

WYROK
z dnia 2 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2011 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach, ul. Jagiellońska 25, 40-032 Katowice,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:
 - a) dopuszczenie podwykonawstwa w zakresie usług stanowiących przedmiot zamówienia, w tym usług wykonywanych w budynkach,
 - b) usunięcie z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 6.4.4. oraz z Załącznika nr 12 obowiązku wskazania nazw podwykonawców,

2. kosztami postępowania obciąża **Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach, ul. Jagiellońska 25, 40-032 Katowice** 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 Cleaning sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach, ul. Jagiellońska 25, 40-032 Katowice** na rzecz wykonawcy **Impel Cleaning sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Usługi kompleksowego utrzymania czystości w budynkach Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2011/S 195-318178 w dniu 11 października 2011 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona w tym dniu na stronie internetowej zamawiającego.

Odwołujący, wykonawca Impel Cleaning sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy formułowaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu oceny ich spełnienia oraz wymaganych dokumentów,
- 2) art. 29 ust 1 i 2 Pzp w związku z art. 23¹ kodeksu pracy, przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 36 ust. 4 i 5 Pzp, przez wprowadzenie ograniczenia podwykonawstwa oraz obowiązku podania nazw podwykonawców,
- 4) art. 36 ust 1 pkt 5 i 6 Pzp w związku z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz.1817), poprzez wadliwe opisanie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów żądanych na potwierdzenie ich spełnienia oraz sposobu ich oceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie i w brzmieniu zaproponowanym w odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że postanowienia siwz są błędne, ograniczają uczciwą i swobodną konkurencję, preferują ograniczony krąg podmiotów, kosztem pozostałych, wadliwie formułują kryteria oceny ofert i sposób punktacji w ramach tych kryteriów.

I. Zgodnie z pkt. III. Pkt. 2 siwz zamawiający dopuścił możliwość powierzenia przez wykonawcę wykonania części przedmiotu zamówienia podwykonawcom w zakresie usług

utrzymania terenu zewnętrznego (dotyczy zadania od nr 1 do nr 7). Odwołujący podniósł, że powyższe ograniczenie możliwości podwykonawstwa wyłącznie do terenów zewnętrznych narusza przepis art. 36 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Dopuszczalność wykonywania przedmiotu zamówienia przy udziale podwykonawcy stanowi zatem zasadę, natomiast ograniczenie podwykonawstwa może być wprowadzone wyjątkowo. Zdaniem odwołującego, opis przedmiotu zamówienia nie uzasadnia wprowadzonego przez zamawiającego zakazu podwykonawstwa w zakresie usług wykonywanych w budynkach.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie podwykonawstwa w zakresie pozostałych usług stanowiących przedmiot zamówienia, w tym w szczególności usług wykonywanych w budynkach.

II. W pkt. VI Wykaz oświadczeń lub dokumentów (...) w pkt. 6.4.4 siwz zamawiający wprowadził obowiązek sporządzenia Załącznika nr 12 - informacja o zakresie zamówienia, który wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, przy czym dopuścił możliwość powierzenia wykonania części przedmiotu zamówienia podwykonawcom wyłącznie w zakresie usług utrzymania terenu zewnętrznego (zadanie nr 1-7). Wykonawca wykonujący zamówienie wyłącznie siłami własnymi dołącza do oferty niniejszy formularz z odpowiednią adnotacją - o braku podwykonawców dla danego zadania częściowego osobno.

Zdaniem odwołującego, zamawiający z naruszeniem art. 36 ust. 4 Pzp żąda wskazania nazw podwykonawców przewidzianych do realizacji zamówienia, gdyż przepis ten zobowiązuje zamawiającego do żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, a w obowiązujących przepisach ustawy Pzp nie ma podstawy do żądania wskazania nazw podwykonawców.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie podwykonawstwa w zakresie pozostałych usług stanowiących przedmiot zamówienia, w tym w szczególności usług wykonywanych w budynkach oraz o usunięcie z treści siwz i z Załącznika nr 12 obowiązku wskazania nazw podwykonawców.

