

Olsztyn, 24.09.2019 r.

**Znak sprawy:** CIUWO.232.15.2019

## **Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na **aktualizację/wymianę i wsparcie techniczne systemu geodezyjnego Urzędu Miasta Olsztyna** (Ogłoszenie o zamówieniu nr 595774-N-2019 z 10 września 2019r. ze zm.)

Uprzejmie informuję, że do Zamawiającego wpłynęło zapytanie dotyczące wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jw. Działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018r. poz. 1986 ze zm.), Zamawiający informuje, że udziela następującej odpowiedzi na zadane poniżej pytanie:

### **Pytanie:**

Wykonawca zwraca się o udzielenie wyjaśnień do odpowiedzi na pytanie dotyczące zmiany wzoru umowy, wprowadzonej 12 września 2019 r.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie z 16 września 2019 podtrzymał zapis, wprowadzony 12 września do wzoru umowy, powołując się na opinię UZP w zakresie interpretacji art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, zamieszczoną na stronie www UZP pod adresem <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-3austawy-pzp>. W ocenie Zamawiającego, właściwy dla odniesienia do opinii jest podany w niej przykład pracownika help – desku branży IT, zdaniem Zamawiającego analogiczny do wskazanej w art. 12 wzoru umowy czynności obsługi zgłoszeń.

Poniżej Wykonawca przytacza fragment powołanej opinii, odnoszący się do rynku IT:

„Co do zasady, pracowniczemu charakteru będą miały czynności wykonywane przez personel sprzątający (czynności sprzątania), czy ochroniarzy (czynności świadczenia usług ochrony). Powyższe czynności polegają na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 kodeksu pracy.

Do rozważenia pozostają kwestie związane ze świadczeniem niektórych usług informatycznych (np.: świadczonych przez programistów, integratorów systemów etc.), w szczególności, gdy są to osoby o wysokim poziomie kompetencji, posiadające rzadkie specjalizacje i niezbędne certyfikaty potwierdzające fachowość (i których zaangażowanie do realizacji przedmiotu zamówienia jest wymagane już na etapie składania ofert, czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu). Wydaje się, że czynności wykonywane przez te osoby nie polegają na świadczeniu pracy. Z kolei inne czynności informatyczne (np. polegające na usłudze helpdesku) mogą już mieć charakter czynności polegających na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy.”

Przywołany przykład help – desku nie ma nic wspólnego z czynnościami obsługi zgłoszeń w oprogramowaniu EWID 2007. Typowy help – desk IT zajmuje się głównie przyjmowaniem

powtarzalnych zgłoszeń i przekazywaniem ich dalej do obsługi technicznej, bądź, gdy wystarczające jest wyjaśnienie prawidłowego posługiwania się oprogramowaniem, udzielenie takiego wyjaśnienia, zazwyczaj telefonicznie. Jednakże obsługa zgłoszeń, co do której Zamawiający wymaga zatrudnienia na umowę o pracę, ma zupełnie odmienny charakter.

Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego i praktyką Wykonawcy, przyjmowanie zgłoszeń, tożsame z większością zadań typowego help-desku IT, jest procesem zautomatyzowanym, realizowanym za pomocą dedykowanego systemu informatycznego i nie wchodzi w zakres obsługi zgłoszeń.

Obsługa zgłoszeń to odrębny proces, realizowany przez specjalistów w zakresie baz danych, migracji danych, programowania, którzy wykonują swoje czynności w pełni samodzielnie, bez kierownictwa w rozumieniu wydawania poleceń i kierowania pracą, w oparciu o własne kompetencje, samodzielnie ustalając czas pracy (na zasadzie wzajemnych porozumień dla zapewnienia ciągłości serwisu), dzięki formule współpracy dokonując czynności serwisowych także w godzinach nocnych lub w dniach wolnych od pracy, jeżeli w ich ocenie wymaga tego charakter zgłoszenia. Ich czynności polegają w głównej mierze na analizie działania oprogramowania, prawidłowości przetwarzania danych w celu wykrycia przyczyny dysfunkcji, a następnie na opracowaniu i wdrożeniu odpowiednich poprawek programistycznych bądź przeprowadzeniu prac konfiguracyjnych. Prowadzą również szkolenia oraz uczestniczą we wdrożeniach oprogramowania w zakresie swoich specjalności.

Obsługa zgłoszeń polega także na opracowywaniu nowych funkcjonalności, zarówno w oparciu o postulaty użytkowników, jak i wyniki własnych analiz funkcjonowania oprogramowania, prowadzone samodzielnie przez osoby obsługujące zgłoszenia. Łączy zatem z kompetencjami konsultanta także kompetencje analityka oprogramowania i samego programisty.

Zdecydowanie nie są to czynności, których można użyć jako przykładu zamiennie z podanymi w powołanej opinii czynnościami pracownika ochrony bądź firmy sprzątającej, lecz jednoznacznie odpowiadające drugiemu akapitowi przywołanego fragmentu opinii, pokazującego przykłady czynności, które nie noszą znamion stosunku pracy, a zatem nie powinny być objęte tzw „klausulą społeczną”.

Warto również pochylić się nad wyrażonym w powołanej przez Zamawiającego opinii celem ustawodawcy, gdyż ma to walor wskazówki interpretacyjnej:

„Obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania przestrzegania prawa pracy 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).”

Nie trzeba wybitnej wiedzy o rynku IT, by wiedzieć, że nie dochodzi tam do zjawisk, którym ma przeciwdziałać „klausula społeczna”. Samozatrudnieni specjaliści nie są pozbawiani odzieży roboczej, otrzymują bardziej niż godziwe wynagrodzenia, pracują elastycznie, korzystają z wolnego czasu, benefitów. Ich formalna niezależność od zleceniodawcy przy tak silnym rynku pracownika jest dla nich znaczącą korzyścią – mogą praktycznie z dnia na dzień zrezygnować z kontraktu mając świadomość, że wielu przedsiębiorców chętnie zawrze z nimi kontrakt na lepszych warunkach. Z niezrozumiałej przyczyny Zamawiający pominął tę okoliczność, podnoszoną w pytaniu Wykonawcy. Należy przytoczyć tu inny fragment opinii UZP powołany przez Zamawiającego:

„[...] należy zauważyć, iż ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało

cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to po stronie zamawiającego będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności. Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy/podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kodeksu pracy. 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”.

Zdaniem Wykonawcy, Zamawiający nie dokonał właściwej, obiektywnej i pełnej oceny okoliczności właściwych dla przedmiotowego zamówienia, podejmując decyzję o zastosowaniu klauzuli społecznej na zasadzie uproszczonej, nietrafionej analogii z wybranym fragmentem opinii. Z konstytutywnych cech stosunku pracy w omawianym przypadku występuje jedynie wykonywanie pracy za wynagrodzeniem, co akurat stanowi cechę wspólną z umowami cywilnymi, nie zaś wyróżnik. Pozostałe cechy nie występują – praca nie jest wykonywana na rzecz pracodawcy, ponieważ osoba obsługująca zgłoszenia świadczy de facto usługę kompleksowej obsługi klienta, nie zaś wykonywanie konkretnych czynności (pracy). Te czynności wykonuje na własną rzecz, a jej produktem, zamówionym i rozliczanym przez wykonawcę jest rozwiązanie zgłoszonego problemu. Wykonawca nie bierze udziału w tym procesie, a tym bardziej nim nie kieruje. Prowadzi jedynie nadzór nad przestrzeganiem przepisów dotyczących ochrony danych osobowych oraz wymagań bezpieczeństwa informacji, co wynika z przepisów prawa. W miejscu wyznaczonym przez Wykonawcę (jego siedzibie) są wykonywane wszystkie czynności związane z dostępem do danych klienta, w szczególności za pomocą narzędzi zdalnego dostępu; nie wynika to jednak z podporządkowania pracownik – pracodawca i władztwa pracodawcy, a ze stosowania mechanizmów bezpieczeństwa informacji, wymaganych przepisami, standardami branżowymi i kontraktami zawartymi z klientami. Czas pracy jak już wcześniej zostało podniesione jest elastyczny, tzn każdy ustala go indywidualnie, dbając, w porozumieniu z osobami, z którymi współpracuje, aby zapewnić ciągłość pracy serwisu. Może się wydawać Zamawiającemu dziwne, ale niektórzy przedsiębiorcy, zajmujący się obsługą zgłoszeń odmawiają podpisywania jakiejkolwiek umowy, poprzestając na ustnym uzgodnieniu warunków współpracy. Wszystkie osoby zamujące się obsługą zgłoszeń posiadają kierunkowe wyższe wykształcenie (często niejedno) oraz kompetencje wynikające nie tylko z doświadczenia i wykształcenia, ale także z ukończenia specjalistycznych, unikatowych kursów IT.

Należy także zauważyć, że Zamawiający nie wskazał 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, czego wymaga art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy pzp. Za takie wskazanie nie można uznać określenia „obsługa zgłoszeń”, które, jak wywiódł Wykonawca, zawiera w sobie większość czynności wymaganych w SIWZ (wszystkie czynności związane z dwuletnią asystą oprogramowania - poza nimi przedmiotem zamówienia są jedynie inicjalne prace aktualizacyjne oprogramowania lub jego wymiana na inne).

Wykonawca wnosi o uwzględnienie przytoczonych argumentów, dokonanie przez Zamawiającego oceny wskazanej w powołanej opinii i w konsekwencji usunięcie zapisu par. 12 umowy.

### **Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, że w punkcie 12.1, gdzie jest mowa o "obsłudze zgłoszeń" doprecyzowuje, że należy przez to rozumieć wymóg dotyczący zatrudnienia osoby, która zajmuje się przyjmowaniem, przekazywaniem zgłoszeń ewentualnie doradztwem doraźnym, nie dotyczy to natomiast specjalistów (np. informatyków, programistów), którzy w ramach składanych zgłoszeń będą wykonywali określone czynności będące przedmiotem zgłoszeń.

Jednocześnie, działając na podstawie art. 12a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający dokonuje zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i w związku z powyższym w oparciu o art. 38 ust. 4 ustawy zmienia treść SIWZ w sposób następujący:

**1. Rozdz. XII, ust. 1 SIWZ otrzymuje następujące brzmienie:**

- 1) Nieprzejrzystą kopertę (opakowanie) zawierającą ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należy złożyć w siedzibie Zamawiającego w pokoju 011 w terminie **do 27.09.2019 r. do godz. 11:00** lub przesłać pocztą (liczy się data wpływu do siedziby zamawiającego) na adres: Centrum Informatycznych Usług Wspólnych Olsztyna, Pl. Jana Pawła II 1, 10 – 101 Olsztyn pok. 011.

**2. Rozdz. XII, ust. 9 SIWZ otrzymuje następujące brzmienie:**

- 1) Otwarcie ofert jest jawne i nastąpi dnia 27 września 2019 r. o godz. 11:30 w budynku przy ul. Wyzwolenia 30 w Olsztynie w pok. 16 (sala konferencyjna).

Zmianę w/w terminów należy uwzględnić przy składaniu oferty oraz wnoszeniu wadium. Zamawiający informuje jednocześnie, że udzielone odpowiedzi oraz wprowadzone zmiany będą wiążące dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i zostaną zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego.

Informuję jednocześnie, że z uwagi na to, że wprowadzone powyżej zmiany prowadzą również do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, zgodnie z dyspozycją art. 38 ust. 4a pkt. 1) ustawy Pzp.

Dyrektor CIUWO

-/-

*Rafał Ruchlewicz*