

dotyczy odpowiedzi na pytania Wykonawców do przetargu nieograniczonego, znak sprawy IHIT/P/52/2018 na - Usługi w zakresie okresowych przeglądów aparatury laboratoryjnej w podziale na 2 części.

WYJAŚNIENIE I TREŚCI SIWZ

Zamawiający – Instytut Hematologii i Transfuzjologii, ul. Indiry Gandhi 14, 02-776 Warszawa, informuje, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego wpłynęły pytania od Wykonawców dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Zamawiający zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy z dn. 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, przekazuje treść pytań i udziela wyjaśnień jak poniżej.

Pytanie 1 (pisownia oryginalna)

Dotyczy części nr 2

Zgodnie z wytycznymi producenta zaleca się wykonywanie okresowych przeglądów technicznych cytometrów co 6 miesięcy. W raporcie serwisowym oraz raporcie technicznym będzie zamieszczona informacja „zalecany termin następnego przeglądu za 6 miesięcy od daty wykonania ostatniego przeglądu”.

Odpowiedź

Zamawiający wyraża zgodę na zamieszczenie informacji lub etykiety z informacją: „zalecany termin następnego przeglądu za 6 miesięcy od daty wykonania ostatniego przeglądu”, jednakże Zamawiający informuje, iż zgodnie z załącznikiem nr 1A do SIWZ przeglądy będą wykonywane co 12 miesięcy.

Pytanie 2 (pisownia oryginalna)

Dotyczy rozdział IV pkt 8 oraz wzór umowy par 7 ust. 2

Zwracamy się z prośbą o odstąpienie od konieczności dostarczenia po zawarciu umowy kopii umów o pracę oraz o odstąpienie od wymogu dostarczenia na każde pisemne żądanie Zamawiającego raportu na temat stanu zatrudnienia osób zaangażowanych w realizację zamówienia wraz z zanimizowanymi formularzami ZUS, ZUA (z wyłączeniem imion i nazwisk), na podstawie których zgłoszono pracowników do ZUS i/lub comiesięcznych dowodów naliczania i odprowadzania składek od umów o pracę zatrudnionych osób.

Ze względu na procedury obowiązujące w firmie (dot. danych wrażliwych) oraz politykę wewnętrzną pracownicy nie mają lub mają utrudniony dostęp do tego typu dokumentacji.

Czy w związku z powyższym Zamawiający uzna za wystarczające złożenie wraz z ofertą oświadczenia stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ (Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia) z równoczesnym odstąpieniem od dostarczenia dokumentacji wymienionej w rozdziale IV pkt 8 oraz wzór umowy par 7 ust. 2.

Odpowiedź

Zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, wprowadzonym uchwaloną w dniu 22 czerwca 2016 r. ustawą o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.), dalej jako: „Kodeks pracy”. Obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania przestrzegania prawa przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku. Przyzwalanie na taką praktykę, tj. uznawanie niepracowniczego statusu pracownika oznacza, że wykonując pracę uzyskuje on mniej korzystny

status prawny (np. ze względu brak prawa do urlopu, brak ochrony wynagrodzenia, odpowiedzialność odszkodowawczą, niezaliczanie okresu pracy do stażu pracy, brak prawa do odzieży ochronnej itd.), podczas gdy zatrudniający ponosi mniejsze koszty, uzyskując te same korzyści co z pracy pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę (podobnie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2016 r., sygn. I PK 139/15). Przepis art. 22 § 1 Kodeksu pracy określa konstytutywne cechy stosunku pracy: a) wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy, b) wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy, c) w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę, d) i w czasie przez niego wyznaczonym, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy to Zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a Wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem. Należy stanowczo podkreślić, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający będzie określał wymagania dotyczące zatrudnienia na umowę o pracę. Natomiast, w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na Zamawiającym będzie spoczywał ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia. W zakresie oceny, czy dana czynność ma charakter stosunku pracy pomocne może być bogate orzecznictwo sądów pracy. Podkreślić należy, że Zamawiający zasadniczo nie zastępuje wykonawcy w określeniu sposobu realizacji świadczenia. Z tego też tytułu Zamawiający, co do zasady, nie wskazuje czynności wykonywanych na podstawie umowy o pracę z podziałem na Wykonawców i podwykonawców. Zamawiający zasadniczo nie określa też, jaka liczba osób po stronie Wykonawcy będzie brała udział w realizacji zamówienia, nie decyduje o systemie zmianowym etc. Zamawiający powinien natomiast wprowadzić do umowy zapis, w którym przewidzi zobowiązanie Wykonawcy do wykonywania opisanych przez Zamawiającego czynności pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty określił wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywały po stronie Wykonawcy czynności wskazane przez Zamawiającego, wówczas zamawiający jest zobowiązany w świetle art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp do wskazania w SIWZ w szczególności:

1. *sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp;*
2. *uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań;*
3. *rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.*

Należy jednak zaznaczyć, że zwrot „w szczególności” należy interpretować analogicznie jak zwrot „co najmniej”. Niewątpliwie intencją ustawodawcy było bowiem określenie minimalnej zawartości SIWZ w sytuacji zidentyfikowania czynności polegających na wykonywaniu pracy w zamówieniu publicznym. Z uwagi na wagę informacji zawartych w przesłankach a) – c) nie można ocenić, że są to informacje fakultatywne, a Zamawiający może pominąć wszystkie powyższe informacje i wybrać inne, niewskazane w przepisie lub nie wybrać żadnych i poprzestać na wymogu z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Pozytywna ocena zamawiającego, skutkująca stwierdzeniem, że określone czynności w ramach realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, rodzi zatem po jego stronie obowiązek wskazania rodzaju tych czynności w SIWZ (pkt c).

Zamawiający ma w zakresie opisu sposobu dokumentowania osób swobodę ograniczoną jednak przepisami prawa, w tym ustawy o ochronie danych osobowych. W tym miejscu należy przypomnieć, że żądane dokumenty (oświadczenia) nie mają charakteru dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Są to dokumenty służące kontroli realizacji przez Wykonawcę/podwykonawcę zamówienia publicznego zgodnie z treścią oferty oraz w zgodzie z przepisami ustawy Pzp. Powinny być zatem wymagane przez Zamawiającego, co do zasady, dopiero na etapie realizacyjnym, choć wymogi w tym zakresie Zamawiający powinien określić – zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp – w treści siwz. Art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. b ustawy Pzp uprawnia Zamawiającego do kontroli spełniania przez Wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań. Przepis wskazuje, że sposób kontroli

i ewentualne sankcje z tytułu niespełnienia wymagań (np. w formie kar umownych) winny zostać wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślić jednak należy, że w celu zapewnienia ich skuteczności właściwym miejscem na ich opisanie będzie projekt umowy, a następnie umowa podpisana z Wykonawcą. Oznacza to, że z tytułu niespełnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności, Zamawiający może przewidzieć sankcje jedynie dla Wykonawcy np. w postaci obowiązku zapłaty przez Wykonawcę kary umownej w wysokości określonej w istotnych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Za działania lub zaniechania podwykonawcy w tym przedmiocie odpowiada Wykonawca, względem którego zamawiający może wystąpić z żądaniem zapłaty kary umownej. Skuteczna kontrola wykonania umowy w powyższym zakresie może być realizowana przez Zamawiającego w sposób analogiczny, jak w przypadku kontroli innych elementów realizacji umowy w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane lub usługi, tj. głównie poprzez żądanie stosownych informacji lub dokumentów o jakich mowa powyżej. Dopuszczalne jest także przeprowadzanie kontroli przez przedstawicieli Zamawiającego lub upoważnione osoby trzecie na miejscu wykonania świadczenia. Ponadto Zamawiający w sytuacji gdy powźmie wątpliwość co do sposobu zatrudnienia personelu – może zwrócić się o przeprowadzenie kontroli przez Państwową Inspekcję Pracy. W celu zapewnienia zachowania zasady uczciwej konkurencji przewidzianym w umowie mechanizmom kontrolnym powinny towarzyszyć sankcje za nieprzebranie zobowiązań ustanowionych na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, np. w postaci kar umownych lub - w przypadku powtarzających się naruszeń tych obowiązków – prawa odstąpienia od umowy. W celu zapewnienia, aby czynności opisane przez Zamawiającego, polegające na wykonywaniu pracy rzeczywiście wykonywali pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę – zasadnym jest wskazanie w projekcie umowy zapisu, w którym Wykonawca zobowiązuje się realizować zamówienie pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę w zakresie czynności opisanych przez zamawiającego. Konsekwentnie, uchylenie się od obowiązku zatrudniania pracowników na umowę o pracę winno skutkować sankcjami nałożonymi przez Zamawiającego. Powyższa regulacja ma na celu przede wszystkim zapewnienie zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, poprzez nadzorowanie prawidłowości wykonania zamówienia w sposób określony w ofercie Wykonawcy w odniesieniu do wymagań dotyczących umów o pracę. Pomimo, iż przepis co do zasady nadaje Zamawiającemu uprawnienie kontroli Wykonawców, to na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, za pośrednictwem Wykonawcy będzie możliwe także przeprowadzenie stosownej kontroli dotyczącej pracowników podwykonawców wykonujących czynności na rzecz Zamawiającego.

Zamawiający zgodnie ze stanowiskiem Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych dopuszcza żądanie od Wykonawców zanonimizowanych kopii umów o pracę z pracownikami Wykonawcy, jako sposobu udokumentowania ich zatrudnienia.

Komisja przetargowa:
Barbara Karczewska
Marcin Gwiszcz
Małgorzata Zajączkowska
Agata Jakubiec

.....
.....
.....
.....
.....

KIEROWNIK
Działu Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia

mgr Iwona Łopacińska

Wyk. Agata Jakubiec
Egz. Nr 1 – strona internetowa