III. W pkt. III Opis przedmiotu zamówienia nie zawarto pełnego opisu obowiązków wykonawcy, który będzie realizował przedmiot zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób niekompletny i niewyczerpujący, z naruszeniem przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Mając na względzie postępowanie przetargowe nr OA/III/323/33/09 (por. pkt. 5.1.4 siwz) jednym z obowiązków wykonawcy było przejęcie pracowników od zamawiającego w trybie przepisu art. 23¹ Kodeksu pracy. Przepis ten w § 1 stanowi, że w razie przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę staje się on z mocy prawa stroną

dotychczasową w stosunkach pracy. W razie zakończenia wykonywania usługi zamawiający jest zobowiązany do przejęcia pracowników przekazanych wykonawcy w trybie art. 23¹ KP. Teza ta jest zgodna z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dn. 01.02.2000 r. (I PKN 508/99, OSNP z 2001 r., z.12, poz.412) oraz z dn. 17.05.1995 r. (I PRN 9/95, OSNP z 1995 r. z.20, poz.248). Zgodnie z art. 23¹ KP, w przypadku zakończenia wykonywania umowy zamawiający zobowiązany jest do niezwłocznego przejęcia w trybie art. 23¹ KP pracowników zatrudnionych przy wykonywaniu przedmiotowej usługi. Odmierna interpretacja byłaby sprzeczna z ustawowym mechanizmem tak zwanego zwrotnego przekazania pracowników. Wobec faktu, iż przejście pracowników nastąpiło w trybie art. 23¹ KP, w dniu zakończenia usługi pracownicy ci wracają z mocy prawa do dotychczasowego pracodawcy. Przepisy art. 23¹ KP mają moc bezwzględnie obowiązującą i nie mogą być przez strony zmienione, a wszelkie odmienne ustalenia stron są z mocy prawa nieważne. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Sądu Najwyższego, rozwiązanie umowy w wyniku której doszło do przejęcia pracowników skutkować musi ich zwrotnym przekazaniem do poprzedniego pracodawcy (uchwała Sądu Najwyższego z dn. 07.06.1994 r., sygn. akt I PZP 20/94, OSNAP z 1994 r. z.9, poz.141).

Odwołujący wniósł o dostosowanie opisu przedmiotu zamówienia do rzeczywistego stanu faktycznego i prawnego, poprzez ustanowienie w siwz obowiązku przejęcia pracowników na podstawie art. 23¹ KP. W przeciwnym razie zachodzi uzasadniona podstawa do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

IV. W Załączniku nr 9 w formularzach ofertowych dla wszystkich zadań zamawiający wprowadził stawkę podatku VAT 23 % jako obowiązującą przy kalkulacji ceny ofertowej. Stawka podatku VAT 23% przewidziana została również przy usłudze utrzymania terenu zewnętrznego (odśnieżanie), która jest opodatkowana stawką 8%. W ocenie odwołującego, zamawiający na gruncie obowiązujących przepisów ustawy prawo zamówień publicznych oraz ustawy o podatku od towarów i usług nie jest uprawniony do narzucania wykonawcom stawek podatku VAT w ofercie.

Odwołujący wniósł o usunięcie z formularzy cenowych stawki podatku VAT w wysokości 23%.

Zamawiający złożył na rozprawie odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Wskazał, że przedmiot zamówienia jest bardzo złożony, dotyczy wielu obiektów użyteczności publicznej, w których usługa sprzątnia musi być zapewniona na bardzo wysokim poziomie jakościowym przez profesjonalnego wykonawcę. Zdaniem zamawiającego, tylko w przypadku bezpośredniego świadczenia usług przez wykonawcę możliwe jest zapewnienie wysokiej jakości usług, a ponadto bezpieczeństwa w obiektach

zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił przy tym, że Załącznik nr 12 nie stanowi dokumentu w rozumieniu przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, lecz jest formularzem, który ma ułatwić wykonawcom złożenie oświadczenia co do korzystania z podwykonawstwa w wymaganym przez zamawiającego zakresie. Zdaniem zamawiającego, podstawę do żądania podania przez wykonawców nazw podwykonawców stanowi art. 25 Dyrektywy Klasycznej 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30 kwietnia 2004 r. str. 114, z późn. zmianami), który wskazuje wprost, że zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie wszystkich podwykonawców.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 23¹ Kodeksu Pracy wskazał, że obowiązek przejścia pracowników przez zamawiającego od dotychczasowego wykonawcy zamówienia nie ma nic wspólnego z przedmiotem tego zamówienia. Przejęcie zwrotne pracowników nie musi skutkować przekazaniem ich do innego wykonawcy w ramach przedmiotowego postępowania. Zamawiający może wykorzystać tych pracowników w inny sposób. Skutek wynikający dla zamawiającego z mocy art. 23¹ KP następuje z mocy prawa, więc nie ma obowiązku zamieszczenia w siwz postanowienia o treści wynikającej z tego przepisu. Ponadto, spory pomiędzy wykonawcą realizującym aktualnie zamówienie, a zamawiającym nie mogą być przedmiotem rozpoznania przez Izbę w niniejszym postępowaniu, a jedynie przez sąd pracy.

Zamawiający wyjaśnił, że dysponuje indywidualną interpretacją przepisów prawa podatkowego wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach w uprzednio przeprowadzonym postępowaniu na ten sam zakres przedmiotu zamówienia, zgodnie z którą usługi kompleksowego utrzymania czystości podlegają opodatkowaniu jednolitą stawką podstawową podatku VAT. Zamawiający wyjaśnił, że wprowadził w formularzu ofertowym stawkę podatku VAT w celu uniknięcia w tym zakresie omyłek wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także wyjaśnienia stron postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania. Wykonawca zamierza ubiegać się o zamówienie, a w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu należałoby uznać, że postanowienia specyfikacji uniemożliwiają mu w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, złożenie oferty i tym samym ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia przepisów art. 36 ust 1 pkt 5 i 6 Pzp w związku z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz art. 36 ust. 4 i 5 Pzp, poprzez wprowadzenie w siwz ograniczenia podwykonawstwa oraz obowiązku podania w Załączniku nr 12 nazw podwykonawców, Izba ustaliła i zważyła, jak poniżej.

W pkt. III. pkt. 2 „Opis przedmiotu zamówienia” (siwz) zamawiający zawarł postanowienie, iż „dopuszcza możliwość powierzenia przez Wykonawcę wykonania części przedmiotu zamówienia podwykonawcom w zakresie usług utrzymania terenu zewnętrznego (dotyczy zadania od nr 1 do nr 7)”.

W pkt. VI „Wykaz oświadczeń lub dokumentów (...)” pkt. 6.4.4. zamawiający zawarł wymóg złożenia w ofercie Załącznika nr 12 – „Informacja o zakresie zamówienia, który wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom”. Zamawiający wskazał również w tym miejscu, że dopuścił możliwość powierzenia wykonania części przedmiotu zamówienia podwykonawcom w zakresie usług utrzymania terenu zewnętrznego, tj. zadanie nr 1-7. Wykonawcy wykonujący zamówienie wyłącznie siłami własnymi zostali zobowiązani do dołączenia do oferty niniejszego formularza z odpowiednią adnotacją - o braku podwykonawców dla danego zadania częściowego osobno.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 12, zamawiający wprowadził w nim wymóg wskazania m.in. nazw podwykonawców przewidzianych do realizacji zamówienia (a także podania telefonu kontaktowego oraz kwalifikacji podwykonawcy).

Izba zważyła, że zasadę dopuszczalności podwykonawstwa przy wykonaniu zamówienia publicznego formułuje przepis art. 36 ust. 5 Pzp. Zgodnie z ww. przepisem wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Zasadą jest zatem dopuszczalność podwykonawstwa

w zamówieniach publicznych, a jeżeli zamawiający chce zastrzec osobiste wykonanie zamówienia lub jego części przez wykonawcę, zobowiązany jest do wyrażenia swej woli w tym zakresie w siwz. Tym samym, w zamówieniach publicznych ograniczenie możliwości podwykonawstwa traktowane jest jako wyjątek od zasady. Ponadto, jak wskazuje ww. przepis, ograniczenie podwykonawstwa może nastąpić jedynie w uzasadnionych okolicznościach, wynikających ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Należy zwrócić przy tym uwagę, iż ograniczenie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych wpływa na ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne przez wykonawców, a tym samym na ograniczenie konkurencyjności postępowań o zamówienie publiczne. W związku z powyższym, nieuzasadnione ograniczenie podwykonawstwa stanowi naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji.

Z uwagi na powyższe, w pierwszej kolejności należy podkreślić, że zgodnie z art. 36 ust. 4 Pzp zamawiający może zastrzec w siwz osobiste wykonanie zamówienia lub jego części - wyrażając swoją wolę w tym przedmiocie. Zatem, zamawiający powinien oświadczyć w treści siwz, że w danej części lub w całości nie dopuszcza podwykonawstwa. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie oświadczył wprost w jakim zakresie podwykonawstwa nie dopuszcza. Stwierdził jedynie, że dopuszcza podwykonawstwo w części przedmiotu zamówienia dotyczącej usługi utrzymania zewnętrznego, co ma oznaczać, że w pozostałej części podwykonawstwo nie zostało dopuszczone. W ocenie Izby, tak podana informacja nie wyczerpuje dyspozycji art. 36 ust. 4 Pzp, gdyż stosowne oświadczenie powinno być wyrażone przez zamawiającego w sposób jednoznaczny, a nie dorozumiany. (por. Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008 r., sygn. akt III CZP 6/08).

Ponadto, Izba stwierdziła, że biorąc pod uwagę, iż przedmiotem niniejszego zamówienia są usługi kompleksowego utrzymania czystości w budynkach Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego nie odbiegające charakterem od usług standardowych, nie sposób zgodzić się z zamawiającym, że jest to przedmiot zamówienia na tyle specyficzny, aby uzasadniał ograniczenie podwykonawstwa wyłącznie do utrzymania terenów zewnętrznych.

Zamawiający wskazywał, że usługi sprzątnięcia w budynkach Urzędu mają bardzo złożony charakter i są wykonywane w obiektach użyteczności publicznej – siedzibie organów administracji rządowej i samorządowej. Zadaniem zamawiającego jest utrzymanie czystości w tych obiektach na najwyższym poziomie jakościowym. Na zakres usługi składają się liczne czynności szczegółowo określone w siwz. Zamawiający uznał, że zapewnienie wysokiej jakości realizacji usług jest możliwe wyłącznie w przypadku, gdy będą one realizowane przez wykonawcę osobiście (z wyłączeniem utrzymania terenu zewnętrznego). Budynki znajdują się w 8 lokalizacjach na terenie województwa, mają rozbudowaną strukturę, dużą

powierzchnię i ilość pomieszczeń. Jeden z budynków jest wpisany na listę zabytków. Zdaniem zamawiającego, rozdzielenie przedmiotu zamówienia pomiędzy podwykonawców utrudni kontrolę realizacji usługi, a w konsekwencji obniży jej jakość. Zamawiający wskazał także na wdrożone w ww. obiektach procedury bezpieczeństwa, które nakazują ograniczanie ilości i rotacji osób przebywających w budynkach, szczególnie po godzinach urzędowania, do niezbędnego minimum. W przypadku, gdy usługa jest realizowana przez osoby nieodpowiednie, nierzetelne i nieuczciwe pojawia się ryzyko przekazania danych i informacji dotyczących zabezpieczeń budynków w niepowołane ręce, co zwiększa ryzyko zagrożenia bezpieczeństwa obiektów i przebywających w nich osób. Można domniemać, że tylko podmiot spełniający warunki udziału w postępowaniu zapewni profesjonalny personel do realizacji usługi. Niezwykle istotne są kwestie zaufania, wiarygodności i uczciwości osób wykonujących usługę. W ocenie zamawiającego, tylko realizacja usługi przez jeden podmiot w znacznym stopniu ułatwi ustalenie zakresu odpowiedzialności za ewentualne szkody i wpłynie na zachowanie poufności i wiarygodności danych znajdujących się w obiektach zamawiającego.

Ponadto, zamawiający wyjaśnił, że Załącznik nr 12 nie jest dokumentem z katalogu dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów których może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane. Jest to formularz opracowany dla ułatwienia wykonawcy wskazania podwykonawców w dopuszczonym przez zamawiającego zakresie. Zamawiający wskazał, że polski ustawodawca nie wyłączył wprost możliwości żądania przez zamawiającego podania nazw podwykonawców, a zgodnie z art. 25 Dyrektywy Klasycznej 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30 kwietnia 2004 r. str. 114, z późn. zmianami), „instytucja zamawiająca może żądać lub zostać zobowiązana przez Państwo Członkowskie do żądania od oferenta wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza on zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców. Wskazanie takie pozostaje bez uszczerbku dla kwestii odpowiedzialności głównego wykonawcy”.

Izba uznała, że przedstawiony przez zamawiającego charakter przedmiotu zamówienia, opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie uzasadnia wprowadzonego przez zamawiającego zakazu podwykonawstwa w zakresie usług wykonywanych w budynkach, a wobec powyższego zamawiający winien dopuścić podwykonawstwo także w zakresie pozostałych usług stanowiących przedmiot zamówienia. Podkreślić należy, że odpowiedzialność za prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, zgodnie ze wszystkimi procedurami obowiązującymi w obiektach zamawiającego, leży po

stronie wykonawcy i jest uzależniona w szczególności od treści umowy zawartej z wykonawcą. To na zamawiającym spoczywa obowiązek precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia, w tym praw i obowiązków wykonawcy, które zapewnią zarówno odpowiedni poziom świadczenia usług, jak i sposób ich świadczenia. Udział podwykonawcy w realizacji zamówienia nie oznacza wprost, jak uznał zamawiający, że jakość usługi zostanie obniżona, a procedury bezpieczeństwa nie będą zachowane. Zauważyć należy, że warunki udziału wykonawcy w postępowaniu, określone przez zamawiającego w siwz, nie określają liczby, ani nie odnoszą się do kwalifikacji zawodowych osób przewidzianych do realizacji zamówienia. Zamawiający nie zastrzegł w tym zakresie żadnych szczegółowych wymagań w stosunku do wykonawcy. Zatem, nie można przyjąć, że realizacja zamówienia osobiście przez wykonawcę wyłonionego w oparciu o warunki podmiotowe będzie w jakimkolwiek stopniu bardziej profesjonalna, rzetelniejsza lub bezpieczniejsza niż przy udziale podwykonawcy. Jeśli chodzi natomiast o powierzchnię budynków, ilość pomieszczeń lub rodzaj instytucji użytkujących pomieszczenia, to należy uznać, że nie są to okoliczności uzasadniające ograniczenie konkurencyjności postępowania, przez wyłączenie możliwości podwykonawstwa. Nawet jeśli podwykonawstwo zostanie wyłączone, to nie można wykluczyć rotacji pracowników, a ze względu na znaczną powierzchnię budynków i ilość pomieszczeń, liczba pracowników do wykonywania usługi musi być odpowiednio duża, niezależnie od tego czy będą to pracownicy wykonawcy czy też podwykonawcy. W takim samym również stopniu wobec tych podmiotów muszą być realizowane procedury nadzoru oraz procedury bezpieczeństwa w obiektach.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 36 ust. 4 Pzp, należy zauważyć, że zgodnie z tym przepisem, zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. W obowiązujących przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma podstawy do żądania przez zamawiającego podania w ofercie nazw podwykonawców, ani też jakichkolwiek innych danych dotyczących podwykonawców. Przepis art. 36 ust. 4 Pzp precyzuje zakres informacji, których zamawiający żąda w postępowaniu (ma obowiązek oraz uprawnienie), jako zakres przedmiotu zamówienia, którego wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Przepis ten w ramach ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi implementację przepisów Dyrektywy Klasycznej 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, w tym art. 25 i jest wiążący w polskim systemie prawnym. Zauważyć należy, że dyrektywy są wiążące dla każdego państwa członkowskiego, do którego są skierowane, pod względem zamierzonego celu, pozostawiając jednak władzom krajowym wybór formy i metod jego osiągnięcia. Dyrektywy są stosowane przede wszystkim jako instrumenty np. harmonizacji prawa dla osiągnięcia

pewnego poziomu ujednoczenia prawa, przy jednoczesnym zachowaniu różnic między państwami członkowskimi. Nie można oczywiście pominąć faktu, że zawierają one często także ustalenia o charakterze pierwszeństwa, wyszczególniając sposoby włączania ich do prawa krajowego. W tym przypadku nie mamy jednak do czynienia z taką normą. Biorąc pod uwagę powyższe, przepis art. 25 Dyrektywy Klasycznej nie może stanowić wprost podstawy do żądania przez zamawiającego rozszerzonego zakresu informacji dotyczących podwykonawstwa w stosunku do obowiązującego w Polsce przepisu art. 36 ust. 4 Pzp. W związku z powyższym Izba uznała, że zamawiający winien usunąć z treści siwz i z Załącznika nr 12 obowiązek wskazania przez wykonawców nazw podwykonawców, którym zamierza on powierzyć realizację danej części zamówienia.

Izba uznała, że stwierdzone powyżej naruszenie art. 36 ust. 4 i 5 Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp stanowi przesłankę uwzględnienia odwołania.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust 1 i 2 Pzp w związku z art. 23¹ Kodeksu pracy, poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia, polegający na tym, że w pkt. III siwz zawierającym „Opis przedmiotu zamówienia” nie zawarto pełnego opisu obowiązków wykonawcy, który będzie realizował przedmiot zamówienia, tj. ustanowienia obowiązku przejęcia pracowników na podstawie art. 23¹ KP.

Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie nie obejmuje przejęcia przez wykonawcę realizującego przedmiot zamówienia pracowników zamawiającego na podstawie art. 23¹ KP. Postanowienia specyfikacji nie nakładają na wykonawcę takiego obowiązku w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że nie jest to wynikiem omyłki czy błędnego pominięcia. Jest to działanie zamierzone, ponieważ w ramach przedmiotowego zamówienia nie zamierza przekazywać wykonawcy swoich pracowników, a zatem nie został ustanowiony w siwz także obowiązek zwrotnego przejęcia pracowników od wykonawcy przez zamawiającego. Nie można podzielić poglądu odwołującego, że skoro wcześniej prowadzone przez zamawiającego postępowania na identyczny przedmiot zamówienia, np. postępowanie przetargowe nr OA/III/323/33/09, ustanawiały obowiązek wykonawcy w postaci przejęcia pracowników od zamawiającego w trybie przepisu art. 23¹ KP, to także w tym postępowaniu przedmiot zamówienia powinien taki obowiązek zawierać na zasadzie analogii. Podkreślić należy, że opis przedmiotu zamówienia dokonywany jest przez zamawiającego każdorazowo w zależności od aktualnych i uzasadnionych jego potrzeb. Nie ma żadnych podstaw, aby wymagać od zamawiającego rozszerzenia, wyłącznie na zasadzie analogii z innym postępowaniem, obowiązków wykonawcy w ramach przedmiotu zamówienia na te same usługi utrzymania czystości. Fakt, iż w razie zakończenia wykonywania dotychczasowej usługi zamawiający jest zobowiązany do zwrotnego przejęcia

pracowników przekazanych wykonawcy w trybie art. 23¹ KP nie dowodzi, że zamawiający w kolejnym postępowaniu o zamówienie publiczne na podobny przedmiot zamówienia jest zobowiązany ponownie przekazać pracowników do wykonawcy. Odwołujący sam również przyznał w toku rozprawy, że zamawiający może przekazać pracowników do wykonawcy na czas realizacji zamówienia ale nie jest do tego zobowiązany. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie podał okoliczności, które wskazywałyby, że zamawiający powinien taki obowiązek uwzględnić w przedmiocie zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wskazania w formularzu ofertowym stawki podatku VAT na przedmiot zamówienia w wysokości 23%, Izba stwierdziła, że w Załączniku nr 9 (formularze ofertowe dla wszystkich zadań) zamawiający wprowadził stawkę podatku VAT 23 % jako obowiązującą przy kalkulacji ceny ofertowej. Podstawowa stawka podatku VAT przewidziana została również dla usługi utrzymania terenu zewnętrznego (odśnieżania).

Zauważyć należy, że zamawiający na gruncie obowiązujących przepisów ustawy prawo zamówień publicznych oraz ustawy o podatku od towarów i usług nie ma obowiązku wskazywania wykonawcom stawki podatku VAT, gdyż to na wykonawcy przedmiotu zamówienia ciąży obowiązek zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT. Wskazanie stawki podatku VAT w siwz nie stanowi jednak naruszenia przepisów ustawy Pzp w szczególności w okolicznościach, gdy zamawiający dysponuje interpretacją indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej, która potwierdza, że przyjęta stawka podatku VAT jest prawidłowa dla danego zakresu usług, tak jak w przedmiotowej sprawie. Zamawiający przedstawił na rozprawie interpretację indywidualną przepisów prawa podatkowego Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach nr IBPP2/443-656/09/UH z dnia 2 października 2009r, która potwierdza, że w okolicznościach tej sprawy, tj. w przypadku kompleksowych usług utrzymania czystości w budynkach zamawiającego, tj. łącznie z usługą odśnieżania, sklasyfikowanych wg. PKWU do grupowania 74.70.13-00.00 „usługi sprzątnia tradycyjnego” należy stosować podstawową stawką podatkową w wysokości 22%. W aktualnie obowiązującym stanie prawnym stawką podstawową podatku VAT jest stawka 23%. Zważyć przy tym należało, że odwołujący twierdząc, iż w jego ocenie usługa odśnieżania objęta jest stawką preferencyjną w wysokości 8% nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swojego stanowiska.

W ramach rozpoznania odwołania należy wskazać, że w uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał także, że postanowienia siwz wadliwie formują kryteria oceny ofert i sposób punktacji w ramach tych kryteriów złożonych ofert. Zarzuty te w żaden sposób jednak nie zostały przez wykonawcę uzasadnione ani w treści odwołania, ani na rozprawie. Odwołujący nie podał okoliczności faktycznych na poparcie powyższych zarzutów, a te okoliczności, które powołano w odwołaniu nie mają żadnego wpływu lub związku z ustalonym przez zamawiającego w siwz kryterium oceny ofert, jakim jest najniższa cena

z wagą 100% we wszystkich zadaniach. Z powyższych względów Izba uznała, że zarzuty te są bezpodstawne lub podniesione jedynie omyłkowo.

Analogicznie należało uznać w odniesieniu do zarzutu naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy sformułowaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu oceny ich spełniania oraz wymaganych dokumentów. Postanowienie dotyczące określenia przez zamawiającego zakresu przedmiotu zamówienia, który wykonawca może powierzyć podwykonawcom nie stanowi warunku udziału w postępowaniu, w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, a w związku z tym informacja dotycząca podwykonawcy, wymagana w formie załącznika nr 12, nie stanowi dokumentu, składanego w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: