

WYROK

z dnia 14 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Wielospecjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Stargardzie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Samodzielnego Publicznego Wielospecjalistycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Stargardzie 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 2017 r., poz. 1579 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 we Szczecinie.

Przewodniczący:

Samodzielny Publiczny Wielospecjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Stargardzie, dalej: „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Kompleksowe usługi utrzymania czystości i stanu sanitarnego, pomocy przy pacjencie, transportu wewnętrznego w SPWZOZ w Stargardzie. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 073-162154 w dniu 14 kwietnia 2018 r.

W dniu 24 kwietnia 2018 r. wykonawca Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dalej: „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności, poprzez sformułowanie postanowień SIWZ w sposób ograniczający krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu;

2. art. 29 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług poprzez nieprawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia polegające na wskazaniu limitu wielkości tzw. usług pomocniczych w miesiącu, przez Wykonawcę, który to parametr opisu przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług i jednocześnie stanowi punkt wyjścia dla Wykonawcy do kalkulacji ceny oferty,

3. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który stanowi naruszenie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług skutkujące utrudnieniem uczciwej konkurencji, a ponadto polegający na nieuprawnionym, ograniczeniu zakresu usług tzw. „pomocowych” w stosunku do specyfiki i wielkości przedmiotu zamówienia;

4. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 23¹ Kodeksu pracy poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i nie budzący wątpliwości, a to pominięcie w opisie przedmiotu zamówienia informacji

o zasadach i warunkach przejścia zakładu pracy zgodnie z art. 23¹ Kodeksu pracy;

5. art. 91 ustawy ust. 2d, 2c oraz 2d Prawo zamówień ustawy Pzp ;

6. art. 142 ust. 5 w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

a. ustalenie postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w zakresie węższym niż wymagany ustawą Pzp;

b. zaniechanie ustalenia w treści SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, w brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Odwołujący podnosił, że postanowienia ogłoszenia oraz SIWZ naruszają przepisy ustawy Pzp, gdyż w sposób nieuzasadniony ograniczają zakres i wielkość usług pomocniczych. Zamawiający w treści SIWZ (Załącznik „A” pkt 33) wskazał rodzaj i opis czynności, które kwalifikuje jako pomoc w obsłudze pacjentów. Jest to nieprawidłowe, ponieważ inne usługi, poza tymi które są wymienione w ww. punkcie, a które są wyliczone jako czynności w ramach realizacji usługi także stanowią usługi, które należy kwalifikować jako

usługi pomocnicze. To po stronie Wykonawcy realizującego usługę, leży prawidłowe określeniu zakresu usług, które są zwolnione od opodatkowania, przede wszystkim ze względu na fakt, że to tylko i wyłącznie Wykonawca ponosi odpowiedzialność karnoskarbową za ewentualne naruszenie przepisów prawa w tym zakresie. W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie jest nadmierny i nieproporcjonalny.

Odwołujący wskazywał ponadto, że zastosowanie przez Zamawiającego limitu wielkości usług pomocowych stanowi także naruszenie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług. Wykonawca ze względu na ww. wymóg SIWZ (30% dla usług pomocowych) podczas kalkulacji ceny ofertowej, a następnie na etapie realizacji umowy narażony jest na odpowiedzialność karnoskarbową - bowiem trudno sobie wyobrazić, aby co miesiąc liczba świadczonych usług pomocniczych była taka sama. Ich ilość zależy od faktycznych potrzeb szpitala i jeżeli w danym miesiącu będzie potrzeba świadczenia tych usług mniej to Wykonawca zmuszony będzie wystawić fakturę za ilość taką jaka jest w SIWZ, narażając się na odpowiedzialność karnoskarbową, zaś w przypadku gdy Wykonawca wykona usług pomocniczych więcej w miesiącu to poniesie stratę w postaci braku możliwości skorzystania ze zwolnienia podatkowego. Utrzymanie w mocy postanowień ww. postanowień SIWZ stworzy fikcję - która w przypadku nie wykonania wskazanego tu limitu 30% dla usług pomocowych lub w przypadku jego przekroczenia naraża Wykonawcę na odpowiedzialność karnoskarbową. Co więcej, takie postanowienia SIWZ naruszają zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący powoływał się na wydaną w dniu 29 grudnia 2017 r. Interpretacją Ogólną Ministra Finansów nr 522332/1 dotyczącą zakresu zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Wnosił o wykreślenie postanowień limitujących wielkość usług pomocowych lub taką zmianę, aby wartość lub wielkość usług pomocowych przy pacjencie nie była limitowana. Ponadto, wnosił o wskazanie, że wyszczególnione w Załączniku „A” pkt 33 usługi pomocowe mają charakter przykładowy a nie wyłączny.

