

Szczecin, dn. 09.11.2018 r.

Znak sprawy: ZP/220/91/18

Dotyczy: postępowania na administrowanie systemami informatycznymi w tym pakiecie oprogramowania InfoMedica/AMMS w SPSK-2.

WYJAŚNIENIE NR 2

W związku z wpływaniem do Zamawiającego pytań dotyczącego treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

Pytanie nr 1

Zgodnie z art. 29 ust. 3 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zamawiający zobowiązany jest w postępowaniach na usługi lub roboty budowlane, do wskazania w opisie przedmiotu zamówienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia. Wymóg ten dotyczy zarówno wykonawcy, jak i podwykonawcy, a aktualizuje się w sytuacji, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu Pracy. Podkreślić należy, iż to zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia musi wyodrębnić te czynności, których wykonywanie będzie świadczeniem pracy.

W niniejszym postępowaniu powyższe kwestie zostały określone przez zamawiającego w rozdziale II pkt 3.1 OPZ oraz §3 ust. 3 projektu umowy znajdujących się SWIZ. I tak, w świetle rozdziału II pkt 3.1 opisu przedmiotu „Wykonawca zobowiązany jest zabezpieczyć w dni robocze od poniedziałku do piątku (z wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy) w godz. od 7:30 do 15.30 co najmniej cztery osoby w siedzibie Zamawiającego, które zapewnią ciągłość i prawidłowość funkcjonowania systemu informatycznego w części „białej” i „szarej”, będą służyć pomocą użytkownikom w bieżącej obsłudze systemu i usuwaniu bieżących problemów z oprogramowaniem medycznym oraz nadzorować prawidłowe funkcjonowanie wszystkich systemów objętych umową. Osoby, o których mowa powyżej powinny posiadać niezbędne kwalifikacje i doświadczenie określone w rozdziale I pkt. VII ppkt 1.3.2. SIWZ. Osoby, które będą pełnił obowiązki nadzoru nad prawidłowym funkcjonowaniem systemu na miejscu u Zamawiającego muszą być zatrudnione przez Wykonawcę na umowę o pracę”. Odpowiedni zapis znajduje się również w §3 ust. 3 projektu umowy, który wskazuje, iż Wykonawca zobowiązany jest zatrudnić na podstawie umowy o pracę, wszystkie osoby świadczące usługi na terenie siedziby Zamawiającego. Tym samym zamawiający uznał, iż czynności nadzoru nad prawidłowym funkcjonowaniem systemu na miejscu u zamawiającego będzie spełniało cechy stosunku pracy określone w art. 22 k.p.

Z powyższym stanowiskiem zamawiającego nie sposób się zgodzić z następujących względów.

Po pierwsze, zamawiający w ocenie wykonawcy nieprawidłowo ustalił, iż czynności nadzoru nad prawidłowym funkcjonowaniem systemu na miejscu u zamawiającego będzie spełniało przesłanki stosunku pracy określone w art. 22 k.p., zaś nie może być wykonane na podstawie umów cywilnoprawnych. Zgodnie zaś z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego najważniejszymi cechami stosunku pracy wyodrębniającymi go od innych umów są: zobowiązanie rodzajowe (pracownik zobowiązuje się do pracy określonego rodzaju), odpłatność, wykonywanie pracy pod kierownictwem (rozumiane jako podporządkowanie pracownika w toku wykonywania pracy, w szczególności w zakresie czasu i miejsca pracy), osobiste świadczenie pracy przez pracownika, ciągłość (trwałość) świadczenia pracy, stosunek starannego działania, a nie zobowiązanie rezultatu (tzn. pracownik odpowiada nie za wynik pracy, lecz wyłącznie za jej staranne wykonywanie).

Zaznaczyć bowiem należy, że czynności nadzoru nad prawidłowym funkcjonowaniem systemu w siedzibie zamawiającego nie mogą być wykonywane na podstawie umów o pracę, które mają bardzo sztywne ramy wyznaczone przepisami prawa pracy. Bardziej dogodniejszą i efektywniejszą formą świadczenia powyższych czynności zarówno dla zamawiającego jak i wykonawcy będą umów cywilnoprawne bądź też świadczenie tych czynności przez osoby samozatrudnione. Podnieść należy, że umowa o pracę jest formą zatrudnienia bardzo mało elastyczną, która ogranicza pracodawcę w organizacji pracy w szczególności ze względu na ściśle ograniczony czas pracy. Po przekroczeniu dopuszczalnego czasu pracy w przypadkach określonych w Kodeksie pracy możliwe jest świadczenie pracy w godzinach nadliczbowych. Wówczas pracodawca zobowiązany jest do odpowiedniej rekompensaty za pracę w godzinach nadliczbowych, przy czym w ciągu roku ilość godzin nadliczbowych dla jednego pracownika nie może przekroczyć 416. Uwzględnić należy również urlopy oraz dni ustawowo wolne dla osób świadczących usługi na podstawie umowy o pracę, co również wpływa na ograniczone możliwości czasu



pracy tychże osób. Pracownik zatrudnieniowy na podstawie umowy o pracę obowiązany jest świadczyć pracę osobiście, co uniemożliwia wykonanie powyższych czynności przez inną osobę. Tymczasem w SIWZ zamawiający ściśle określa jakie wymagania muszą spełniać osoby świadczące usługi w ramach zamówienia zatem niecelowe jest by osoby te świadczyły określone czynności osobiście. Również samo rozwiązanie umowy o pracę jest bardziej rygorystyczne niż w przypadku innych form zatrudnienia. Ustawodawca uzależnia bowiem rozwiązanie umowy od okresów wypowiedzenia, które wiążą się ze stażem pracy danego pracownika. Istnieje możliwość rozwiązania stosunku pracy za porozumieniem stron jednak konieczna jest w tym względzie wola obu stron. Przy zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę zminimalizowana została także odpowiedzialność pracownika za ewentualne nieumyślnie wyrządzone szkody.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na opinię UZP wskazującej, które czynności w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych, mogą polegać na świadczeniu pracy, a które nie. Zgodnie z opinią UZP przesłanek zaistnienia stosunku pracy mogą nie spełniać także niektóre usługi informatyczne, w szczególności gdy świadczone są przez 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). Bez wątplenia taka sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Jak wskazano wyżej zamawiający wymaga, aby usługi świadczone na podstawie stosunku pracy realizowane były przez osoby posiadające niezbędne kwalifikacje, doświadczenie szczególnie wskazane SIWZ. Zamawiający wymaga więc w niniejszym przypadku, aby zadania polegające na zapewnieniu: „ciągłości i prawidłowości funkcjonowania systemu informatycznego w części „białej” i „szarej”, służeń pomocą użytkownikom w bieżącej obsłudze systemu i usuwanie bieżących problemów z oprogramowaniem medycznym oraz nadzorowania prawidłowe funkcjonowanie wszystkich systemów objętych umową” wykonywały osoby posiadające określone, wysokie kwalifikacje i posiadające i całkowitą samodzielność w realizacji ww. obowiązków tak, aby określone systemy informatyczne działały non stop sprawnie. Powyższe nie jest możliwe do wyegzekwowania przez Wykonawcę zatrudniającego personel wyłącznie na podstawie umowy o pracę, gdyż wykonywanie tych zadań polega przede wszystkim na wysokiej samodzielności w podejmowaniu decyzji i samodzielnej realizacji zadań opartych na wysokiej wiedzy fachowej i kompetencjach, a nie na wykonywaniu poleceń przełożonego. Co ważniejsze realizacja tych zadań ma być przede wszystkim skuteczna – to jest zapewnić ciągłe i nieprzerwane funkcjonowanie w Szpitalu systemów informatycznych, a nie wyłącznie na ich „dogładaniu”.

Z uwagi na powyższe, świadczenie usług, które zamawiający określił jako „czynności nadzoru nad prawidłowym funkcjonowaniem systemu na miejscu u Zamawiającego” nie jest możliwe na podstawie stosunku pracy.

Nadto, jak wskazuje w swoich opiniach UZP niezgodne z ustawą będą również zapisy ogólne, takie jak: „zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności o takim charakterze podczas realizacji”. W ocenie UZP takie zapisy mogą z jednej strony skutkować złożeniem przez wykonawców nieporównywalnych cenowo ofert, a z drugiej – sprzeciwiać się obowiązkowi z art. 29 ust. 1 PZP opisanemu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Kończąc pragnę wskazać, iż narzucanie przez zamawiającego wykonawcy czynności, które muszą być realizowane na podstawie stosunku pracy, może zgodnie z doktryną stanowić ingerencję w swobodę działalności gospodarczej. Bowiem gdy wykonawca może zorganizować swoje działanie – w granicach obowiązującego prawa – w taki sposób, aby nie zatrudniać osób wykonujących określone czynności na podstawie umowy o pracę, to uniemożliwienie mu tego może stanowić podstawę do uznania takich działań za ograniczające swobodę przedsiębiorczości (wyrok SN z dnia 11 września 2013 r., sygn. akt II PK 372/12). W świetle powyższego orzeczenia przepisu art. 22 §1 k.p. nie należy rozumieć jako prawnego domniemania stosunku pracy, a cywilnoprawne formy zatrudnienia nie są ani sprzeczne z art. 20 i art. 24 Konstytucji ani z prawem unijnym.

Mając na uwadze powyższe okoliczności wnoszę o rozważenie możliwości zmiany odpowiednich postanowień SIWZ poprzez usunięcie wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności nadzoru nad prawidłowym funkcjonowaniem systemu na terenie zamawiającego. Jak wykazano powyżej zgodne z prawem i efektywniejsze zarówno od strony organizacyjnej, jak i z ekonomicznego punktu widzenia będzie świadczenie tychże usług na podstawie umów cywilnoprawnych bądź też wykonywanie ich przez osoby samozatrudnione.

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga aby osoby, które będą świadczyć usługę w siedzibie Zamawiającego w godzinach 7:30 – 15:30 były zatrudnione na podstawie umów o pracę, Zamawiający nie wskazuje jakie to mają być umowy (umowy na czas określony na czas nieokreślony, umowy na zastępstwo) pozostawiając tę kwestię do wyboru Wykonawcy. Zgodnie z opinią UZP kwestie związane ze świadczeniem usług informatycznych przez osoby posiadające wysoki poziom kompetencji, rzadkie specjalizacje i niezbędne certyfikaty potwierdzające fachowość nie polegają na



Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 2 PUM w Szczecinie

al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin

Numer telefonu: centrala tel. 91 466 10 00,

Sekretariat Dyrektora oraz

Zastępcy Dyrektora ds. Lecznictwa tel. 91 466 10 10, fax 91 466 10 15

KRS: 000018427, NIP: 955-19-08-958, REGON: 000288900

Strona internetowa: www.spsk2-szczecin.pl adres e-mail: spsk2@spsk2-szczecin.pl



świadczeniu pracy. W opinii UZP inne czynności informatyczne mogą już mieć charakter czynności polegającej na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu Pracy. Do wyboru Wykonawcy jest czy osoby, które będą świadczyły usługę poza siedzibą Zamawiającego będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę, czy będą to osoby na umowach cywilnoprawnych, czy może jako podwykonawca, który prowadzi działalność gospodarczą jednoosobową. Zamawiający nie będzie określał Wykonawcy sposobu zatrudnienia osób świadczących usługę. Zamawiający wymaga jedynie aby Wykonawca skorzystał z dopuszczalnych przez PZP sposobów dysponowania osobami, które będą świadczyć usługę.

Wykonawcy powinni uwzględnić powyższe wyjaśnienia podczas przygotowywania i składania ofert.

Z poważaniem

Dyrektor SPSK-2 w Szczecinie
PODPIS W ORYGINALE

Sporządziła: Eliza Koladyńska - Nowacka
Tel. 91 466 10 86



Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 2 PUM w Szczecinie
al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin
Numery telefonów: centrala tel. 91 466 10 00,
Sekretariat Dyrektora oraz
Zastępcy Dyrektora ds. Lecznictwa tel. 91 466 10 10, fax 91 466 10 15
KRS: 0000018427, NIP: 955-19-08-958, REGON: 000288900
Strona internetowa: www.spsk2-szczecin.pl adres e-mail: spsk2@spsk2-szczecin.pl

