na innego pracodawcę generalnie rzecz ujmując jest transferem zespołu składników majątkowych i niemajątkowych na inny podmiot. Odnosząc się do tej kwestii stwierdzić należy, że orzecznictwo sądów w tej kwestii odchodzi o zasady, że każde przejęcie do wykonania określonych usług wiąże ze sobą zawsze obowiązek przejścia pracowników dotychczas te czynności wykonujące. W wyroku z 18 IX 2008 r., II PK 18/08 oraz w wyroku z 4 II 2010 r., III PK 49/09 (w obu tych sprawach doszło do zmiany wykonawcy usługi sprzątnięcia bez przejęcia majątku wykorzystywanego przez poprzednika) SN przyjął, że art. 23 § 1 k.p. ma zastosowanie w razie zmiany przez przedsiębiorcę wykonawcy usługi, jeżeli nowy wykonawca **przejmuje także istotne** składniki mienia związane z wykonywaniem usługi przez jego poprzednika, a nie wyłącznie same zadania. Oznacza to, że sam transfer zadań nie jest wystarczający do stwierdzenia zachowania tożsamości zakładu pracy (placówki zatrudnienia) w ujęciu przedmiotowym, będącej warunkiem przejścia zakładu pracy w rozumieniu art. 23 § 1 k.p. Konieczne jest także przejęcie znaczącej części środków materialnych (zasobów materialnych) potrzebnych do ich wykonywania. Wg SIWZ i projektu umowy w tym postępowaniu środki i urządzenia do wykonania zamówienia zapewnia wykonawca. Przejście samych zadań na inny podmiot nie musi się wiązać z koniecznością przejścia załogi (choćby tylko jej części) do tego innego podmiotu, w celu wykonywania tych zadań u nowego pracodawcy (por Uchwałę SN z 28 marca 2013 roku sygn. III PZP 1/13).

Powyższe nie było przedmiotem zarzutów odwołania, więc powyższe uwagi Izby mają na celu zwrócić uwagę Zamawiającemu na brak dostatecznej precyzji w ustaleniu tej kwestii zapisem (Rozdz. SIWZ: III pkt 4 i Rozdz. XXV par. 1 ust. 4), a to może spowodować spór pomiędzy wykonawcami a Zamawiającym.

Zwrócić należy także uwagę, odnosząc się do kwestii braku współpracy dotychczasowego wykonawcy z Zamawiającym w zakresie podania mu danych o kosztach i liczbie przekazywanych pracowników iż kwestia ta winna być uregulowana postanowieniami umowy, w oparciu o którą wykonawca wykonujący zamówienie byłby zobowiązany przed upływem terminu jego trwania, do podania Zamawiającemu określonych niezbędnych danych do opisanego przedmiotu kolejnego postępowania.

Podsumowując powyższe ustalenia i rozważania Izba uznała, że posiadanie danych przez Odwołującego o które wносił w odwołaniu nie jest przeszkodą do sporządzenia oferty. Z treści art. 29 ust 2 - „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wynika, że na Odwołującym ciąży obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, jednakże tego uprawdopodobnienia Odwołujący nie wykazał porzeczając tylko na stawianiu żądań. Za niezasadne należało także uznać stanowisko

10

Odwołującego iż uprzywilejowanym w sprawie jest dotychczasowy wykonawca, gdyż tylko on zna strukturę zatrudnienia oraz koszty z tego tytułu ponoszone. Izba nie stwierdziła aby

dokonany opis przedmiotu zamówienia oraz dane podane przez Zamawiającego w załącznikach do SIWZ uniemożliwiały, aby każdy nowy wykonawca skalkulował koszty wykonania zamówienia. Sposób kalkulacji ceny oferty oraz związanych z tym ryzyk, które należy uwzględnić w cenie ofertowej jest nieodłącznym elementem każdej oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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

11

12