Następnie podkreślał, że opis przedmiotu zamówienia jest niepełny, nieprecyzyjny i niejednoznaczny i narusza przepisy ustawy Pzp, w tym w szczególności art. 29 ustawy Pzp. Wskazywał, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie przejęcia pracowniczego nie zawiera informacji niezbędnych do prawidłowego obliczenia ceny, które wpływają na koszty i sposób realizacji zamówienia, co bezpośrednio wpływa na wysokość zaoferowanych cen. Wnosił o zmianę SIWZ polegającą na dodaniu do treści opisu przedmiotu zamówienia:

1. danych dotyczących pracowników, którzy mają być przejęci przez Wykonawcę w układzie: stanowisko, rodzaj umowy o pracę, wiek pracownika, ogólny staż pracy, staż pracy u Zamawiającego, wymiar etatu, wynagrodzenie zasadnicze, stałe dodatki (np. stażowy, premia regulaminowa), wynagrodzenie brutto, ZUS pracodawcy, średniomiesięczne wynagrodzenie z ostatnich trzech lub sześciu miesięcy. W razie nabycia ewentualnych uprawnień do wypłaty nagród jubileuszowych, dodatków stażowych oraz odpraw emerytalnych w trakcie trwania zamówienia - przedstawienia wysokości świadczenia oraz terminu jego wypłaty. Informacji czy w trakcie trwania umowy przejęci pracownicy nabędą powyżej wskazane uprawnienia - jeśli tak, to w jakiej wysokości.

2. Zobowiązania Zamawiającego do ponownego zatrudnienia przejętych pracowników w razie rozwiązania/zakończenia kontraktu.

3. Informacji czy przejmowanym pracownikom przysługuje uprawnienie do przyrostu wynagrodzenia wynikającego z art. 4a ustawy z dnia 16 grudnia 1994 r. o negocyjnym systemie kształtowania przyrostu przeciętnych wynagrodzeń u przedsiębiorców oraz o zmianie innych ustaw. Jeżeli „tak” - podania kwoty brutto przypadającej na jednego pracownika oraz o informację, czy kwota jest uwzględniana w płacy zasadniczej, czy jako dodatkowy składnik wynagrodzenia?

4. Informacji czy z tytułu ewentualnych zaległości wynikających z art. 4a ustawy z dnia 16 grudnia 1994 r. o negocyjnym systemie kształtowania przyrostu przeciętnych wynagrodzeń u przedsiębiorców oraz o zmianie innych ustaw, Zamawiający wypłacił

wszystkie wymagalne kwoty.

5. Informacji czy przejmowanym pracownikom przysługuje uprawnienie do dodatkowego wynagrodzenia rocznego wynikającego z ustawy z dnia 12 grudnia 1997 r. o dodatkowym wynagrodzeniu rocznym dla pracowników jednostek sfery budżetowej.

6. Informacji czy z tytułu ewentualnych zaległości wynikających z ustawy z dnia 12 grudnia

1997 r. o dodatkowym wynagrodzeniu rocznym dla pracowników jednostek sfery budżetowej Zamawiający wypłacił wszystkie wymagalne kwoty.

7. Informacji czy przejmowanym pracownikom przysługuje uprawnienie do podwyżki wynagrodzenia na podstawie ustawy z dnia 22 lipca 2006 r. o przekazaniu środków finansowych świadczeniodawcom na wzrost wynagrodzeń.

8. Informacji w jakiej wysokości przysługują poszczególnym pracownikom podwyżki na podstawie ustawy z dnia 22 lipca 2006 r. o przekazaniu środków finansowych świadczeniodawcom na wzrost wynagrodzeń.

9. Informacji czy pracodawca wypłacił wszystkie wymagalne kwoty z tytułu podwyżek na podstawie ustawy z dnia 22 lipca 2006 r. o przekazaniu środków finansowych świadczeniodawcom na wzrost wynagrodzeń. Jeżeli nie to jaka jest wysokość wymagalnych kwot?

10. Informacji czy pracownikom przewidzianym do przejęcia wypowiedziano warunki umowy w części dotyczącej wynagrodzeń? Jeżeli tak, to, które składniki wynagrodzeń zostały zmienione.

11. Informacji czy pracownikom przewidzianym do przejęcia wypowiedziano podwyżkę wynikającą z art. 4a ustawy z dnia 16 grudnia 1994 r. o negocjacyjnym systemie kształtowania przyrostu przeciętnych wynagrodzeń u przedsiębiorców oraz o zmianie innych ustaw.

12. Informacji o aktach wewnętrznych mających wpływ na ustalenie warunków pracy i płacy przejmowanych pracowników, w szczególności Układ Zbiorowy Pracy, Regulamin Pracy, Regulamin Wynagradzania, Regulamin ZFŚS, i inne.

13. Informacji czy przeciwko Zamawiającemu toczą się pracownicze procesy sądowe, wszczęte przez pracowników przeznaczonych do przejęcia. Jeżeli tak, to, w jakim stadium się znajdują, w ilu procesach zapadły prawomocne wyroki, na jaką opiewają kwotę, ile zaś pozostaje w trakcie rozpoznania.

14. Informacji czy Zamawiający będzie ponosił pełną odpowiedzialność za zobowiązania wobec pracowników przekazanych nowemu Wykonawcy w trybie art. 23¹ k.p. powstałe przed dniem przekazania, w szczególności z tytułu art. 4a ustawy z dnia 16 grudnia 1994 r. o negocjacyjnym systemie kształtowania przyrostu przeciętnych wynagrodzeń u przedsiębiorców oraz o zmianie innych ustaw oraz ustawy z dnia 12 grudnia 1997 r. o dodatkowym wynagrodzeniu rocznym dla pracowników jednostek sfery budżetowej.

15. Informacji czy istnieje jakiegokolwiek odrębne porozumienie, umowa, pakiet socjalny podpisany ze związkami zawodowymi, w którym pracodawca zobowiązuje się do jakiegokolwiek gwarancji w zakresie zatrudnienia pracowników lub wysokości ich wynagrodzenia, także w przypadku przejęcia tychże pracowników przez następnego pracodawcę. Inaczej - czy pracownicy są objęci jakimikolwiek gwarancjami, pakietami socjalnymi w zakresie ich zatrudnienia lub wynagrodzenia, które to gwarancje mogą uniemożliwić modyfikację ich stosunków pracy.

16. Informacji czy w grupie przejmowanych pracowników znajdują się pracownicy szczególnie chronieni w związku z ochroną związkową oraz przedemerytalną? Prosimy o dane na temat działających związków zawodowych u pracodawcy (w tym nazwy i adresy).

17. Informacji czy na dzień przejęcia pracowników będą jakiegokolwiek nieuregulowane należności. Jeżeli tak, to, z jakiego tytułu i w jakiej wysokości? (w szczególności: niewypłacone nagrody jubileuszowe, opóźnienia z wypłatą wynagrodzeń, zaległości w opłacaniu składek na ZUS, należności z tytułu nadgodzin, pracy w porze nocnej, pracy w dni wolne i święta, dyżurów, itp.).

18. Informacji, czy wśród pracowników występują osoby przebywające na długotrwałych zwolnieniach lekarskich, w szczególności: z powodu chorób zawodowych, urlopów macierzyńskich, wychowawczych, czy mają zaległy urlop. Prosimy o wykaz tych osób na dzień przejęcia.

19. Informacji jaki jest stopień niepełnosprawności przejmowanych pracowników.
20. Informacji czy Zamawiający tworzy ZFŚS i w jakiej wysokości. Jeśli tak, to prosimy o udostępnienie Regulaminu do wglądu.
21. Informacji czy Zamawiający posiada zgromadzone środki finansowe na ZFŚS i w jakiej wysokości.
22. Informacji czy Zamawiający gwarantuje przekazanie wraz z przekazywanymi pracownikami niewykorzystanych do dnia przekazania pracowników środków z ZFŚS, w przeliczeniu na jednego przekazywanego art. 23¹ k.p. pracownika. Jeśli tak, to w jakiej wysokości. Czy także w przypadku przesunięcia terminu przekazania pracowników (np. o 6-10 miesięcy). Informacji o ewentualnym wzorze porozumienia dotyczącym przekazywanych środków na podstawie art. 7 ust. 3b ustawy o ZFŚS.
23. Informacji czy są udzielone pracownikom pożyczki z ZFŚS. Jeśli tak, to prosimy o podanie ilości i wielkości udzielonych pożyczek.
24. Informacji czy spłaty pożyczek mają spływać po przekazaniu pracowników na konto Zamawiającego, czy Wykonawcy. Informacji o ewentualnym wzorze porozumienia regulującego tę kwestię.
25. Informacji czy Zamawiający wypłaca obligatoryjnie świadczenia z ZFŚS na rzecz pracowników przekazywanych? Jeśli tak, to wg jakich zasad, w jakiej wysokości i jak często.
26. Informacji, czy do dnia przejęcia Zamawiający posiada jakiekolwiek zobowiązania z tytułu niewypłaconych, obligacyjnych świadczeń wobec przekazywanych pracowników (np.: „wczasy pod gruszą”, „dofinansowanie do wczasów dzieci pracowników”, „paczki świąteczne”, „bony”) a jeśli tak, to jakie i w jakiej wysokości.
27. Informacji czy do dnia przekazania pracownicy nabędą u Zamawiającego prawo do wypłaty obligacyjnych świadczeń z ZFŚS. Jeśli tak, to jakich i w jakiej wysokości.
28. Informacji czy wśród przekazywanych pracowników są osoby na zwolnieniach powypadkowych wraz z kopami dokumentacji powypadkowej, aby kontynuować płatność zwolnienia w wysokości 100%.
29. Informacji czy występują osoby, w stosunku do których toczy się postępowanie o choroby zawodowe i osoby którym w okresie ostatniego roku przyznano choroby zawodowe.
30. Jaki jest stan wykorzystania urlopów wypoczynkowych w rozbiciu na poszczególnych pracowników (bieżących i zaległych)?
31. Jaki jest stan godzin świątecznych i nadgodzin w rozbiciu na poszczególnych pracowników?
32. Informacji czy przejmowani pracownicy są objęci układem zbiorowym pracy.
33. Informacji odnośnie systemów i rozkładów czasu pracy pracowników.
34. Informacji czy pracownicy są uprawnieni do dodatkowej nagrody rocznej (np. 13 pensji).

Odwołujący wskazywał także, że zgodnie z postanowieniami ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert jest posiadanie przez wykonawcę certyfikatu ISO. Podnosił, że tak ustalone kryterium narusza przepisy ustawy Pzp, gdyż kryterium jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne. Zamawiający nie określił rodzaju certyfikatu, którego posiadanie będzie skutkowało przyznaniem punktów. Wobec powyższego ocena Zamawiającego może być dowolna, a wykonawca nie ma pewności, że certyfikat, którym dysponuje będzie pozytywnie oceniony. Odwołujący wnosil o wykreślenie postanowień ogłoszenia o zamówienia oraz SIWZ dotyczących certyfikatu ISO oraz ustalenie ww. kryterium w następujący sposób:

XIII -OPIS kryteriów: (...) D: posiadanie certyfikatu ISO 9001 i 14001 w zakresie realizacji usług utrzymania czystości. Sposób oceny ofert: D:

1. posiadanie certyfikatów ISO 9001 oraz ISO 14001 w zakresie realizacji usług utrzymania czystości -10 pkt.
2. posiadanie certyfikatu ISO 9001 lub ISO 14001 w zakresie realizacji usług utrzymania czystości - 5 pkt.
3. brak ww. certyfikatów - 0 pkt.

W ocenie Odwołującego również postanowienia SIWZ dotyczące zasad waloryzacyjnych zostały ustalone wadliwie, gdyż:

1. zmiana w wysokości zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne nie została wymieniona wśród okoliczności stanowiących podstawę do aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy;
2. umowa nie zawiera regulacji o zasadach procesu waloryzacyjnego;
3. umowa nie wskazuje terminu, od którego będzie obowiązywało nowe wynagrodzenie.

Odwołujący wnosil o zmianę postanowień SIWZ, w szczególności we wzorze umowy polegających na usunięciu §9 ust. 5, 6 i dodaniu następujących postanowień:

1. Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia jednej ze zmian przepisów wskazanych w art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj. zmiany;

a) stawki podatku od towarów i usług,

b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

2. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 1.

3. W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. a), wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia

zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.

4. W przypadku zmiany, o której mowa w ust 1 lit. b), wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.

5. W przypadku zmiany, o którym mowa w ust 1 lit. c), wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego.

6. Za wyjątkiem sytuacji o której mowa w ust. 1 lit. a), wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust 1 litera b) i c).

7. Zmiany treści umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Zamawiający w dniu 25 kwietnia 2018 r. zamieścił na stronie internetowej kopię odwołania wraz z wezwaniem wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 maja 2018 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z Rozdziałem III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ”, przedmiotem zamówienia są kompleksowe usługi utrzymania czystości i stanu sanitarnego, pomocy przy pacjencie, transportu wewnętrznego w SPWZOZ w Stargardzie przy czym usługi utrzymania czystości i stanu sanitarnego stanowią 70 % usługi a pomocy przy pacjencie i transport wewnętrzny stanowi 30 % usługi. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi

załącznik A do SIWZ. (...) W ramach zawartej umowy, Wykonawca przejmie od Zamawiającego zadania w zakresie świadczenia usług utrzymania czystości i stanu sanitarnego pomieszczeń, pomocy przy pacjencie i transportu wewnętrznego szczegółowo opisane w załączniku "A" do SIWZ oraz związaną z w/w usługami wyodrębnioną organizacyjnie część zakładu pracy - w rozumieniu przepisów art. 23¹ Kodeksu Pracy wraz z grupą pracowników w oraz pomieszczeniami wyszczególnionymi w załączniku "A" do SIWZ. Przejęcie nastąpi na warunkach opisanych w projekcie umowy - Załącznik nr 5 do SIWZ. Zamawiający informuje, że liczba osób podlegających przejęciu wynosi 59. Są to pracownicy zatrudnieni przy świadczeniu usług sprzątania oraz pomocy przy pacjencie, zaś 1 osoba to pracownik kierujący pracą zespołu świadczącego takie usługi, aktualny miesięczny koszt wynagrodzeń brutto z kosztami pracodawcy pracowników podlegających przejęciu wynosi 150 000,00 zł Na uzasadniony wniosek Wykonawcy, Zamawiający może udostępnić dodatkowe informacje, które okażą się niezbędne Wykonawcy do należytego skalkulowania ceny.

Zgodnie z Rozdziałem III SIWZ Zamawiający ustalił kryterium ceny oferty o wadze 60%.

Zgodnie z pkt 33 załącznika A do SIWZ:

Pomoc w obsłudze pacjentów pod nadzorem personelu medycznego.

L. p.	Rodzaj	Opis czynności
1.	Pomoc pielęgniarce przy prostych czynnościach pielęgnacyjnych:	mycie pacjenta - przytrzymanie, podanie pacjentowi miski z wodą, miski nerkowatej, przytrzymanie pacjenta, pomoc przy zmianie pozycji ułożeniowej pacjenta, rozbieranie/ubieranie pacjenta, bezpieczne ułożenie i przygotowanie pacjenta do transportu - przytrzymanie, pomoc przy przełożeniu, zabezpieczenie pacjenta,
2.	Pomoc w zakresie zaspokajania potrzeb fizjologicznych	założenie pacjentowi pampersów, wkładek, podanie basenu i/lub kaczek itp.
3.	Depozyt	rozbieranie/ubieranie pacjenta, pomoc przy spisywaniu depozytu i jego zabezpieczenie,
4.	Transport wewnętrzny	transport pacjentów pomiędzy poszczególnymi komórkami organizacyjnymi szpitala, transport materiału do laboratorium analitycznego i laboratorium mikrobiologicznego oraz przynoszenie wyników badań z laboratorium i pracowni diagnostycznych z zachowaniem poufności i ochrony danych osobowych

Zgodnie z Formularzem ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ należało

podać:

1. Wartość miesięczna usługi utrzymania czystości i stanu sanitarnego wynosi

.....złotych brutto (słownie złotych:.....), co stanowi

70% przedmiotu zamówienia.

2. Wartość miesięczna pozostałych usług wynosi dodatkowo 30% miesięcznego wynagrodzenia za usługę utrzymania czystości i stanu sanitarnego tj.

.....złotych brutto (słownie złotych:.....),

Miesięczna wartość wykonania usługi (łącznie wartość usługi z ust. 1 i 2) wynosi
.....złotych brutto (słownie złotych:.....)

Miesięczna wartość wykonania usługi (łącznie wartość usługi z ust. 1 i 2) wynosi
.....złotych brutto (słownie złotych:.....)

Maksymalna wartość usługi w okresie 36 miesięcy			
Miesięczna usługi	wartość brutto	Ilość m-cy	Wartość brutto usługi za okres 36 m-cy
		36	

Zgodnie z §6 Wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ:

Maksymalna wartość wynagrodzenia brutto Wykonawcy, zgodnie ze złożoną ofertą przetargową wynosi.....zł. (słownie:.....). (...)

Za wykonywanie przedmiotu umowy Zamawiający zobowiązuje się płacić Wykonawcy miesięczne wynagrodzenie za rzeczywiście wykonane usługi w kwocie:

1) z tytułu wykonywania usługi sprzątania i utrzymania stanu sanitarnego w kwocie wynikającej z przemnożenia stawek jednostkowych brutto za 1m² powierzchni w danym

obszarze przez ilość faktycznie sprzątniętych metrów, wyliczonych zgodnie z załącznikiem nr 11 do SIWZ oraz ofertą Wykonawcy,

2) z tytułu wykonywania usługi pomocy w kwocie 30% kwoty o której mowa w §6 ust. 3 pkt 1).

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego limitu wielkości usług pomocniczych Izba uznała go

za niezasadny. Pomimo konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji, zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego rzeczywiste potrzeby. Jako gospodarz postępowania określa zakres przedmiotowy zamówienia. Nie ma więc obowiązku zapewnienia możliwości realizacji wszystkim podmiotom działającym na rynku danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie odpowiada części wykonawcom, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję (vide: wyrok KIO z dnia 27 marca 2017 r., sygn. akt KIO 387/17).

Ponadto, Izba wskazuje, że twierdzenia dotyczące obaw w zakresie odpowiedzialności karnoskarbowej podmiotów, z którymi Odwołujący rozważa podjąć współpracę, należy uznać za gołosłowne. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje, bowiem zgodnie z art. 190 ustawy Pzp to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia,

że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 r., sygn. akt X Ga 32/09). Odwołujący nie wykazał natomiast na czym miałyby polegać naruszenie art. 29 ustawy Pzp.

W niniejszym stanie faktycznym warunki określone w opisie przedmiotu zamówienia dotyczą wszystkich potencjalnych wykonawców, zatem wszystkim podmiotom działającym na rynku postawiono takie same warunki początkowe. Ponadto, Izba podziela stanowisko, że art. 29 ustawy Pzp nie powinien być odnoszony do sytuacji jednego wykonawcy i trudności, jakie mogą u tego wykonawcy wystąpić z uwagi na takie, a nie inne wymagania zamawiającego. Przepis ten nie powinien być również odczytywany w ten sposób, że nakłada na zamawiającego obowiązek uwzględnienia i wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności (vide: wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1417/16).

Izba wskazuje również, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie limitowanych usług pomocniczych nie stanowi sam w sobie naruszenia ustawy o podatku od towarów i usług. Tym bardziej, że ani Zamawiający nie wskazał w postanowieniach SIWZ jaką konkretnie stawkę podatku VAT należy zastosować (zgodnie z formularzem ofertowym to wykonawca winien podać stawkę VAT w % w zakresie ceny dotyczącej powierzchni sprzątającej) ani nie złożono jeszcze ofert w niniejszym postępowaniu. Natomiast w ramach kryteriów oceny ofert ocenie będzie podlegać cena oferty określająca maksymalne wynagrodzenie wykonawcy.

Odnosząc się zaś do obowiązku przejęcia pracowników w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy należy wskazać, że takie działanie jest pewnym standardem w tego rodzaju postępowaniach. Jego konsekwencje określają przepisy prawa pracy. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym jakoby przygotowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia był w tym zakresie niepełny i niewyczerpujący, a tym samym naruszający art. 29 ustawy Pzp. Informacje zawarte w Rozdziale III SIWZ są, zdaniem Izby, wystarczające do sporządzenia oferty. Zawierają bowiem dane dotyczące liczby osób podlegających przejęciu oraz miesięczny koszt wynagrodzeń brutto z kosztami pracodawcy pracowników podlegających przejęciu.

Odwołujący nie wykazał natomiast, jaki konkretnie wpływ na zakres przedmiotu zamówienia, w porównaniu do standardowych warunków przejęcia pracowników, miałyby odpowiedzi na zadane przez niego pytania. Poprzestanie na twierdzeniu, że brakuje pewnych informacji, jest niewystarczające dla wykazania naruszenia art. 29 ustawy Pzp. Należy podkreślić, że inicjatywa dowodowa w tym zakresie obciąża Odwołującego. 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 art. 29 ustawy Pzp. Wobec powyższego, Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo opisał przedmiot zamówienia, potwierdzając że równo traktuje wykonawców w postępowaniu, bowiem równe traktowanie wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji (.) (vide: postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 17 marca 2008 r., sygn. akt VIII Ga 22/08).

Z uwagi na fakt, że Odwołujący złożył na posiedzeniu oświadczenie o wycofaniu zarzutów nr 4 z odwołania (tj. zarzut naruszenia art. 91 ust 2d, 2c oraz 2d oraz art. 142 ust. 5 w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp), nie podlegały one rozpoznaniu przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł

oraz kwotę 3 600 zł tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: