

Sygn. akt: KIO 2152/16

Wyrok

z dnia 28 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Aneta Mlącka

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 25 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Firma GWARANT-Tomczyk Sp.j., ul. Rynek 3A, 67-200 Głogów** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej, ul. Gen. Władysława Sikorskiego 4, 67-200 Głogów**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób następujący:

1/ w rozdziale 3 „Warunki udziału w postępowaniu” w pkt 3.2 c tiret drugie i czwarte w miejsce liczby „25” wpisać liczbę „15”,

2/ w rozdziale 11 „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” - pkt 11.1 zdanie o treści: „Kryterium społeczne zatrudnienie na podstawie umowy o pracę – 20% (20 pkt)” skreślić,

3/ w rozdziale 11 „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” - pkt 11.4 zawierający opis oceny w kryterium - skreślić.

4/ nakazane zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia uwzględnić w postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu.

2. nie uwzględnia innych zarzutów odwołania i pozostawia bez rozpoznania zarzuty uwzględnione przez Zamawiającego.

3. kosztami postępowania obciąża **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej, ul. Gen. Władysława Sikorskiego 4, 67-200 Głogów** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Firma GWARANT-Tomczyk Sp.j., ul. Rynek 3A, 67-200 Głogów;**

3.1. zasądza od **Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej, ul. Gen. Władysława Sikorskiego 4, 67-200 Głogów** na rzecz wykonawcy **Firma GWARANT-Tomczyk Sp.j., ul. Rynek 3A, 67-200 Głogów** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Legnicy**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2152/16

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Głogowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pod nazwą: „Świadczenie usług opiekuńczych dla podopiecznych Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Głogowie w okresie od 4 stycznia 2017 r. do 31.12.2017 r.”

Odwołujący: Firma „Gwarant” Tomczyk spółka jawna w Głogowie wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przez nieprecyzyjne i naruszające przepisy określenie przedmiotu zamówienia, oraz warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz kryteriów oceny ofert
2. art. 22 ust. 1 b i 22 d ust. 1 ustawy pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania 15 osobami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, oraz co najmniej 1 osobą, kierującą wykonywaniem usług opiekuńczych, zatrudnioną w biurze wykonawcy, m.in. do kontaktu z Zamawiającym - podczas gdy czynności w zakresie realizacji niniejszego zamówienia nie polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26.06.1974 r. - kodeks pracy (dalej: kp. Dz. U. z 2016 r., poz. 1666 ze zm.)
3. art. 22 ust. 1 a ustawy pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymogu dotyczącego wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy na poziomie minimum 25 osób, jako nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia
4. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, tj. postawienie wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę co najmniej 15 osób, które będą wykonywać czynności usługowe oraz co najmniej 1 osoby, kierującej wykonywaniem usług opiekuńczych, zatrudnionej w biurze wykonawcy, m.in. do kontaktu z Zamawiającym - Zamawiającym - podczas gdy czynności w zakresie realizacji niniejszego zamówienia nie polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 kp - przy jednoczesnej deklaracji możliwości odstąpienia od powyższego wymogu,

bez sprecyzowania okoliczności tego uzasadniających, co prowadzi do braku możliwości oceny realnych możliwości takiego odstąpienia, oraz pozostaje niekompatybilne z warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania osobami zatrudnionymi w oparciu o umowę o pracę oraz kryterium oceny ofert w zakresie zatrudnienia na umowę o pracę

5. art. 29 ust. 3 a ustawy pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. zastosowanie powyższego przepisu, poprzez postawienie wymogu zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę co najmniej 15 osób w pełnym wymiarze, które będą wykonywać czynności usługowe bezpośrednio związane z realizacją zamówienia, podczas gdy czynności w zakresie realizacji niniejszego zamówienia nie polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 kp

6. art. 36 ust. 1 pkt 8 a ustawy pzp, przez żądanie sposobu dokumentowania zatrudnienia osób w sposób naruszający ustawę z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U z 2016 r. poz. 922), dalej: ustawa o ochronie danych; poprzez niedokonanie określenia czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przy jednoczesnym wskazaniu bliżej niesprecyzowanej możliwości odstąpienia przez Zamawiającego od wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją zamówienia

7. art. 91 ust. 2d ustawy pzp, przez określenie kryterium społecznego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przy jednoczesnym wskazaniu bliżej niesprecyzowanej możliwości odstąpienia przez Zamawiającego od wymogu zatrudnienia na podstawie umów o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją zamówienia

Mając powyższe na uwadze odwołujący zgłasza żądanie:

1. Nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści siwz w sposób, który zapewni uczciwą konkurencję, równe traktowanie wykonawców oraz należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, tj:

1) Odstąpienie od wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu art. 22 § 1 kp w pełnym wymiarze na etat, przez wykonawcę lub podwykonawcę co najmniej 15 osób, które będą wykonywać czynności usługowe bezpośrednio związane z realizacją zamówienia oraz co najmniej 1 osoby, kierującej wykonywaniem usług opiekuńczych, zatrudnioną w biurze wykonawcy, m.in. do kontaktu z zamawiającym, tj. modyfikacji siwz poprzez wykreślenie całego pkt 2.6 siwz, ewentualnie nadaniu mu treści:

„ 2.6 Jeżeli wykonywanie czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy (Dz. U. z 2016 r. poz. 1666 ze zm.) wykonawca lub podwykonawca zatrudni na podstawie umowy o pracę osoby wykonujące wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia. ”,

2) Dokonania modyfikacji siwz w zakresie kpt. 2.3 lit. b i nadanie mu treści:

„ b) wyszczególniona w SIWZ ilość godzin usług opiekuńczych jest ilością szacunkową i może ulec zmianie (zwiększeniu lub zmniejszeniu). Zamawiający zaznacza, że pod pojęciem wymiaru godzin świadczonych usług należy rozumieć wyłącznie rzeczywisty czas trwania usług bez czynności przygotowawczych np. dojazdów do klienta”,

3) Dokonania modyfikacji siwz w zakresie warunków udziału w postępowaniu, tj. pkt 3.2 lit. c tiret drugie i nadanie mu treści:

„ - dysponuje lub będzie dysponować minimum 25 osobami, zdolnymi do wykonywania zamówienia, tj. posiadającymi min. wykształcenie podstawowe oraz odbyte szkolenie w zakresie świadczenia usług opiekuńczych oraz min. półroczne doświadczenie w świadczeniu usług opiekuńczych w domu podopiecznego, w tym co najmniej 1 osoba kierującą wykonywaniem usług opiekuńczych, skierowaną m. in. do kontaktu z Zamawiającym. Zamawiający nie wymaga od osoby kierującej wykonywaniem usług opiekuńczych ww. zdolności zawodowych, które dotyczą osób związanych z wykonywaniem usług opiekuńczych w domu podopiecznego., ”

4) Dokonania modyfikacji siwz w zakresie warunków udziału w postępowaniu, tj. pkt. 3.2 lit. c tiret trzecie poprzez jego usunięcie (wymóg dotyczący średniorocznego zatrudnienia),

5) Dokonania modyfikacji siwz w zakresie kryteriów udziału w postępowaniu poprzez usunięcie pkt. 11.4, tj. Kryterium Społecznego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę,

6) Dokonania modyfikacji załącznika nr 5 do siwz - projekt umowy w powyższym zakresie, w szczególności w zakresie zapisów związanych z zatrudnianiem na podstawie umowy o pracę, tj:

a) § 4 ust. 4 i nadanie mu treści:

„Zamawiający zaznacza, że pod pojęciem wymiaru godzin świadczonych usług należy rozumieć wyłącznie rzeczywisty czas świadczenia usług, bez czynności przygotowawczych, np. dojazdów do klienta ”.

b) Usunięcie § 5

c) Usunięcie § 14 ust. 1 lit. c

2. Zmiany ogłoszenia o zamówieniu w powyższym zakresie;

Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i zawarciu umowy doznał uszczerbku, z uwagi na uchybienia zamawiającego może dojść do wyboru oferty, która nie będzie najkorzystniejsza.

Treść SIWZ pozostaje niespójna, a ponadto uniemożliwia ona ocenę możliwości wykonawcy złożenia ważnej i spełniającej wymogi zamawiającego oferty. Biorąc pod uwagę treść zapisów siwz i ogłoszenia o zamówieniu, dokonanie analizy własnych zasobów jest niemożliwe, a przygotowanie ewentualnej oferty bazować mogłoby jedynie na domysłach jakie potrzeby i wymagania może mieć zamawiający. Odwołanie zmierza do

zakwestionowania czynności zamawiającego niezgodnych z ustawą pzp. Zatem przesłanka materialno prawna dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zgodnie z pkt. 2.6 siwz (Zatrudnienie na umowę o pracę) Zamawiający wymaga, na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014r. poz. 1502 ze zm.), w pełnym wymiarze na etat przez wykonawcę lub podwykonawcę co najmniej 15 osób, które będą wykonywać czynności usługowe bezpośrednio związane z realizacją zamówienia w domu podopiecznego przez cały okres jego trwania oraz co najmniej 1 osobę, kierującą wykonywaniem usług opiekuńczych, zatrudnioną w biurze wykonawcy, m.in. do kontaktu z Zamawiającym.

Jednocześnie w pkt. 2.6 lit d). Zamawiający wskazał iż może odstąpić od wymogu dotyczącego obowiązku zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że nie zostały spełnione przesłanki do zatrudnienia tych osób na podstawie stosunku pracy, zgodnie z Kodeksem pracy. Powyższe powtórzone zostało w § 5 ust. 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do siwz.

Pomijając na razie wadliwość wymogu dotyczącego zatrudnienia na umowę o pracę, z uwagi na fakt, iż świadczenie usług opiekuńczych nie wyczerpuje znamion stosunku pracy określonych kp już sam zapis określony w pkt. 2.6 lit d siwz czyni zapisy siwz niekompatybilnymi i wewnętrznie sprzecznymi. Skoro z jednej strony Zamawiający stawia wymóg zatrudnienia na umowę o pracę, oznacza to, iż realizacja przedmiotu zamówienia winna opierać się o stosunek pracy, a więc powinna być świadczona na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Zamawiający stawiając powyższy wymóg jednocześnie wskazuje, iż może od powyższego wymogu odstąpić, jeśli Wykonawca w bliżej niesprecyzowany sposób wykaże, że nie zostały spełnione przesłanki do zatrudnienia tych osób na podstawie stosunku pracy. Tym samym Wykonawca przystępując do realizacji zamówienia nie ma żadnej pewności, czy jego zakres może świadczyć w oparciu o osoby zatrudnione na umowę o pracę, czy też Zamawiający - już przecież po złożeniu oferty przez Wykonawcę - wyrazi zgodę na odstąpienie od powyższego wymogu. To zaś czyni decyzje Zamawiającego absolutnie uznaniową, zaś możliwość kalkulacji ceny oraz złożenia prawidłowej oferty sprowadza do swoistej gry w ruletkę. Prowadzi to zaś w konsekwencji do naruszenia art. 7 Pzp tj. równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wykonawcy bowiem inaczej skalkulują cenę oferty uznając wymóg zatrudnienia na umowę o pracę za bezwzględnie obowiązujący, inaczej zaś w przypadku, gdy liczyć będą na odstąpienie od powyższego wymogu. To zaś wprost

proceeds to incomparability of offers. In consequence, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Jak wskazano w opinii dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia opublikowanej na stronach UZP <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustaww-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/opinia-dotyczaca-opisu-przedmiotu-zamowienia>: „Dokonywany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też, na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisu standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. Należy przy tym zauważyć, iż określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego. (...) Powyższe potwierdza orzecznictwo, m.in. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07, w którym „Izba stwierdziła, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. (...) Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5).”

Zwrócić również należy uwagę na wyrok KIO z 8 stycznia 2013 r. (sygn. akt. KIO 2796/12) zgodnie z którym „brak precyzji zamawiającego w określeniu wymogów obciążających wykonawców nie stanowi podstawy do ich dookreślenia na dalszym etapie postępowania i nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców.”

W niniejszym postępowaniu Zamawiający naruszył również art. 36 ust. 2 pkt. 8a Pzp, zgodnie z którym w przypadku gdy zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w art. 29 ust. 3a, zobowiązany jest do określenia w szczególności:

- a) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a,
- b) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań,
- c) 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;

Tymczasem Zamawiający w pkt. 2.6 lit b wskazał jedynie, iż poprzez rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia osób przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę należy rozumieć:

- czynności związane z wykonywaniem usług opiekuńczych w domu podopiecznego - co najmniej 15 osób,
- czynności związane z nadzorowaniem i kierowaniem personelu do wykonywania usług opiekuńczych - co najmniej 1 osoba.

Powyższe, ogólnikowe stwierdzenia w żaden sposób nie wypełniają obowiązku wynikającego z ustawy. Czynności opiekuńcze polegać bowiem mogą na pielęgnacji, toalecie podopiecznych, pomocy przy zmianie bielizny, utrzymanie środowiska w czystości, pomoc w zaspokojeniu potrzeb fizjologicznych, rehabilitację fizyczną, opiekę medyczną, podawanie leków, wykonywanie zabiegów pielęgnacyjnych, przygotowanie posiłków z uwzględnieniem diety chorego, utrzymanie pomieszczeń chorego w czystości, usprawnienie do funkcjonowania w społeczeństwie, wspieranie psychiczno-pedagogiczne, edukacyjno-terapeutyczne, podtrzymywanie indywidualnych zainteresowań chorego, pomoc mieszkaniową. Zamawiający przy tym w żaden sposób nie sprecyzował, które jego zdaniem czynności winny być wykonywane w ramach stosunku pracy, które zaś nie.

Tymczasem jak wskazano w opinii UZP pt. Opinia dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp>): „Katalog z art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp jest katalogiem otwartym. Należy jednak zaznaczyć, że zwrot „w szczególności” należy interpretować analogicznie jak zwrot „co najmniej”. Niewątpliwie intencją ustawodawcy było bowiem określenie minimalnej zawartości specyfikacji istotnych warunków zamówienia 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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt c)"

II.

Wskazując naruszenie art. 29 ust. 3 a Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie Odwołujący zwraca uwagę, iż zgodnie z przedmiotowym przepisem 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 kp. Tym samym potrzebę ingerencji zamawiającego w rodzaj stosunku łączącego wykonawcę z pracownikiem należy uzasadnić przedmiotem lub charakterem czynności wykonywanych przez osoby uczestniczące w realizacji zamówieni. Tymczasem w przypadku usług opiekuńczych, ich realizacja w żadnym razie na świadczeniu pracy w rozumieniu kp nie polega.

Zgodnie z art. 22. § 1 kp przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do:

1. wykonywania pracy określonego rodzaju
2. na rzecz pracodawcy i
3. pod jego kierownictwem oraz
4. w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę,

a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

Aby zatem mówić o tym, iż przedmiot zamówienia ma być realizowany przy pomocy pracowników w rozumieniu kp, zaistnieć muszą łącznie wszystkie przesłanki cytowanego przepisu. W niniejszym przypadku natomiast brak jest co najmniej dwóch z czterech ustawowych wymogów. Jak wskazano w nadal aktualnej opinii UZP pn. „Możliwość zobowiązania wykonawców lub podwykonawców do zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi (art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp)”(opublikowanej pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/mozliwosc-zobowiazania-wykonawcow-lub-podwykonawcow-do-zatrudniania-na-podstawie-umowy-o-prace-osob-wykonywujacych-czynnosci-w-trakcie-realizacji-zamowienia-na-roboty-budowlane-lub-uslugi-art.-29-ust.-4-pkt-4-ustawy-pzp>)< „Przepis art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, obowiązujący od dnia 19 października 2014 r., umożliwia zamawiającemu zamieszczanie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań w aspekcie społecznym, związanych z realizacją umowy, a dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są czynności niezbędne do realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, których wykonywanie odpowiada

warunkom wykonywania pracy, określonym w przepisach kodeksu pracy (por. art. 22 § 1 Kodeksu pracy). Wymaga podkreślenia, że nie jest dopuszczalne, na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, narzucanie przez zamawiającego wykonawcy i/lub podwykonawcy obowiązku zatrudniania na podstawie umowy o pracę, jeżeli w świetle obowiązujących przepisów (nieuregulowanych w ustawie PZP) zaangażowanie w świadczenia wykonywane przez pracowników wykonawcy i/lub podwykonawcy w ramach zamówienia. nie ma cech stosunku pracy....) Reasumując, w oparciu o treść art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odpowiedni opis przedmiotu zamówienia zamawiający może zobowiązać wykonawców i/lub podwykonawców do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione charakterem tych czynności. ”.

Tym samym Zamawiający w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi lub roboty budowlane ma obowiązek dokonania oceny, czy określone czynności w zakresie realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Tyle, że w niniejszym postępowaniu uczynił to nieprawidłowo.

Również zgodnie z zaleceniami Rady Ministrów w zakresie stosowania klauzul społecznych przez administrację rządową przy udzielaniu zamówień publicznych (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/zrownowazone-zamowienia-publiczne/spoleczne-zamowienia/przydatne-dokumenty/zalecenia-rady-ministrow-dotyczace-stosowania-klauzul-spoecznych-przez-administracie-rzadowa-przy-udzielaniu-zamowien-publicznych>) wskazano wyraźnie, iż „(...) ustawa umożliwia postawienie takiego warunku tylko, jeśli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem czynności, do których realizacji zatrudniane są te osoby. Innymi słowy możliwość taka istnieje, jeśli przedmiot zamówienia lub charakter czynności wymagają, aby były one wykonywane w warunkach charakterystycznych dla stosunku pracy, tj. pod kierownictwem pracodawcy oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę i za wynagrodzeniem. ” Jak już wskazano powyżej, aby mówić o tym, iż przedmiot zamówienia ma być realizowany przy pomocy pracowników w rozumieniu kp, zaistnieć muszą łącznie wszystkie przesłanki art. 22 § 1 kp. Jak wskazał bowiem Sąd Apelacyjny w Gdańsku: „umowa o pracę jest umową starannego działania; świadcząc umowę o pracę pracownik jest podporządkowany pracodawcy, co do czasu, miejsca i sposobu jej wykonywania (wyrok SA w Gdańsku z dnia 26 lipca 2016 r. sygn. III AUa 490/16). W przypadku usług opiekuńczych brak jest natomiast przesłanki związanej z świadczeniem pracy pod kierownictwem pracodawcy oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Tym samym w przypadku opiekunów osób wskazanych w przedmiocie zamówienia nie można dochować wykładni art. 21 kp.

Przesądził o tym m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17.02.1999 r. (sygn. akt I PKN 568/98) oddalając kasację powodów (Inspektora Pracy Okręgowego Inspektoratu Pracy w K. wniesionego na rzecz dziewiętnastu powódek domagających się uznania łączącego ich z pozwanym stosunku, za stosunek pracy), podkreślając iż w badanym przypadku - opiekun osoby starszej - brak jest podporządkowania (podległości kierownictwu) pracodawcy; co do miejsca i czasu wykonywania pracy. W uzasadnieniu powyższego wyroku czytamy m.in.: „zakres czynności opiekunki domowej PKPS określają ogólne obowiązki opiekunki. Z zakresu tego wynika, że czynności opiekunki domowej należy dostosować każdorazowo do potrzeb podopiecznego. Wynagrodzenie opiekunek domowych, obliczane jest w oparciu o przepracowaną ilość godzin u podopiecznych. Ilość tych godzin opieki wynika z decyzji Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej; w oparciu o te dane harmonogram pracy opiekunek ustalany jest przez tzw. organizatorki. Opiekunki swą pracę mogą wykonywać w dowolnym czasie, a godziny opieki ustalają same po uzgodnieniu z podopieczną. (...) Sąd drugiej instancji jako punkt wyjścia dla dokonania oceny prawnej ustalonego stanu faktycznego przyjął, że do najważniejszych cech stosunku pracy (wynikających bezpośrednio lub pośrednio z treści art. 22 KP), należy jego : 1. dobrowolność, 2. to, iż jest to zobowiązanie wzajemne, 3. praca w jego ramach jest świadczona osobiście, 4. ma charakter odpłatny, 5. wykonywana jest „pod kierownictwem” pracodawcy, 6. występuje ciągłość świadczenia pracy, 7. stosunek jest stosunkiem starannego działania, 8. pracodawca ponosi ryzyko w procesie pracy. (...) Praca ludzka może być przedmiotem wielu różnorodnych stosunków prawnych. Umowa na warunkach zlecenia (potocznie zwana „umową zlecenia”), najczęściej w praktyce polega na dokonywaniu określonych czynności faktycznych (art. 750 KC). Istotną cechą zlecenia jest to, że nie stwarza ono stosunku podporządkowania co do sposobu, czasu i miejsca wykonywania czynności w nim ujętych. Swoboda zleceniobiorcy w wykonaniu zlecenia co do sposobu, czasu i miejsca może jednak zostać określona przez strony w umowie i wówczas umowa jest źródłem podporządkowania zleceniobiorcy podmiotowi dającemu zlecenie. Przy umowie zlecenia zasadą jest osobiste wykonywanie zlecenia, jednak art. 738 § 1 KC dopuszcza substytucję zleceniobiorcy. Mając to na względzie Sąd drugiej instancji nie podzielił poglądu Sądu Pracy, że powódki pomimo nazwania umowy umową zlecenia faktycznie łączyły ze stroną pozwaną stosunek pracy. Wbrew stanowisku Sądu Pracy trudno przyjąć, że powódki „wykonywały swe obowiązki pod kierownictwem terenowych organizatorek”.

(...) Należy tu odróżnić wykonywanie opieki nad podopiecznym, od organizacji pracy w ramach tej opieki. Wykonywanie tej pracy polega na spełnieniu szeregu czynności na rzecz podopiecznego, które zawsze będą takie same. Nie można natomiast podzielić poglądu Sądu pierwszej instancji co do tego, że były one wykonywane w taki sam sposób w aspekcie organizacji pracy. Powódki bowiem mogły (od czasu zawarcia umowy zlecenia), wykonywać

swoją pracę w dowolnym czasie, a główną osobą, decydującą o czasie wykonywania usługi, nie jest zleceniodawca, lecz podopieczna, tj. osoba, na rzecz której zlecenie jest wykonywane. Również ilość wykonywanej pracy (tj. ilość przyjętych godzin) zależy ostatecznie od zleceniobiorcy (od powódek), choć jest ona ograniczona z uwagi na wielkość środków finansowych przekazywanych przez podopieczne oraz przewidzianych przez urząd miasta w budżecie.(...) nie każdy przejaw kontroli może być potraktowany jako świadectwo wymaganego w stosunkach pracy podporządkowania. Element kontroli - chociażby z uwagi na ponoszenie ryzyka przez zleceniodawcę - występuje także w umowach zlecenia, ale to nie oznacza, iż skutkiem tego przestają one być umowami zlecenia i stają się umowami o pracę. (...)

Z kolei w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 28.04.2004 r. (sygn. akt. III A Ua 537/03) wyraźnie wskazano, iż „to podopieczny wyznacza miejsce i określa czas wykonywania pracy ” (może go zmieniać). W wyroku tym podniesiono, iż to podopieczny podpisuje kartę pracy opiekuna, stanowiącą świadectwo wykonania pracy (zamiast przyjętej w przy umowach o pracę listy obecności). Sąd Apelacyjny podkreślił także brak możliwości kontroli pracownika, wskazując iż w zakresie usług opiekuńczych istnieje możliwość jedynie doraźnej kontroli jakości jego pracy. To podopieczny de facto decyduje i ocenia jakość pracy opiekuna. Jak wskazał Sąd Apelacyjny: „Na podstawie umów zlecenia zatrudnieni byli opiekunowie, których czas pracy uzależniony był od potrzeb podopiecznych. Nie zgłaszali się oni codziennie do biura, nie mieli obowiązku podpisywania list obecności. Podopieczni potwierdzali na piśmie każdorazowo wizytę opiekuna, zaś jego praca była okresowo kontrolowana przez zleceniodawcę. (...) C.S, M.N, J.G. i M.G wykonywali pracę na podstawie umów zlecenia, otrzymując wynagrodzenie w oparciu o przedkładane rachunki, obliczane wg umówionej stawki godzinowej. Takiego charakteru ich pracy dowodzi czas pracy uzależniony od potrzeb podopiecznych, brak codziennej kontroli ze strony zleceniodawcy, treść zawartych umów. (...) Opiekunki nie podpisywały list obecności, główną osobą decydującą o czasie wykonywania usługi był podopieczny, to jest osoba, na rzecz której zlecenie było wykonywane. Ilość wykonywanej pracy zależała ostatecznie od zleceniobiorcy, zaś kontrola ilości i jakości pracy odbywała się okresowo, w przypadku skarg podopiecznych. ”

Cytowane orzeczenia wskazują, iż w zakresie świadczenia usług opiekuńczych, nie można jednoznacznie przesądzić o tym, iż stosunek ten jest pracą w rozumieniu art. 22 § 1 kp, właśnie z uwagi na brak kierownictwa pracodawcy oraz brak przesłanki wykonywania jej w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Tym samym nie sposób jest uznać, co próbuje narzucić Zamawiający, iż realizacja przedmiotu umowy winna być realizowana w oparciu o osoby zatrudnione na podstawie umów o pracę. Przepis art. 29 ust. 3 a Pzp jednoznacznie przesadza, że Zamawiający może postawić tak wymóg jedynie w sytuacji gdy

wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy kp zamawiający może zastosować powyższy przepis jedynie w sytuacjach w których stosunek ten jest przesądzony (ustawodawca użył określenia „polega” nie zaś „winny polegać”, czy też „mogą polegać”). Tym samym tylko w takich, bezspornych okolicznościach wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę mógłby zostać postawiony.

Na marginesie też zwrócić uwagę należy na art. 207 Kp zgodnie z którym pracodawca ponosi odpowiedzialność za stworzenie - organizowanie i dochowanie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz winien dbać o bezpieczeństwo pracowników. Wykonawca zlecający opiekunowi wykonanie usługi u klienta będącego podopiecznym MOPS nie ma żadnego wpływu na to, czy miejsce świadczenia usługi (środowisko podopiecznego) spełnia wymogi BHP. To Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej przeprowadza wywiad środowiskowy i zleca wykonanie czynności u własnego podopiecznego, w jego środowisku domowym. Nierzadko spotkać tam można nieład, brak bieżącej, ciepłej wody. Występują niesprawne instalacje gazowe, brak jest ogrzewania, występują skupiska insektów itp. Zamawiający nierzadko zleca też wykonanie czynności pielęgnacyjno - rehabilitacyjnych takich jak podnoszenie, czy przenoszenie. Zamawiający przy tym nie zważa na normy BHP dotyczące limitu ciężarów dopuszczonych do przenoszenia przez opiekunów. Nie zabezpiecza też odpowiednich urządzeń do przenoszenia, czy też podnoszenia podopiecznych, ani nie ujmuje instalacji takich urządzeń w opisie przedmiotu zamówienia. Tymczasem jak wynika z § 13 ust. 1 Rozporządzenia MPiPS z 14 marca 2000 r. w sprawie bhp przy ręcznych pracach transportowych (Dz. U. Nr 26, poz. 313 ze zm.) maksymalny dopuszczalny ciężar przypadający na pracownika (mężczyznę) nie powinien przekraczać 30 kg przy pracy stałej oraz 50 kg przy pracy dorywczej. W przypadku kobiet normy te są niższe i zgodnie z przepisami pkt I załącznika do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 1996 r. w sprawie wykazu prac szczególnie uciążliwych lub szkodliwych dla zdrowia kobiet (Dz. U. Nr 114, poz. 545 z późn. zm.), wynoszą 12 kg - przy pracy stałej (dla kobiet w ciąży 3 kg), 20 kg - przy pracy dorywczej - do 4 razy na godzinę w czasie zmiany roboczej (dla kobiet w ciąży do 5 kg). W celu ograniczenia narażenia pracowników wykonujących ręczne prace transportowe - w tym również te związane przenoszeniem pacjentów - pracodawca, zgodnie z § 3 ust. 1 Rozporządzenia, powinien stosować odpowiednie rozwiązania techniczne i organizacyjne zmierzające do wyeliminowania ręcznych prac transportowych. W takich przypadkach powinien zastosować różnego rodzaju urządzenia techniczne (podnośniki, pionizatory itp.) ułatwiające podniesienie pacjenta.

Tylko że ww. urządzenia mógłby zainstalować jedynie Zamawiający. W konsekwencji on jest jedynym podmiotem, który ma wpływ na przestrzeganie przepisów BHP podczas

świadczenia usług opiekuńczych. Wykonawca na powyższe nie ma najmniejszego wpływu. Przyjmując konieczność zatrudnienia przy realizacji usług osób na umowę o pracę należałoby rozważyć kogo w tej sytuacji winna kontrolować Państwowa Inspekcja Pracy - Wykonawcę który na zasady BHP nie ma najmniejszego wpływu, czy też Zamawiającego? A co z przerwami w pracy, które z mocy ustawy przysługują pracownikom? W jaki sposób Wykonawca ma zapewnić? W przypadku tego charakteru usług nie ma mowy o możliwości odbywania przerwy w pracy w wyznaczonym miejscu i czasie. Żaden zamawiający nie wyznaczy przecież podopiecznych, u których ma się odbywać ustawowo wymagana przerwa. A jak wynika z wyników kontroli Państwowej Inspekcji Pracy nie można pracownikom rekompensować finansowo niewykorzystanych przerw.

Jak wskazano również w opinii UZP pt. Opinia dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczące-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/opinia-dotycząca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp>): Zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 3a ustawy pzp, wprowadzonym uchwaloną w dniu 22 czerwca 2016 r. ustawą o zmianie ustawy - pzp 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 pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku. (...) Mając na uwadze powyższe 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. (...) Należy stanowczo podkreślić, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający będzie określał wymagania dotyczące zatrudniania na umowę o pracę. W pierwszej kolejności należy wskazać, że obowiązek ten nie dotyczy dostaw, także w sytuacji gdy wchodzi one w zakres danego zamówienia, w tym w szczególności zamówienia na roboty budowlane. W drugiej kolejności podnieść należy, że w zamówieniach na usługi i roboty budowlane, do

których wprost odwołuje się art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, taki obowiązek będzie dotyczył tylko tych zamówień publicznych, w których wykonywanie czynności w ramach jego realizacji będzie polegało na wykonywaniu pracy zgodnie z brzmieniem art. 22 § 1 Kodeksu pracy. 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. Pomocniczo należy wskazać na istotne ustalenia sądów pracy określające charakter umowy o pracę:

- o tym, czy strony istotnie nawiązały umowę o pracę nie decyduje formalne zawarcie (podpisanie) umowy nazwanej umową o pracę oraz przedłożenie innych związanych z tym dokumentów, lecz faktyczne i rzeczywiste realizowanie na jej podstawie elementów charakterystycznych dla stosunku pracy (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 2 sierpnia 2016 r., sygn. III AUa 235/16 i wcześniejsze), (...)

- umowa o pracę jest umową starannego działania; świadcząc umowę o pracę pracownik jest podporządkowany pracodawcy, co do czasu, miejsca i sposobu jej wykonywania (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 26 lipca 2016 r. sygn. III AUa 490/16 i wcześniejsze),

- kwalifikując konkretną umowę [umowa o dzieło] należy badać w pierwszej kolejności czy świadczenie będące przedmiotem zobowiązania ma cechy dzieła - polega na osiągnięciu w przyszłości z góry określonego, samoistnego, obiektywnie osiągalnego i subiektywnie pewnego rezultatu ludzkiej pracy czy twórczości, mającego postać materialną lub też niematerialną, ale ucieleśnioną. (...) z takim założeniem co do zasady nie koresponduje wykonywanie czynności powtarzalnych [charakteryzujące umowę o pracę] (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 13 listopada 2015 r. sygn. III AUa 770/15).” Zamawiający zatem w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi lub roboty budowlane ma obowiązek dokonania oceny, czy określone czynności w zakresie realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 kp. Tyle że w niniejszym postępowaniu oceny tej dokonał wadliwie. To zaś czyni kwestionowane zapisy sprzecznymi z ustawą pzp.

Reasumując, jak wskazał Bartłomiej Kardas w artykule pt. Kłopotliwy wymóg zatrudnienia na umowę o pracę w nowelizacji PZP (<http://www.zamowienia-publiczne.lex.pl/czytai/-/artykul/kłopotliwy-wymog-zatrudnienia-na-umowe-o-prace-w-nowelizacji-pzp>) „Wymóg zatrudniania na podstawie umowy o pracę jest uprawniony, o ile wskazane przez zamawiającego czynności ze swojej istoty polegają na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy Kodeks pracy. Przykłady świadczeń, co do których nie ma wątpliwości, iż są wykonywane w ramach stosunku pracy w wyżej opisanym rozumieniu to praca personelu sprząającego, praca osób wykonujących proste czynności budowlane, praca służb ochrony mienia”.

W kontekście powyżej wykazanego, wadliwego zastosowania art. 29 ust. 3a Pzp, za całkowicie bezpodstawne uznać należy także zapisy pkt. 2.6 lit f i g siwz oraz postanowienia § 5 i § 14 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do siwz. O ile § 5 stanowi w zasadzie powielenie zapisów przywołanych w pkt. 2.6 siwz, to w § 14 reguluje możliwość nałożenia na Wykonawcę kar umownych. W § 5 ust. 6 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, iż „W trakcie realizacji usług Zamawiający zastrzega sobie prawo do kontroli zatrudnienia osób, o których mowa w pkt 1 i 3. Wykonawca w terminie 5 dni na każde żądanie Zamawiającego przedstawi Zamawiającemu do wglądu kopie umowy o pracę osób zatrudnionych, o których mowa w pkt 1 i 3. Wykonawca powinien uzyskać od zatrudnionego pracownika, o którym mowa w pkt 1 i 3 zgodę na dostęp do danych osobowych przez Zamawiającego w celu prawidłowej realizacji umowy. Dodatkowo Wykonawca powinien przedstawić Zamawiającemu Druk DRA i do tego załącznik RCA z elektronicznym lub pocztowym dowodem przesłania, z którego będzie wynikać dowód opłacenia składek do ZUS za osobę o której mowa w pkt 1 i 3”. Brak spełnienia powyższego obowiązku lub nie zatrudnienie przy realizacji zamówienia wymaganej przez Zamawiającego liczby osób na umowę o pracę zobowiązuje Wykonawcę do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w wysokości 1000,00 złotych za każdą osobę, która mimo wymogu określonego w niniejszej SIWZ nie posiada umowy o pracę. Kara będzie naliczana za każdy miesiąc, w którym Wykonawca nie wypełnił zobowiązania zatrudnienia na umowę o pracę osób o których mowa w pkt 1 i 3 (§ 5 ust. 7 wzoru umowy). Powyższe powtórzone zostało w § 14 ust. 1 lit. c wzoru umowy, zgodnie z którym: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w następujących przypadkach i wysokościach: c). za nie zatrudnienie przy realizacji zamówienia wymaganej przez Zamawiającego liczby osób na umowę o pracę lub nie przedstawienie Zamawiającemu na jego żądanie do wglądu umów o pracę dokumentujących świadczenie pracy oraz druku ZUS DRA i załącznika RCA, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1000,00 złotych za każdą osobę, która mimo wymogu określonego w niniejszej SIWZ nie posiada umowy o pracę. Kara będzie naliczana za każdy miesiąc, w którym Wykonawca nie wypełnił zobowiązania zatrudnienia na umowę o pracę osób o których mowa w Rozdziale 2, pkt 2.6 ppkt a i c) SIWZ.” Przy czym na marginesie przypomnieć należy, iż wykonawca jednocześnie w pkt. 2.6 li d oraz § 5 ust. 4 wzoru umowy wskazał, iż: „może odstąpić od wymogu dotyczącego obowiązku zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że nie zostały spełnione przesłanki do zatrudnienia tych osób na podstawie stosunku pracy, zgodnie z Kodeksem pracy”.

Również powyższe przepisy pozostają w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa wynikającymi z ustawy o ochronie danych osobowych.

Jak wskazano w Opinii dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp (www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp): Art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. a ustawy Pzp stanowi, że zamawiający zobowiązany jest wskazać sposób dokumentowania zatrudnienia tych osób (które będą wykonywać czynności mające charakter stosunku pracy). Co do zasady, niemożliwe na gruncie tego przepisu będzie dokumentowanie zatrudnienia poprzez przedkładanie umów o pracę zawierających dane osobowe pracowników, którzy świadczyć będą czynności na rzecz zamawiającego. Sposób przetwarzania danych osobowych i uprawnienia podmiotów do ich przetwarzania reguluje ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2135 ze zm.). W opinii Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych: „przekazywanie zamawiającemu kopii umów o pracę oraz zakresów obowiązków osób zatrudnionych u wykonawcy jest równoznaczne z udostępnieniem szerokiego zakresu danych osobowych, które nie są zamawiającemu niezbędne z punktu widzenia celu, jakim jest kontrola spełniania przez wykonawcę wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia określonych warunków [wymogów] przez wykonawcę. W opinii Generalnego Inspektora dla realizacji tego celu wystarczające byłoby przedstawienie przez wykonawcę stosownych oświadczeń czy zaświadczeń lub zanonimizowanych dokumentów. Dla zamawiającego nie jest bowiem istotne kto konkretnie zatrudniony jest u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudnienia osób w takiej formie. (...) W tym kontekście przywołać należy zasadę adekwatności, wyrażoną w art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie danych osobowych, zgodnie z którą administrator powinien przetwarzać tylko takiego rodzaju dane i tylko o takiej treści, które są niezbędne ze względu na cel zbierania danych. Dane osobowe nie mogą być zbierane na zapas, „na wszelki wypadek”, tj. bez wskazania celowości ich pozyskania i niezbędności dla realizacji zadań administratora danych — którym po uzyskaniu danych stałby się zamawiający”. Generalny Inspektor negatywnie odniósł się także do możliwości pozyskania danych osobowych zawartych w umowach o pracę na skutek zgody podmiotu, którego dane dotyczą (tj. zgody pracownika, który upoważniłby wykonawcę do udostępnienia umowy o pracę wraz z zawartymi w niej danymi osobowymi - zamawiającemu). „W opisywanym przypadku jako podstawy przetwarzania (udostępniania) danych nie można uznać zgody osoby, której dane dotyczą, byłaby to bowiem zgoda wyrażona dla realizacji celu innego podmiotu. (...) Pracodawca

miałby występować wyłącznie jako pośrednik w pozyskiwaniu zgód od swoich pracowników, a taka konstrukcja nie znajduje uzasadnienia w świetle zasad przetwarzania danych osobowych. Ponadto, aby zgoda mogła być uznana za podstawę prawną musi być wyrażona w sposób dobrowolny. Jednak w relacji zachodzącej między pracodawcą a pracownikiem trudno jest mówić o takiej dobrowolności, gdyż brak jest tu równowagi podmiotowej (stosunek nadrzędności i podrzędności podmiotów), co często może sprzyjać wymuszaniu zgody”. Powyższe znalazło potwierdzenie w wyroku z dnia 1 grudnia 2009 r. NSA(sygn. akt I OSK 249/09) - co Generalny Inspektor również podniósł w swoim stanowisku przekazanym Prezesowi UZP. Generalny Inspektor zwrócił także uwagę na fakt, że „zgodnie z definicją zawartą art. 7 pkt 5 ustawy o ochronie danych osobowych - zgoda [na udostępnienie danych osobowych zamawiającemu] może być odwołana [przez pracownika] w każdym czasie. Dlatego w sytuacji, gdy dostęp do określonych informacji miałby służyć realizacji zadań wynikających z przepisów prawa, oparcie się wyłącznie na zgodzie osoby, której dane dotyczą, mogłoby okazać się nieskuteczne”.

Reasumując zgodnie ze stanowiskiem GODO nie jest dopuszczalne żądanie od wykonawców niezanonimizowanych kopii umów o pracę z pracownikami wykonawcy, jako sposobu udokumentowania ich zatrudnienia, ani też wymuszania zgody na takie udostępnienie. Tym samym zapisy pkt. 2.6 siwz oraz § 5 i 14 wzoru umowy, uznać należy za niedopuszczalne.

W kontekście wyżej przywołanych wyroków, za naruszające art. 22 ust. 1 b i 22 d ust. 1 Pzp uznać należy postanowienia pkt. 3.2 lit c tiret drugi i trzeci siwz. Zgodnie z przywołanymi postanowieniami o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy,

„którzy spełniają następujące warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy pzp dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony jeżeli wykonawca składający ofertę wykaże, że:

- dysponuje lub będzie dysponować minimum 25 osobami, zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. posiadającymi min. wykształcenie podstawowe oraz odbyte szkolenie w zakresie świadczenia usług opiekuńczych oraz min. półroczne doświadczenie w świadczeniu usług opiekuńczych w domu podopiecznego, w tym: co najmniej 15 osobami zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502 ze zm.), w pełnym wymiarze na etat przez wykonawcę lub podwykonawcę, które będą wykonywać czynności usługowe bezpośrednio związane z realizacją zamówienia w domu podopiecznego przez cały okres jego trwania oraz co najmniej 1 osoba, kierującą wykonywaniem usług opiekuńczych, zatrudnioną w biurze wykonawcy, m.in. do kontaktu z Zamawiającym.

Zamawiający nie wymaga od osoby zatrudnionej w biurze ww. zdolności zawodowych, które dotyczą osób związanych z wykonywaniem usług opiekuńczych w domu podopiecznego,

- w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wielkość średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy wynosi minimum 25 osób. „

Na dowód powyższego Wykonawca zgodnie z pkt. 4.6 siwz będą mieli obowiązek złożyć:

- wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług opiekuńczych, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - załącznik nr 4 do SIWZ, (pkt. 4.6.I.b)
- oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy usług, w ostatnich 3 latach przed upłynięciem terminu składania ofert, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, (pkt. 4.6.I.c)

Powyższe narusza ustawę Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, iż czynności w zakresie realizacji niniejszego zamówienia nie polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26.06.1974 r. - kodeks pracy (dalej: kp, Dz. U. z 2016 r., poz. 1666 ze zm.), tym samym stawianie wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę czyni powyższe zapisy nieproporcjonalnymi do przedmiotu zamówienia oraz określa warunki w sposób który nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Podobnie wymóg dotyczący wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy na poziomie minimum 25 osób, uznać należy - z uwagi na brak spełniania przesłanki charakteru umów o prace dla usług opiekuńczych - za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie umożliwiający oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia

Określenie warunków udziału w postępowaniu jest środkiem do osiągnięcia celu, jakim jest wybór w postępowaniu wykonawcy dającego zamawiającemu gwarancję poprawnej realizacji zamówienia. Tym samym działanie Zamawiającego, polegające na zamieszczeniu w siwz kwestionowanych zapisów wprost prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący na podstawie tak skonstruowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości oceny realnych możliwości brania udziału w postępowaniu, w tym przeanalizowania, czy dysponuje odpowiednim zapleczem kadrowym i technicznym potrzebnym dla należytego wykonania ewentualnej umowy. Biorąc pod uwagę treść SIWZ przygotowanie ewentualnej oferty bazować mogłoby jedynie na domysłach, jakie potrzeby może mieć Zamawiający i czy wyrazi zgodę na odstąpienie od wymogu zatrudnienia na podstawie umów o pracę. Niemożność określenia, jakie wymagania stawia przez Wykonawcami Zamawiający prowadzić mogą z kolei do tego,

że oferta, sporządzona na podstawie ogólnych wytycznych Zamawiającego, złożona następnie przez Odwołującego byłaby nieporównywalna z pozostałymi ofertami

Wykonawca stający do niniejszego przetargu, ma do czynienia z sytuacją oderwania warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia od faktycznego charakteru usług będących jego przedmiotem.

Ponadto w opinii Odwołującego wymagania stawiane wykonawcom powinny odpowiadać wielkości i charakteru zamówienia tak, aby spełnianie warunków umożliwiło zamawiającemu wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a jednocześnie ograniczyło możliwość powstania sytuacji, w której wybrany wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością. Przywołać należy tu Wyrok KIO z dnia 13.10.2011 KIO/UZP 2144/10: w którym wskazuje się, że: „Opisanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu ma zapewnić dokonanie wyboru wykonawcy dającego rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia, natomiast nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia dostępu do uzyskania zamówienia”. Tymczasem w przypadku warunków niniejszego zamówienia, przystępując do przetargu Zamawiający może jedynie przypuszczać co z wymogiem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, biorąc pod uwagę postanowienia pkt. 2.6 lit. d) uczyni Zamawiający. Rozsądek nakazuje bowiem rezygnować z udziału z przetargu, gdy wykonawca usługi nie będzie w stanie spełnić stawianych przed nim wymagań po zawarciu umowy, lub gdyż wiąże się to z daleko idącymi konsekwencjami finansowymi.

Konsekwencją powyższego jest również zarzut naruszenia art. 91 ust. 2d ustawy pzp, przez określenie kryterium społecznego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przy jednoczesnym wskazaniu bliżej niesprecyzowanej możliwości odstąpienia przez Zamawiającego od wymogu zatrudnienia na podstawie umów o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją zamówienia. Zgodnie bowiem z pkt. 11.4 siwz Zamawiający ustanowił „Kryterium społeczne zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”. Zgodnie z nim oferta Wykonawcy zostanie ocenione w skali punktowej do 20 pkt. Liczba punktów zostanie przyznana za zatrudnienie przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę (w wymiarze jednego etatu) do realizacji przedmiotu zamówienia każdej dodatkowej osoby powyżej minimum określonego przez Zamawiającego w rozdziale 2 pkt 2.6 ppkt a) niniejszej SIWZ.

Kryterium społeczne będzie punktowane w sposób następujący:

- od 16 do 18 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę - 4 pkt
- od 19 do 21 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę - 8 pkt
- od 22 do 24 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę - 12 pkt
- od 25 do 27 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę - 16 pkt
- od 28 osób wzwyż zatrudnionych na podstawie umowy o pracę - 20 pkt

Tyle, że po pierwsze świadczenie usług opiekuńczych nie wypełnia przesłanek wynikających z art. 22 § 1 kp, a więc jej nie stanowi, po drugie zaś Zamawiający w pkt. 2.6 lit. d. Zamawiający wskazał iż może odstąpić od wymogu dotyczącego obowiązku zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że nie zostały spełnione przesłanki do zatrudnienia tych osób na podstawie stosunku pracy, zgodnie z Kodeksem pracy. Zapis powtórzono w § 5 ust. 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do siwz. Powyższe zaś czyni specyfikację wewnątrznie sprzeczną a możliwość złożenia porównywalnej oferty praktycznie niemożliwym.

W związku z tym, Odwołujący wniósł o modyfikację siwz oraz ogłoszenia w zakresie wskazanym w petitum.

Załączono odpis wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 28.04. 2004 r. sygn. akt. III A Ua 537/03, odpis wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 1999 r. sygn. akt. I PKN 568/98, pismo Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 23 września 2016 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że:

I. uwzględnia następujące zarzuty i wnioski odwołującego:

1/ w całości zarzut dotyczący naruszenia pkt 2.3 b siwz i przychyła się do wskazanej w odwołaniu nowej treści tego punktu,

2/ co do usunięcia zapisu pkt 2.6 d siwz,

3/ co do żądania dokumentowania zatrudnienia osób w sposób naruszający ustawę o ochronie danych osobowych,

4/ częściowo zarzut dotyczący zapisu: „oraz co najmniej 1 osobą, kierującą wykonywaniem usług opiekuńczych, zatrudnioną w biurze wykonawcy, m.in. do kontaktu z zamawiającym. Zamawiający nie wymaga od osoby zatrudnionej w biurze ww. zdolności zawodowych, które dotyczą osób związanych z wykonywaniem usług opiekuńczych w domu podopiecznego.”,

5/ częściowo zarzut dotyczący załącznika nr 5 do siwz w zakresie § 4 ust. 4 i przychyła się do proponowanej w odwołaniu nowej treści § 4 ust. 4.

W powyższym zakresie zamawiający zmodyfikował ogłoszenie i siwz.

W pozostałym zakresie zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Uzasadniając stanowisko zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający pomimo częściowego uwzględnienia zarzutów, nie podziela jednak poglądu co do naruszenia przepisów ustawy pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymogu zatrudnienia min. 15 osób na umowę o pracę. W nowelizacji ustawy pzp z

dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz. U. poz. 1020) dodano przepis art. 29 ust. 3a w brzmieniu „Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazanie 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 2016 r. poz. 1666 z późn. Zm.) Zmieniono również art. 36 ust. 2 (zawartość obligatoryjna siwz) przez dodanie pkt 8a w brzmieniu: „w przypadku, gdy zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w art. 29 ust. 3a, określenie w szczególności:

a/ sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a,
b/ uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań,
c/ 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.”

Jak wskazano w opinii UZP dot. Art. 29 ust. 3a ustawy pzp 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. Powołano się także na ochronę statusu pracowniczego jako korzystniejszego niż cywilnoprawny. Przywołano też z uzasadnienia projektu rządowego noweli ustawy (druk sejmowy nr 366), w których projektodawca wskazał na ważny aspekt społeczny przez tworzenie zachęt do stosowania klauzul społecznych przez zamawiającego oraz stawianie właśnie warunku zatrudnienia osób na umowę o pracę w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane, gdy są spełnione kryteria stosunku pracy z art. 22 § 1 kodeksu pracy. Przywołano też stosowną dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady, której ideą było także zapewnienie przestrzegania prawa socjalnego, prawa pracy.

MOPS w Głogowie jako zamawiający w postępowaniu kierując się charakterem czynności wykonywanych w ramach usług opiekuńczych, których katalog wymienił w opisie przedmiotu zamówienia jak i umowie z załącznikiem, uznał, że czynności usług opiekuńczych w rodzaju wymienionym w siwz oraz umowie, wypełniają znamiona i przesłanki do uznania, że są to czynności zawierające cechy stosunku pracy, tj. konstytutywne elementy stosunku pracy, jak podporządkowanie, praca pod kierownictwem, w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. W tym miejscu zamawiający wskazał, że odwołujący postawił zarzut niedookreślenia precyzyjnego, jakie to czynności mają być świadczone na podstawie stosunku pracy. Zamawiający dokonał zmiany siwz w pkt 2.6 a przez uzupełnienie zapisu

jako odesłanie do konkretnych postanowień siwz i projektu umowy, gdzie konkretnie podano, jakie rodzaje czynności będą wykonywane jako usługi opiekuńcze, co ułatwi wykonawcom zrozumienie tej kwestii. Zamawiający podaje, że decyzje przyznające usługi posiadać będą wskazania co do rodzaju usług dla konkretnego klienta – podopiecznego MOPS, ich ilość i godziny ich świadczenia, co dla wykonawcy zadania oznacza brak dowolności w wykonaniu takich usług, Osoba realizująca usługi nie decyduje sama w sposób dowolny, kiedy i w jakim czasie wykona usług opiekuńczą w domu klienta, nie decyduje sama o ich ilości, ich wymiarze i rodzaju. Osoby świadczące czynności usług opiekuńczych u klienta w domu same nie wyznaczają sobie zadań do wykonania, same nie decydują, jakie czynności wykonają i jakim wymiarze.

Zamawiający posiada wiedzę orientacyjną co do ilości godzin usług w danym roku kalendarzowym, gdyż realizuje te zadania z mocy ustawy o pomocy społecznej od wielu lat. Liczba ta w przedmiotowym postępowaniu wyniesie około 84.000 godzin w okresie ok. 12 miesięcy, co daje miesięczny limit ok. 7.000 godzi. Wyznacza to dla zamawiającego, przy uznaniu, że mamy do czynienia ze świadczeniem usług przez osoby realizujące u wykonawcy te usługi opiekuńcze na podstawie stosunku pracy, ramy etatowe i ilość pracowników przy przyjęciu dopuszczalności limitów tygodniowych i dziennych norm z kp na poziomie norm 8 godzin dziennie i 40 godzin tygodniowo. Stąd zamawiający postawił wymóg na poziomie min. 15 osób na umowę o pracę i dalszych osób na etat w doborze wykonawcy jako kryterium oceny najkorzystniejszej oferty, gdy za określone dodatkowe osoby na etacie wykonawca otrzyma dodatkowe punkty przy ocenie jego oferty. Zamawiający postawił także wymóg średniorocznego zatrudnienia min. 25 osób z warunkiem pozostawania w stosunku pracy.

Jak wskazano w opinii UZP co do zasady pracowniczy charakter będą miały czynności wykonywane przez personel sprzątający (czynności sprzątania), czy ochroniarzy (czynności świadczenia usług ochrony). W ocenie zamawiającego czynności świadczenia usług opiekuńczych polegające m.in. na sprzątaniu, myciu podłóg, przygotowaniu, podgrzaniu posiłku, wietrzeniu pomieszczeń, zrobieniu podstawowych zakupów, prasowaniu, praniu, zamawianiu wizyt lekarskich, zakupu leków, podaniu leków, myciu, pomocy przy ubieraniu, to czynności, do których ma zastosowanie 22 § 1 kodeksu pracy. W artykule pt. Przetargi na ochronę bez klauzul społecznych (GZP z 14.11.2016 S. Wikariak) podkreślono, że jednym z celów nowelizacji ustawy pzp było uwzględnienie w przetargach aspektów społecznych. Stąd administracja publiczna jest zobowiązana wymagać od przedsiębiorców, by osoby realizujące zadania publiczne były zatrudniane na etat.

Zamawiający zauważa także, że odwołujący świadcząc usługi opiekuńcze na rzecz zamawiającego w poprzednich latach w swoich ofertach przedkładał wykaz osób, które będą

uczestniczyć w wykonaniu zamówienia i wśród tych osób 25 było zatrudnionych na umowę o pracę, z czego wszystkie posiadały stosowne szkolenia niezbędne do wykonywania usług opiekuńczych. Zatem sam odwołujący uznał, że świadczenie usług opiekuńczych to czynności wymagające zatrudnienia na umowę o pracę.

Jednocześnie zamawiający wskazuje, że postawienie wymogu zatrudniania osób realizujących usługi opiekuńcze ma również zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji oraz stanowi wyraz równego traktowania wykonawców, gdyż w dotychczasowych postępowaniach u wielu zamawiających w tym MOPS w Głogowie nie stawiano takiego wymogu (nie było wówczas obowiązku ustawowego), co powodowało znaczne rozbieżności w cenie oferty, gdyż niektórzy wykonawcy oferowali wykonanie usług opiekuńczych przez osoby zatrudnione na umowę o pracę, a niektórzy, na umowę zlecenie. Obecnie postawienie wymogu zatrudnienia na umowę o pracę osób realizujących usługi opiekuńcze daje możliwość równego startu dla wykonawców w przetargu.

Zamawiający wskazuje, że w rozporządzeniu Rady Ministrów z 19.03.2009 r. w sprawie wynagradzania pracowników samorządowych w załączniku określającym stanowiska pracy i kwalifikacji figuruje stanowisko opiekunki, co również przemawia za uznaniem argumentu co do konieczności zatrudnienia na umowę o pracę osób realizujących usługi opiekuńcze.

W konsekwencji zamawiający podtrzymując wymóg siwz zatrudnienia na umowę o pracę, nie przychyliła się do zarzutu odwołującego w zakresie naruszenia prawa w odniesieniu do określenia sankcji za naruszenie warunku zatrudnienia na umowę o pracę, a jedynie doprecyzował, że żądane dokumenty na potwierdzenie takiego zatrudnienia mają być zanonimizowane.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego. Zauważył, że prace opiekunów mogą być wykonywane w ramach stosunku pracy, jednakże dotyczyć to może pracy w domach pomocy społecznej, a nie usług świadczonych dla podopiecznych, co stanowi przedmiot niniejszego zamówienia. Wskazał na specyfikę tych usług, co uzasadniał w uzasadnieniu odwołania. Przedstawił także odpowiedź na zapytanie SIWZ na analogiczny przedmiot zamówienia udzieloną przez MGOPS w Wieluniu, gdzie stwierdzono, iż z uwagi na specyfikę usług nie stawia się wymogu wynikającego z art. 29 ust. 3a Pzp. Zauważył także, że opis warunku i wymogu dokonany przez Zamawiającego wykracza także poza treść art. 29 ust. 3a Pzp, gdzie nie

określa się parametrów wymiaru czasu pracy (etat pełny lub częściowy) oraz liczby osób. Zauważył że warunki, na jakich mają być świadczone usługi określa decyzja Zamawiającego, zauważył także, że katalog usług stanowiący załącznik do projektu umowy nie jest zamknięty, zawiera bowiem także stwierdzenie o innych czynnościach wynikających z indywidualnych potrzeb klienta. Opis taki nie jest poprawny przy ewentualnym zastosowaniu w stosunku pracy. Ponownie podkreślił specyfikę usług opiekuńczych, w tym wielość miejsc ich świadczenia i zróżnicowany wymiar czasowy w odniesieniu do każdego podopiecznego. Zauważył że przedmiot zamówienia oszacowany jest na 84000 godzin usług co oznacza 7000 godzin na miesiąc, a w przeliczeniu na tzw. pełne etaty byłoby to 42 etaty. Wskazał przy tym na różnicę w warunku 25-osobowym i wymogu 15-osobowym i kryterium maksymalnie punktowanym przy 28 osobach. Wskazał na znaczący zakres decyzji podopiecznego co do osoby opiekuna i sposobu wykonywania usługi, w tym oceny mającej wpływ na stwierdzenie wykonania i wypłatę wynagrodzenia.

Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w złożonej odpowiedzi na odwołanie, stwierdził, że w tym postępowaniu uzasadnione było zastosowanie art. 29 ust. 3a Pzp. Zauważył, że specyfika usług opiekuńczych nie oznacza, że nie można świadczyć ich w stosunku pracy, natomiast może uzasadniać zastosowanie w zależności od potrzeb różnych systemów czasu pracy. Wyjaśnił że SIWZ w punkcie 3.2.c tiret 2 winna być treść „minimum 15 osobami” (a nie 25). Jednocześnie tiret 3 zapis o wymogu średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy wynoszącym 25 osób pozostaje bez zmian. Podkreślił ponownie jak w złożonej odpowiedzi, że kwestionowany wymóg ma służyć także zapewnieniu porównywalności cenowej ofert jakie przewiduje otrzymać od wykonawców. Stwierdził, że kalkulując cenę oferty wykonawca powinien uwzględniać wszystkie potrzeby i ryzyka, także wynikające z faktu wymogu pozostawania w stosunku pracy. Zauważył, że w tym przypadku także zdarzają się czynności, które należy wykonywać nieprzewidziane wcześniej w umowie o pracę. Zauważył także, że Odwołujący w poprzednich postępowaniach wykazywał dysponowanie potencjałem osobowym, także w stosunku pracy, w liczbie odpowiadającej bieżącym warunkom.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem pełnomocników stron, uwzględniając stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zważyła, co następuje.

W odniesieniu do kluczowego zarzutu odwołania i wynikającego z niego żądania odstąpienia od wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu art. 22 § 1 kodeksu pracy osób, które będą wykonywać czynności usługowe bezpośrednio związane z realizacją zamówienia, skład orzekający uznaje zarzut za nieuzasadniony. Należy przy tym zauważyć, że powyższe dotyczy zarówno opisu przedmiotu zamówienia ujętego w pkt 2.6 siwz „Zatrudnienie na umowę o pracę”, jak i warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 3.2 c tiret drugie i trzecie. W tym ostatnim tj. pkt 3.2 c nakazano jednak dokonanie zmiany postanowień specyfikacji uznając, że przyjęcie warunku dysponowania minimum 25 osób oraz wymóg wykazania średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy na poziomie minimum 25 osób stanowi naruszenie zasady proporcjonalności warunku do przedmiotu

zamówienia wynikającej z przepisu art. 22 ust 1a ustawy pzp. Skoro bowiem w opisie przedmiotu zamówienia przyjęto wymóg zatrudnienia z powołaniem na art. 29 ust. 3a ustawy pzp co najmniej 15 osób, które będą wykonywać czynności usługowe bezpośrednio związane z realizacją zamówienia, to wymogi co do wykazania większej liczby osób stanowią nadmiarowy warunek udziału w postępowaniu i naruszają przepis art. 22 ust. 1a pzp.

Tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 b i 22 d ust. 1., art. 22 ust. 1 a ustawy pzp, przez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymogu dotyczącego zatrudnienia u wykonawcy określonej liczby osób, jest nieuzasadniony, z zastrzeżeniem nakazania w sentencji wyroku modyfikacji warunku jako nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz 3a ustawy pzp jest nieuzasadniony. Skład orzekający nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby czynności polegające na świadczeniu usług opiekuńczych, nie mogły być wykonywane w ramach stosunku pracy zdefiniowanego w sposób określony w art. 22 § 1 kp i nie polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w tym przepisie. W szczególności można zauważyć w odniesieniu do argumentacji odwołującego, że praca w ramach stosunku pracy w wielu zawodach może i jest wykonywana poza siedzibą pracodawcy, również rozkłady czasu pracy podlegają dostosowaniu do specyfiki pracy, także sposób wykonywania nadzoru i kierownictwa wynika z potrzeb i organizacji pracy prowadzonej przez pracodawcę. W tym kontekście również usługi opiekuńcze mogą być wykonywane w ramach świadczenia pracy. Na możliwość i celowość uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wskazuje w szczególności przepis art. 29 ust. 3a oraz 36 ust. 2 pkt 8a ustawy wprowadzony nowelizacją ustawy pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz. U. poz. 1020).

Rozstrzygnięcie wyroku dotyczące kryterium, którym będzie się kierował zamawiający przy wyborze oferty nazwanym „Kryterium społeczne zatrudnienie na podstawie umowy o pracę” wynika z faktu, że przepis art. 91 ust. 2 ustawy pzp określający inne niż cena lub koszt kryteria oceny ofert, w tym aspekty społeczne, wskazuje na takie aspekty, jakim są integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników.

Z kolei powołany art. 22 ust. 2 określa możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawców zapewniających integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności osoby niepełnosprawne, bezrobotne, pozbawione wolności lub zwalniane z zakładów karnych mające trudności w integracji ze środowiskiem, osoby z zaburzeniami psychicznymi, osoby bezdomne, osoby o statusie uchodźcy, osoby poniżej i powyżej 50 roku życia, członkowie mniejszości w tym narodowych i etnicznych.

Jakkolwiek wskazania w art. 91 ust. 2, jak i w art. 22 ust. 2 ustawy pzp nie stanowią katalogu enumeratywnego, co wynika z użycia określenia „w szczególności” w ocenie składu orzekającego fakt, że przedmiot zamówienia będzie wykonywany przez osoby pozostające w stosunku pracy, a w istocie założenie, że oferta może być oceniana według kryterium liczby zatrudnionych pozostających w stosunku pracy, nie znajduje podstaw w powołanych przepisach ustawy. Należy przy tym wyraźnie zauważyć, co również było w sprawie niniejszej oceniane, że o ile wymóg wykazania się osobami pozostającymi w stosunku pracy może, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 3a stanowić element opisu przedmiotu zamówienia, jako wynikający literalnie z przepisu, to przepisy dotyczące kryteriów oceny ofert na taką możliwość, w ocenie składu orzekającego nie wskazuje. Istotne jest spostrzeżenie, że opis kryteriów społecznych w art. 22 ustawy pzp wyraźnie wskazuje, że ma się ono odnosić do osób których aktywizacja zawodowa jest trudniejsza, nie zaś polegać samej formie nawiązania stosunku pracy.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących pkt 2.3 b siwz pkt 2.6 d siwz, żądania dokumentowania zatrudnienia osób w sposób naruszający ustawę o ochronie danych osobowych oraz zarzutu dotyczącego zapisu w sprawie statusu osoby kierującej wykonywaniem usług opiekuńczych, zatrudnionej w biurze wykonawcy i przewidzianej m.in. do kontaktu z zamawiającym oraz dotyczącego załącznika nr 5 do siwz w zakresie § 4 ust. 4 wobec ich uwzględnienia i zmodyfikowania przez zamawiającego postanowień ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, orzeczono w pkt 2. sentencji wyroku.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

.....