



**ZASTĘPCA DYREKTORA
BIURA FINANSÓW
KOMENDY GŁÓWNEJ STRAŻY GRANICZNEJ**
ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa
fax. 022 500 47 82

KG-A-881/17

egz. nr 2

2017-06-26

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę wsparcia dla systemu PKI SG – sprawa nr 31/BF/Błil/17.

Szanowni Państwo,

działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), uprzejmie informuję, że do zamawiającego wpłynęły pytania od uczestnika postępowania do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w brzmieniu przytoczonym poniżej, na które zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Pytanie nr 6:

Wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia określonego w pkt. IV.6. SIWZ.

Zgodnie z tym wymaganiem Zamawiający oczekuje zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę (w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy) osób wykonujących przedmiot zamówienia. W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie:

- Czy zamawiający zrezygnuje z ww. wymagania w SIWZ i Ogłoszeniu?
- Czy zamawiający dopuszcza zatrudnienia ww. osób w niepełnym wymiarze etatu?
- Czy Zamawiający dopuści, aby część osób wykonujących przedmiot zamówienia współpracowało z Wykonawcą w ramach innych umów niż umowa o pracę?

Uzasadnienie:

Wykonawca zwraca uwagę, że w przypadku świadczenia specjalistycznych usług, których wytworem są na przykład chronione prawem autorskim lub prawami pokrewnymi programy i procedury informatyczne, projekty, opracowania, dokumenty techniczne, instrukcje, serwisy; albo usług polegających na ochronie systemów informatycznych, baz danych, na zapewnieniu bezpieczeństwa przepływu informacji w systemach informatycznych, energii w systemach energetycznych, mediów w innych systemach itp., stosunek zależności między przełożonym a podwładnym nie ma praktycznie żadnego wpływu na rezultaty pracy pracownika, który jest obowiązany wykazywać się wieloma zdolnościami, takim jak: wiedza i doświadczenie, kwalifikacje podlegające często certyfikacji, samodzielność, odpowiedzialność zawodowa, dyspozycyjność - wykraczającymi poza ramy zdefiniowanego stosunku pracy podczas realizacji powierzonych im zadań. (por. komentarz do art. 29 ust. 3a PZP (wg Lex, Piotr Karkoszka). Zgodnie z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - por. m.in. Wyrok KIO z 3.04.2017 r., sygn. KIO 486/17 i sygn. KIO 492/17 Zamawiający może ustanowić jako kryterium oceny ofert również właściwości podmiotowe wykonawcy, musi jednak w sposób niebudzący wątpliwości wykazać, że jest ono związane z przedmiotem zamówienia. Przedmiot zamówienia może wykonać bowiem każdy zespół osób o odpowiedniej wiedzy i doświadczeniu, bez względu na formę zatrudnienia pracowników. Skład orzekający wskazał, że możliwość postawienia jako kryterium oceny ofert wymagania, aby wykonawcy zatrudniali na etat osoby dedykowane do realizacji zamówienia budzi szereg wątpliwości w doktrynie oraz orzecznictwie. Izba zaznaczyła, że taka klauzula odnosi się do warunków realizacji zamówienia publicznego- Zatrudnienie na etat nie może być uznane za kryterium wyboru wykonawcy ani kryterium udzielenia zamówienia. Sformułowane w ten sposób kryterium jest zakazane jako odnoszące się do właściwości wykonawcy z tego względu, że wkracza ono do polityki kadrowo-płacowej wykonawcy. Zastosowanie takiego kryterium doprowadziłoby wręcz do wypaczenia istoty zamówień publicznych poprzez niedopuszczenie do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców zdolnych do wykonania w sposób prawidłowy przedmiotu zamówienia. Premiowanie części wykonawców biorących udział w postępowaniu spowodowałoby nieuzasadnione zawężenie rynku, co pozbawiłoby wielu przedsiębiorców możliwości skutecznego ubiegania się o zamówienie.

Intencją ustawodawcy, kryjącą się za wprowadzeniem przepisu art. 29 ust. 3a Ustawy, było dostosowanie prawa zamówień publicznych do przepisu art. 18 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE z 26.02.2014 r., w którym jest mowa między Innym! o podejmowaniu przez państwa członkowskie środków służących zapewnieniu, by podczas realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali obowiązków wynikających w szczególności z prawa pracy ustanowionego w przepisach unijnych, krajowych lub w układach zbiorowych bądź z międzynarodowego prawa pracy. Ww. przepis Ustawy, stosuje się w opisie przedmiotu zamówienia obligatoryjnie, jednakże pod warunkiem, że zamawiający jest w stanie wskazać czynności niezbędne do wykonania zamówienia, których charakter wskazuje na konieczność zawarcia umowy o pracę. W sytuacji gdy rezultatem wykonanych czynności jest ukończony samodzielny element świadczenia o charakterze dzieła (program komputerowy, rozwiązanie techniczne, dokument geodezyjny lub inny, opracowana procedura itp.), obowiązek zawierania umowy o pracę może utrudnić w sposób nieuzasadniony dostęp do wykonania zamówień publicznych podwykonawcom i osobom prowadzącym jednoosobową działalność gospodarczą, które to podmioty nie są zainteresowane zawieraniem stosunku pracy w istotny sposób ograniczającego ich swobodę gospodarczą. Podobnie jest w przypadku świadczenia specjalistycznych usług wymagających od pracownika np. wiedzy i doświadczenia, certyfikowanych kwalifikacji, samodzielności, odpowiedzialności i dyspozycyjności wykraczającej poza ramy zdefiniowanego stosunku pracy. Wg. komentatorów Ustawy (por. ww. komentarz Piotra Karkosza) rygorystyczne stosowanie art. 29 ust. 3a Ustawy w aktualnej sytuacji na rynku pracy może w istotny sposób utrudnić wykonawcom ubieganie się o zamówienia publiczne, a podwykonawcom udział w realizacji udzielonych zamówień. Jedną z okoliczności jest bowiem ta, że wykonawcy i podwykonawcy usług mają poważne problemy z pozyskaniem pracowników chętnych do zatrudnienia się na umowę o pracę,

W związku z powyższym zdaniem Wykonawcy istnieją przesłanki praktyczne i prawne do rezygnacji przez Zamawiającego z wymagania określonego w pkt.IV.6 SIWZ.

Odpowiedź na pytanie 6:

- a) Nie. Zamawiający nie zrezygnuje z ww. wymagania w SIWZ i Ogłoszeniu?
- b) Tak. Zamawiający dopuszcza zatrudnienia ww. osób w niepełnym wymiarze etatu ?
- c) Tak. Zamawiający dopuszcza, aby część osób wykonujących przedmiot zamówienia współpracowało z Wykonawcą w ramach innych umów niż umowa o pracę?

Pytanie nr 7:

Prosimy o wyjaśnienie, jaki minimalny okres czasu przewiduje Zamawiający na dostarczenie dowodów, o których mowa w projekcie Umowy w § 11 ust. 4 ?

Odpowiedź na pytanie 7:

Minimalny okres czasu jaki przewiduje Zamawiający na dostarczenie dowodów, o których mowa w projekcie Umowy w § 11 ust. 4 wynosi 5 dni.

W związku z powyższym Zamawiający zmienia zapisy w projekcie Umowy stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ. Zapis w § 11 ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„1. Zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją przedmiotu umowy, jeśli te czynności noszą znamiona stosunku pracy w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks Pracy.”

oraz zapis w § 11 ust. 4 otrzymuje brzmienie:

„4. Wykonawca w trakcie realizacji przedmiotu umowy na każde żądanie Zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie, jednak nie krótszym niż 5 dni, prześle Zamawiającemu drogą elektroniczną lub faksem oświadczenie każdego z pracowników w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, o którym mowa w ust. 1.”

Informuję, że powyższe wyjaśnienia stanowią integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i należy je uwzględnić podczas przygotowywania ofert.

Z poważaniem

ZASTĘPCA DYREKTORA
Biura Finansów
Komendy Głównej Straży Granicznej
plk SG Jarosław KORLAK