

CIS-WAZ.271.13.2020

Warszawa, dnia 13.01.2020r.

Informacja o wpłynięciu odwołania

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie informatycznych usług asysty eksperckiej w realizacji projektu Wrota Statystyki” – znak sprawy CIS-WAZ.271.13.2020, ogłoszenie o zamówieniu nr 2020/S 255-641456 z dnia 31.12.2020 r.

Działając na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwaną dalej ustawą Pzp, Centrum Informatyki Statystycznej działając jako Pełnomocnik Zamawiającego - Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp, przekazuje odwołanie wniesione w dniu 11 stycznia 2021 r. przez wykonawcę EUVIC Sp. z o.o. ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice w postępowaniu na „Świadczenie informatycznych usług asysty eksperckiej w realizacji projektu Wrota Statystyki”.

W zawiązku z powyższym Pełnomocnik Zamawiającego wzywa wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W imieniu Pełnomocnika Zamawiającego

DYREKTOR
Centrum Informatyki Statystycznej

Marcin Piekarek

Warszawa, 11 stycznia 2021

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Odwołujący:

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienia
EUVIC Sp. z o.o.
Ul. Przewozowa 32
44-100 Gliwice
Tel. 32 279 49 42
NIP: 9691411637
KRS: 0000233192

reprezentowany przez:
radcę prawnego Monikę Szarafińską – Zajdowicz
adres do korespondencji jak dla Odwołującego
tel. 505434803
e-mail: mszarafinska@slalegal.pl

Zamawiający:

Główny Urząd Statystyczny,
al. Niepodległości 208
00-925 Warszawa
W imieniu i na rzecz którego działa Pełnomocnik Zamawiającego
Centrum Informatyki Statystycznej
Al. Niepodległości 208
00-925 Warszawa
Tel. 22 608-31-44, fax: 22 608-38-66
Adres strony internetowej: <https://cis.stat.gov.pl/zamowienia-publiczne/zamowienia-biezace/>
Adres e-mail: ciswaz@stat.gov.pl

Dotyczy: postępowania na udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie informatycznych usług asysty eksperckiej w realizacji projektu Wrota Statystyki” (Postępowanie)

Numer ogłoszenia: Dz. U./S S255 641456-2020-PL

Odwołanie

Działając w imieniu Odwołującego, z powołaniem na załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z dnia 11 września 2019 roku niniejszym wnoszę odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu, w zakresie zaniechania:

- art. 29 ust. 3a Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez wskazanie w projektowanych postanowieniach umownych będących załącznikiem do SIWZ (Umowa), czynności, których wykonanie wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób je wykonujących na podstawie umowy o pracę, gdyż wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 ust. 1 kodeksu pracy, podczas, gdy Zamawiający nie przeprowadził żadnego badania w tym zakresie, względnie przeprowadzone badanie prowadzi do błędnych wniosków

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i dokonanie modyfikacji dokumentów Postępowania w tym Umowy, jak również Załącznika nr 12 do Umowy oraz Załącznika nr 3 do Umowy, w taki sposób, że Zamawiający wykreśli:

- § 12 Umowy w całości,
- Załącznik nr 12 w całości,
- w § 10 Umowy ust. 8 oraz ust. 9,
- w § 15 Umowy ust. 2 pkt 6,
- w Załączniku nr 3 Protokół kontroli wykreślenia w tytule i w treści zapisów w brzmieniu: „oraz osób, o których mowa w § 12 ust. 1 Umowy, wykonujących czynności określone Załączniku nr 12 do Umowy, w stosunku do których istnieje obowiązek zatrudnienia ich na umowę o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy”.

ewentualnie

- przedstawi sporządzoną przed wszczęciem Postępowania analizę, z której wynikać będzie, uzasadnienie dla wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, gdyż wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.

Niniejsze odwołanie wnoszone jest od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu dotyczących treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym na projektowane postanowienia umowy.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 31 grudnia 2020 roku i mają do niego zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia Postępowania, to jest zgodnie z publikacją tekstu jednolitego zamieszczoną w Dz.U. z 2019 roku nr 1843 z późniejszymi zmianami. Do postępowania odwoławczego mają zastosowanie – zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020) - jako postępowania wszczętego po dniu 31 grudnia 2020 r., a dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia wszczętego przed dniem 1 stycznia 2021 r., - stosuje się przepisy Ustawy z dnia 11 września 2019 Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 z późn. zm.).

Odwołujący jest wykonawcą, który zamierza złożyć w Postępowaniu ofertę i jest wykonawcą, który w przypadku braku zmiany kwestionowanych w odwołaniu zapisów SIWZ i projektowanych zapisów umowy poniesie lub może ponieść szkodę, gdyż nie będzie w stanie złożyć oferty w Postępowaniu, do wykonania którego posiada pełne kwalifikacje i wymagane doświadczenie.

Uzasadnienie

W dniu 31 grudnia 2020 roku Zamawiający zamieścił na stronie internetowej <https://cis.stat.gov.pl/zamowienia-publiczne/zamowienia-biezace/> informacje o wszczęciu Postępowania oraz dokumenty Postępowania, w tym Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia oraz projektowane postanowienia umowne. Jednocześnie w dniu 31 grudnia 2020 roku w Dzienniku Urzędowym pod pozycją Dz. U./S S255 641456-2020-PL zostało opublikowane ogłoszenie o wszczęciu Postępowania.

Przedmiotem Postępowania jest Świadczenie informatycznych usług asysty eksperckiej w realizacji projektu Wrota Statystyki. Przedmiot zamówienia obejmuje zapewnienie informatycznej asysty eksperckiej w zakresie:

- 1)Opracowania szczegółowej architektury Projektu WRÓT STATYSTYKI;
- 2)Opracowania analizy wymagań funkcjonalnych Produktów;
- 3)Opracowania projektów technicznych Produktów na podstawie wymagań architektury Projektu WRÓT STATYSTYKI;
- 4)Projektowania poszczególnych Produktów projektu;
- 5)Testowania i wdrożenia poszczególnych Produktów projektu.

Tak opisany przedmiot zamówienia został doprecyzowany w Załączniku nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia.

Usługi wsparcia w postaci asysty eksperckiej wykonane będą w ramach odrębnych wniosków zwanych Wnioskami o asystę. Zamawiający jednocześnie szacuje, że zespół wsparcia Wykonawcy powinien liczyć 35 ekspertów. Zamawiający wymaga również, że na etapie realizacji zamówienia Wykonawca będzie dysponować zespołem osób zdolnych do wykonania zamówienia, w skład którego będą wchodzić eksperci przypisani do każdej z ról wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ, a rola taka nie może być łączona z innymi rolami. W szczególności zaś Zamawiający wymaga, by Wykonawca dysponował:

1. Architektem Systemowym, który będzie odpowiedzialny za zadania:

- przygotowywanie analiz, koncepcji, projektów i architektury rozwiązań systemów informatycznych oraz przekładanie wymagań biznesowych na wymagania techniczne (współpraca z biznesem) w celu wypracowania projektów graficznych, a następnie ich implementacji;
- tworzenie projektów intuicyjnych przepływów, mockupów, wireframes i prototypów;
- stworzenie intuicyjnych interfejsów użytkownika, uwzględniających potrzeby, opartych na najnowocześniejszych trendach, technikach i technologiach;
- projektowanie systemów z uwzględnieniem stabilności bezpieczeństwa, skalowalności i wysokiej dostępności;
- współpracę z zespołami odpowiedzialnymi za inne produkty Wrót Statystyki w celu zapewnienia spójności rozwiązań w zakresie standardów architektonicznych i technologicznych;
- zapewnianie zgodności rozwiązań informatycznych z wymaganiami projektu Wrót Statystyki;
- opiniowanie projektów i rozwiązań technologicznych dostarczanych przez dostawców zewnętrznych oraz współpracę z dostawcami w zakresie budowy i integracji dostarczanych systemów;
- wdrożenie wymagań UX/UI w wybranych komponentach / produktach / usługach.

2. dwoma Programistami odpowiedzialnymi za zadania:

- tworzenie i rozwijanie rozwiązań w oparciu o .NET;
- projektowanie, programowanie, wdrażanie i testowanie API

3. dwoma Architektami Systemowymi odpowiedzialnymi za zadania:

- przygotowywanie analiz, koncepcji, projektów i architektury rozwiązań systemów informatycznych oraz przekładanie wymagań biznesowych na wymagania techniczne (współpraca z biznesem);
- projektowanie architektury systemów zgodnie z obowiązującymi/przyjętymi standardami architektonicznymi IT;
- projektowanie systemów z uwzględnieniem stabilności bezpieczeństwa, skalowalności i wysokiej dostępności;
- współpraca z zespołami odpowiedzialnymi za inne produkty Wrót Statystyki w celu zapewnienia spójności rozwiązań w zakresie standardów architektonicznych i technologicznych;
- zapewnianie zgodności rozwiązań informatycznych z wymaganiami projektu Wrót Statystyki;
- opiniowanie projektów i rozwiązań technologicznych dostarczanych przez dostawców zewnętrznych oraz współpracę z dostawcami w zakresie budowy i integracji dostarczanych systemów.

4. Architektem Systemowym odpowiedzialnym za zadania:

- analiza jakości i bezpieczeństwa konfiguracji sieciowej i dostępowej środowiska DC;
- analiza jakości styku sieci DC z siecią WAN oraz jej zabezpieczeń z uwzględnieniem zagadnień związanych z politykami bezpieczeństwa oraz optymalizacją WAN;
- analiza jakości połączeń wirtualnych kontekstów;
- analiza możliwości i realizacja zwiększenia dostępności sieci bezprzewodowej poprzez jej rozbudowę i modernizację;
- udział w procesie migracji systemów statystyki publicznej na nowe platformy sprzętowe i dokonywania bieżących konfiguracji urządzeń sieciowych pod te zadania;
- analiza funkcjonalności systemów monitoringu sieci pod kątem zwiększenia ilości zbieranych parametrów z urządzeń oraz ich kategoryzacji (SNMP, Flow);
- analiza możliwości zwiększenia funkcjonalności systemu ISE (np. dodatkowy moduł TACACS+).

5. dwoma Architektami Systemowymi odpowiedzialnymi za zadania:

- przygotowywanie analiz, koncepcji, projektów i architektury rozwiązań systemów informatycznych oraz przekładanie wymagań biznesowych na wymagania techniczne (współpraca z biznesem);
- projektowanie architektury systemów zgodnie z obowiązującymi/przyjętymi standardami architektonicznymi IT;
- projektowanie systemów z uwzględnieniem stabilności bezpieczeństwa, skalowalności i wysokiej dostępności;
- współpraca z zespołami odpowiedzialnymi za inne produkty Wrót Statystyki w celu zapewnienia spójności rozwiązań w zakresie standardów architektonicznych i technologicznych;
- zapewnianie zgodności rozwiązań informatycznych z wymaganiami projektu Wrót Statystyki;
- opiniowanie projektów i rozwiązań technologicznych dostarczanych przez dostawców zewnętrznych oraz współpracę z dostawcami w zakresie budowy i integracji dostarczanych systemów.

6. trzema Front-End Developerami odpowiedzialnymi za zadania:

- tworzenie i rozwijanie rozwiązań w oparciu o Javascript i Java;
- projektowanie, programowanie, wdrażanie i testowanie aplikacji webowych.

7. trzema Back-End Developerami odpowiedzialnymi za zadania:

- tworzenie i rozwijanie rozwiązań w oparciu o Javascript i Java;
- projektowanie, programowanie, wdrażanie i testowanie aplikacji.

8. dwoma Programistami odpowiedzialnymi za zadania:

- tworzenie i rozwijanie rozwiązań w oparciu o Java;
- projektowanie, programowanie, wdrażanie i testowanie aplikacji.

9. dwoma Programistami odpowiedzialnymi za zadania:

- tworzenie i rozwijanie rozwiązań w oparciu o .NET;
- projektowanie, programowanie, wdrażanie i testowanie aplikacji.

10. trzema Programistami odpowiedzialnymi za zadania:

- tworzenie i rozwijanie rozwiązań w oparciu o Javascript;
- projektowanie, programowanie, wdrażanie i testowanie aplikacji webowych.

11. trzema Programistami odpowiedzialnymi za zadania:

- tworzenie i rozwijanie rozwiązań w oparciu o SQL;
- tworzenie i rozwijanie rozwiązań w oparciu o C#
- projektowanie, programowanie, wdrażanie i testowanie baz danych oraz aplikacji.

12. dwoma Deweloperami odpowiedzialnymi za zadania:

- tworzenie i rozwijanie rozwiązań w oparciu o SQL;
- tworzenie i rozwijanie rozwiązań w oparciu o C#
- projektowanie, programowanie, wdrażanie i testowanie baz danych oraz aplikacji.

13. dwoma Architektami Systemowymi odpowiedzialnymi za zadania:

- projektowanie baz danych;
- tworzenie koncepcji przygotowania wymagań projektowych w zakresie zleconych do oprogramowania funkcjonalności.

14. dwoma Architektami Systemowymi odpowiedzialnymi za zadania:

- projektowanie baz danych;
- tworzenie koncepcji przygotowania wymagań projektowych w zakresie zleconych do oprogramowania funkcjonalności.

15. Architektem Systemowym odpowiedzialnym za zadania:

- identyfikacja i zarządzanie wymaganiami biznesowymi;
- przekładanie wymagań biznesowych na wymagania techniczne i wynikających z nich zmian na systemy informatyczne;
- analiza funkcjonalna i projektowanie architektury systemu na podstawie wymagań biznesowych;
- analiza wymagań pod kątem ich wykonalności.

16. dwoma Front-End Developerami odpowiedzialnymi za zadania:

- tworzenie i rozwijanie rozwiązań webowych;
- projektowanie, programowanie, wdrażanie i testowanie aplikacji webowych.

17. dwoma Back – End Developerami odpowiedzialnymi za zadania:

- tworzenie i rozwijanie rozwiązań w oparciu o Python;
- projektowanie, programowanie, wdrażanie i testowanie aplikacji.

Zgodnie z warunkami Umowy - § 12 – Zamawiający wymaga, by osoby wykonujące czynności określone w Załączniku nr 12 do Umowy były zatrudnione przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze pracy przez cały okres trwania Umowy. Jednocześnie Zamawiający przewidział w Umowie prawo do przeprowadzenia kontroli w zakresie zatrudnienia tych osób przez Wykonawcę a także możliwość wymierzenia kar umownych w przypadku, gdyby Wykonawca nie realizował zobowiązania określonego w § 12 ust. 1 Umowy., oraz możliwość odstąpienia od Umowy jeżeli obowiązki w tym zakresie nie będą realizowane.

W załączniku nr 12 do Umowy Zamawiający zamieścił opis czynności, co do których Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy przez okres trwania Umowy. Czynności te obejmują:

1. Opracowanie szczegółowej architektury WRÓT STATYSTYKI:

- a) na podstawie modelu MPPS;
- b) z uwzględnieniem zasad architektury korporacyjnej;
- c) z uwzględnieniem wymagań dokumentów strategicznych;
- d) z uwzględnieniem wymagań zarządzania danymi;
- e) z uwzględnieniem wymagań bezpieczeństwa informacji;
- f) z uwzględnieniem wymagań systemów zorientowanych na usługi oraz systemów w architekturze wielowarstwowej;
- g) na podstawie przeprowadzonej analizy wymagań funkcjonalnych.

2. Opracowanie analizy wymagań funkcjonalnych produktów;

3.Opracowanie projektów technicznych produktów na podstawie wymagań architektury WRÓT STATYSTYKI;

4.Projektowanie poszczególnych produktów projektu:

- a) projektowanie/tworzenie i programowanie poszczególnych komponentów programowych na podstawie specyfikacji wymagań, definicji architektury i projektu technicznego, zgodnie z przyjętymi normami i technologiami;
- b) projektowanie trwałego przechowywania i udostępniania danych przetwarzanych przez system informatyczny, zgodnie z wymaganiami i zdefiniowaną architekturą systemu informatycznego;
- c) projektowanie części systemu odpowiedzialnej za integrację z zewnętrznymi systemami informatycznymi;
- d) projektowanie interfejsu użytkownika, definiowaniu i utrzymywaniu wymagań dotyczących cech funkcjonalnych i нефункциональных interfejsu użytkownika;
- e) projektowanie komponentów z wykorzystaniem standardów WCAG 2.0 i open data.

5.Testowanie i wdrożenie poszczególnych produktów projektu

- a) instalacja komponentów na przygotowanej infrastrukturze technicznej;
- b) konfiguracja komponentów;
- c) planowanie i realizacja migracji części lub całości systemów informatycznych;
- d) stworzenie planu testów zgodnie ze specyfikacją wymagań, definicją architektury, projektem technicznym oraz przyjętymi technologiami;
- e) testowanie komponentów;
- f) opracowania dokumentacji dla użytkowników końcowych i administratorów.

Usługi te pokrywają się z opisem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 29 ust. 3a Pzp (z dnia obowiązującego na dzień wszczęcia Postępowania), 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.** Z zapisu wynika zatem, że Zamawiający nie ma w każdym przypadku i bezrefleksyjnie w przypadku zamówienia na usługi czy roboty budowlane wymagać, by osoby realizujące część lub wszystkie czynności w zakresie realizacji zamówienia zostały zatrudnione przez Wykonawcę na umowę o pracę. Aby postawić takie wymaganie i opisać je w Umowie, Zamawiający powinien najpierw ustalić, czy wykonywanie badanych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w przepisach kodeksu pracy – to jest wykonywaniu pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę.

Zgodnie z orzeczeniem Izby „Ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) 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 spoczywa obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności.**” (KIO 191/17) „(...) celem art. 29 ust. 3a ustawy było nałożenie na zamawiających **obowiązku oceny, czy czynności, które będą na jego rzecz wykonywane w ramach realizacji zamówienia publicznego, powinny być wykonywane w ramach stosunku zatrudnienia na umowę o pracę, a które takiego charakteru nie mają i z ich specyfiki wynika, że będą świadczone w oparciu o umowy cywilnoprawne jak np. zlecenie, umowa o dzieło, czy kontrakt menedżerski.** Jeśli na zamówienie publiczne składają się czynności, których realizacja odpowiada stosunkowi pracy, wówczas zamawiający ma obowiązek wskazać je w opisie przedmiotu zamówienia oraz

wyegzekwować od wykonawcy, aby w ramach ich świadczenia zatrudniał on pracowników w rozumieniu Kodeksu pracy” (KIO 411/18).

Podobnie, w opinii dotyczącej art. 29 ust. 3a Pzp uwzględniającej wspólne stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z 28.4.2017 r. pn. Obowiązek zamawiającego określania 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 (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp>), jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy (art. 29 ust. 3a Pzp) wskazano, że **"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 KP. Po ustaleniu przez zamawiającego, które czynności w ramach realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy zgodnie z art. 22 § 1 KP, jest on zobligowany do określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia"**.

Obowiązek ten również powinien być realizowany w kontekście zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, to jest zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości i nie być używany jako narzędzie do ograniczenia dostępności zamówienia publicznego poprzez faworyzowanie podmiotów realizujących zamówienia w określonym modelu biznesowym, chociaż nie wynika to z charakteru realizowanych prac.

W dniu 7 stycznia 2020 roku Odwołujący skierował do Zamawiającego zapytanie i wnioski o dostęp do dokumentacji Postępowania, w szczególności wyniku badania o jakim mowa w powołanych wyżej orzeczeniach i opinii. Odwołujący wskazał również, że zakres czynności wskazanych przez Zamawiającego w Załączniku nr 12 do Umowy pokrywa się z zakresem prac objętych przedmiotem zamówienia.

W dniu 8 stycznia Zamawiający zamieścił na stronie internetowej dotyczącej Postępowania informację w brzmieniu *„Zgodnie z treścią SIWZ Wykonawca ma obowiązek zapewnić grupę ekspertów do realizacji przedmiotu zamówienia tj. świadczenia asysty technicznej. Realizacja wniosków o asystę będzie polegała na wykonywaniu prac informatycznych przez Wykonawcę, wskazanych w OPZ. Biorąc pod uwagę potencjalne trudności wykonawców przy zatrudnianiu ekspertów IT, Zamawiający zmodyfikuje SIWZ w tym zakresie. Modyfikacja SIWZ zostanie udostępniona na stronie Pełnomocnika zamawiającego.”* Do dnia złożenia niniejszego odwołania zmiana taka nie została jednak dokonana. Zamawiający jednocześnie nie wskazał ani nie udostępnił wnioskowanej dokumentacji zawierającej analizę uzasadniającą wprowadzenie w Umowie zapisów o wymogu zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących określone czynności. Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie, gdyż upływ ustawowego terminu na wniesienie odwołania w zakresie treści SIWZ (w tym Umowy) oraz brak informacji co do treści i sposobu zapowiedzianej przez Zamawiającego zmiany, nadal naraża go na naruszenie interesu polegającego na złożeniu oferty w Postępowaniu.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że istotą wniosku Odwołującego nie jest możliwość czy trudność przy zatrudnianiu ekspertów IT, ale istota usług jakie świadczą i ich charakter. Odwołujący wyjaśnia, że istnieją na rynku co najmniej dwa modele biznesowe przedsiębiorców (wykonawców) umożliwiające ubieganie się o udzielenie zamówienia. Jeden z nich, dotyczący części podmiotów realizujących zamknięte projekty informatyczne, zakłada najczęściej, ale nie wyłącznie, zatrudnianie osób na podstawie umowy o pracę. Drugi model, bardziej uwspółcześiony, to podmioty świadczące tzw. usługi bodyleasingowe, polegające na wynajmie wyspecjalizowanych inżynierów

(konsultantów) w różnych modelach rozliczenia (fixed price i time&material) do zamawiającego outsourcingowego usługi określonego typu. Taki model biznesowy prowadzony jest w oparciu o tworzone bazy danych osób o określonych specjalnościach, doświadczeniu i wykształceniu bądź stałych współpracowników na zasadzie B2B. Osoby wpisane do takiej bazy mogą być jednocześnie pracownikami, współpracownikami innych podmiotów, jak również mogą prowadzić własną działalność gospodarczą. Wiedzą powszechną jest to, że specjaliści takiej klasy jak wskazane w SIWZ dla poszczególnych ról, nie pozostają w stosunku pracy na podstawie umowy o pracę, ale raczej świadczą swoje usługi w ramach innych dopuszczalnych prawem form, w tym samozatrudnienia. Nie to jest jednak istotą wątpliwości Odwołującego ale to, czy Zamawiający dokonał odpowiedniej analizy i podstawy na jakiej doszedł do wniosku, że charakter czynności realizowanych w ramach zamówienia i opisanych w Załączniku 12 (czyli praktyczne całość merytorycznych prac w ramach zamówienia) będzie polegała na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 KP. Obawę Odwołującego budzi też to, czy Zamawiający dokonując zapowiedzianej modyfikacji zrezygnuje z wymogu zatrudnienia na umowę o pracę w części czy w stosunku do wszystkich czynności wskazanych w Załączniku nr 12. Zamawiający może nałożyć obowiązek zatrudniania określonych osób na umowę o pracę wyłącznie w sytuacji, gdy jeżeli wykonanie określonych przez Zamawiającego czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy, to jest wykonywaniu pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Istotnymi elementami, które odróżniają sposób wykonywania umowy o pracę od innych rodzajów umów jest fakt wykonywania tej umowy pod nadzorem (kierownictwem) pracodawcy oraz narzucanie przez pracodawcę czasu i miejsca wykonywania umowy. Jeżeli dla wykonania przedmiotu zamówienia niezbędny jest taki właśnie sposób wykonania niektórych lub wszystkich czynności, zamawiający ma obowiązek wymagać, aby czynności te były wykonywane przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Ponieważ charakter tych czynności jest analogiczny i ich realizacja nie odbywa się pod merytorycznym kierownictwem Wykonawcy, ale w oparciu o ekspercką wiedzę, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ co do tych osób, a także w miejscu wskazanym przez Zamawiającego a nie Wykonawcę, w żadnym przypadku nie dochodzi do wykonywania pracy w rozumieniu art. 22 § 1 KP.

Powołana wyżej opinia Prezesa UZP dotycząca art. 29 ust. 3a Pzp jednoznacznie wskazuje, że w przypadku usług informatycznych, świadczonych np.: przez programistów, integratorów systemów etc., w szczególności, realizowanych 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, czynności wykonywane przez te osoby nie polegają na świadczeniu pracy. Z kolei inne czynności informatyczne (np. polegające na usłudze help-desku) mogą już mieć charakter czynności polegających na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Analizując przedmiot zamówienia oraz postawione przez Zamawiającego wymagania dotyczące:

- kwalifikacji osób mających potwierdzić spełnianie warunku udziału w Postępowaniu,
- kwalifikacji osób dedykowanych do realizacji przedmiot zamówienia w określonych rolach,
- zakazu łączenia ról przez poszczególne osoby dedykowane do realizacji przedmiotu zamówienia,
- procedur wymiany osób dedykowanych do realizacji zamówienia określonych w Umowie oraz
- porównania przedmiotu zamówienia oraz zakresu czynności określonych w Załączniku nr 12 do Umowy,

Odwołujący wskazuje, że zachodzą wszelkie okoliczności do tego, by nie tworzyć takiego warunku w przypadku Postępowania, gdyż nie zachodzi okoliczność określona w art. 29 ust. 3a Pzp, a wprowadzenie takich zapisów do Umowy faktycznie może prowadzić do ograniczenia konkurencji.

Odwołujący wskazuje jednocześnie, że zakres usług wskazany w Załączniku 12 do Umowy w 100% pokrywa się z pkt IV Załącznika 1 do SIWZ „Szczegółowy zakres zadań Wykonawcy w

ramach niniejszego Zamówienia.” Oznacza to, że Zamawiający zakłada, że całość prac merytorycznych dotyczących zamówienia miałby być realizowana przez osoby zatrudnione na umowę o pracę. Jednocześnie ani charakter tych usług ani możliwość ich realizacji nie wymagają, dla ich należytej realizacji, konieczności istnienia stosunku pracy. Tym bardziej, że Zamawiający wskazuje w § 4 ust. 5 i 6 Umowy, że przedmiot umowy nie koniecznie będzie realizowany w siedzibie Wykonawcy, a może być realizowany w innych miejscach, również takich które to Zamawiający uzna za najbardziej odpowiednie ze względu na charakter pracy wykonywanej w ramach umowy. Zamawiający przewidział również, że przedmiot zamówień może być realizowany poza godzinami jego pracy (§ 4 ust. 8 Umowy), nie przewidując jednak z tego tytułu dodatkowego wynagrodzenia, jakie byłoby należne w przypadku gdyby usługi te były realizowane na podstawie umowy o pracę (nawet z Wykonawcą).

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o wykreślenie z Umowy zapisów:

- § 12 Umowy w całości,
- Załącznika nr 12 w całości
- w § 10 Umowy ust. 8 oraz ust. 9
- w § 15 Umowy ust. 2 pkt 6
- w Załączniku nr 3 Protokół kontroli wykreślenia w tytule i w treści zapisów w brzmieniu: „oraz osób, o których mowa w § 12 ust. 1 Umowy, wykonujących czynności określone Załączniku nr 12 do Umowy, w stosunku do których istnieje obowiązek zatrudnienia ich na umowę o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy”.

Alternatywnie Odwołujący wnosi o przedstawienie przez Zamawiającego dokumentu Postępowania z którego wynikać będzie analiza dokonana przez Zamawiającego przed wszczęciem Postępowania z której wynikać będzie, że istnieją uzasadniona konieczność zatrudniania przy realizacji czynności określonych w Załączniku nr 12 do Umowy, to jest w całym zakresie czynności merytorycznych objętych Załącznikiem nr 1 do SIWZ, osób na podstawie umowy o pracę, o który Odwołujący wnioskował w dniu 7 stycznia 2021 roku, a który nie został mu przez Zamawiającego przedstawiony.

W zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy ustawy Pzp, należy uznać, iż niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne. Odwołujący wnosi jak w petitum niniejszego odwołania, dodatkowo zastrzegając możliwość przedstawienia dalszych argumentów podczas rozprawy.

Odwołujący wniósł wpis w wysokości 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100).

Zgodnie z art. 514 ust. 2 Pzp Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu.

W imieniu Odwołującego:

Monika Szarafińska – Zajdowicz
Radca prawny

W załączeniu:

- 1) kopia aktualnego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego
- 2) pełnomocnictwo konsorcjalne oraz osobowe dla składającego odwołanie wraz z opłatami skarbowymi
- 3) potwierdzenie wniesienia wpisu od odwołania,
- 4) potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu
- 5) pismo Zamawiającego z dnia 8 stycznia 2021 roku