



Urząd Pracy
m.st. Warszawy



Numer sprawy: 10/2015

Znak pisma: OA.C.ZP.222.211.JGK.2015

Warszawa, dn. 25.08.2015 r.

Do wszystkich Wykonawców

**WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA
W POSTĘPOWANIU PROWADZONYM W TRYBIE PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO NA
ŚWIADCZENIE USŁUG POCZTOWYCH W OBROTCIE KRAJOWYM I ZAGRANICZNYM
DLA URZĘDU PRACY M.ST. WARSZAWY.**

Zamawiający: Miasto st. Warszawa – Urząd Pracy m.st. Warszawy, działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) informuje, że w dniu 21 sierpnia 2015 r. wpłynęło pytanie dotyczące treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ do ww. postępowania.

Treść pytania wraz z wyjaśnieniem Zamawiający zamieszcza poniżej.

w nawiązaniu do wprowadzonych w dniu 20 sierpnia br. (numer sprawy: 10/2015, znak pisma: OA.C.ZP.222.209.TK.2015) zmian w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym ze zdziwieniem i zaniepokojeniem przyjęła zgodę na modyfikację SIWZ w zakresie czynnika społecznego.

Dwa ostatnie wyroki Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące odwołania złożonego przez firmy w postępowaniach przetargowych Państwowej Inspekcji Pracy (sygn. akt. KIO 1607/15 z dnia 5 sierpnia br.) oraz Urzędu Dozoru Technicznego (sygn. akt. KIO 1688/15 z dnia 19 sierpnia br.) jednoznacznie odrzuciły wnioski odwołującego w zakresie zarzutów dotyczących rzekomej nieuczciwej konkurencji oraz nierównego traktowania wykonawców w zakresie odnoszącym się do kryterium oceny ofert „zatrudnienie na podstawie umowy o pracę” w oparciu o ilość pracowników zatrudnionych na umowę o pracę. Jednocześnie KIO w postępowaniu UDT (sygn. akt. KIO 1688/15 z dnia 19 sierpnia br.) zakwestionowało zasadność stosowania kryterium społecznego opierającego się na porównaniu procentowego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

W zadanych pytaniach do SIWZ jedna z firm wskazuje, iż przyjęty przez Zamawiającego sposób opisu i liczenia kryterium społecznego faworyzuje która jako jedyny może uzyskać maksymalną ilość punktów w tym kryterium, co uniemożliwia innym zamawiającym nawiązanie konkurencji.

Zaznaczenia wymaga jednak fakt, iż przedsiębiorcy zatrudniający na podstawie umowy o pracę ponoszą, bowiem znacznie większe koszty od przedsiębiorców angażujących personel w inny sposób, bowiem funkcje gwarancyjne stosunku pracy, takie jak ustawowe wynagrodzenie minimalne, zabezpieczenie w razie choroby, wypadku lub zwolnienia generują koszty po stronie przedsiębiorcy (tak również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1040/15, KIO 1043/15). Co za tym idzie, firmy nie zatrudniające na umowę o pracę tak jak jest to w przypadku . . . uzyskują naturalną przewagę w kluczowym dla Postępowania kryterium, tj. kryterium ceny.

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, że zastosowanie kryterium społecznego w kształcie zaproponowanym przez Zamawiającego, nie tylko realizuje cele ustawowe przewidziane w nowelizacji ustawy Pzp z 2014 r. (ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, Dz. U. dnia 18 września 2014 r., dalej jako „ustawa nowelizująca”), ale ukształtowane jest przy tym w taki sposób, że nie można mówić w żadnym razie o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców. Co więcej, nie można mówić o preferowaniu wskazanym kryterium jedynie operatora wyznaczonego, gdyż każdy z podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia ma swobodę w kształtowaniu swojej polityki zatrudnienia.

Wreszcie, w żadnym wypadku nie można zgodzić się z poglądem zadającego pytanie, że zastosowane kryterium prowadzi do iluzoryczności konkurencyjności w przedmiotowym Postępowaniu poprzez faworyzowanie . . .

Po pierwsze podkreślenia wymaga to, że celem wprowadzenia kryteriów społecznych do kryteriów oceny ofert, zrealizowanym poprzez znowelizowane brzmienie art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, było premiowanie tych wykonawców, którzy w swojej działalności respektują zasady praworządności i dbałości o dobro wspólne i wyrównywanie ich szans w przetargach, w których konfrontują się z wykonawcami obniżającymi koszty swojej działalności kosztem wartości istotnych z punktu widzenia interesu państwa. Naturalną konsekwencją takiej postawy i dysponowaniem personelem zatrudnionym na podstawie umowy o pracę jest bowiem to, że zwiększają się koszty świadczenia danej usługi. Po drugie, społeczne kryterium oceny ofert w postaci zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, ma w takiej sytuacji niwelować dysproporcję związaną z możliwością wyceny usług, występującą pomiędzy podmiotami zatrudniającymi pracowników na podstawie umowy o pracę a tymi, którzy nakaz z art. 22§11 Kodeksu Pracy omijają. W związku z tym, posługiwanie się kryteriami społecznymi przy ocenie ofert umożliwia pełną realizację tej zasady i rzeczywistą konkurencję między operatorami pocztowymi.

Tożsame stanowisko zajęła Krajowa Izba odwoławcza w wyroku z dnia 4 grudnia 2014 r. (sygn. akt KIO 2354/14), gdzie Izba oddalając zarzut niezgodnego z prawem wprowadzenia do treści SIWZ kryterium oceny ofert w postaci liczby pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, wskazała co następuje: *“W ocenie Izby nieuzasadnione są twierdzenia Odwołującego o ograniczającym konkurencję charakterze wskazanego kryterium oceny ofert. Odwołujący na potwierdzenie tego stanowiska powoływał się na preferowanie w tym zakresie podmiotu, który do niedawna był monopolistą na polskim rynku usług objętych przedmiotem zamówienia (Poczta Polska S.A.), który - w przeciwieństwie do Odwołującego - zatrudnia na podstawie umowy o pracę dużą ilość osób. Wskazywał też, że takiego rodzaju kryterium*

(ograniczające konkurencję) musi znaleźć uzasadnienie w celach prowadzonego postępowania, co powinien uzasadnić Zamawiający. Podkreślił, że w jego ocenie – cele te zostaną zrealizowane niezależnie od opisanego w SIWZ kryterium oceny ofert, także poprzez zapewnienie oddzielenia do realizacji przedmiotowego zamówienia osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych. Zdaniem Izby Odwoławczy nie wykazał w żaden sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Naturalnym stanem rzeczy jest sytuacja, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy konkurują ze sobą na zasadach uczciwej konkurencji, w oparciu o różne kryteria oceny ofert opisane przez Zamawiającego. Obecnie ustawodawca w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp wprowadził nawet co do zasady obowiązek stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert. Naturalnym także jest, że jednego rodzaju kryteria spełniają „lepiej” jedni wykonawcy, a inni „gorzej”. Taki bowiem jest charakter kryteriów oceny ofert. Zamawiający w oparciu o przepisy ustawy Pzp nie ma obowiązku precyzowania kryteriów oceny ofert w taki sposób, aby w równym stopniu spełniać oczekiwania każdego z wykonawców na danym rynku dostaw, usług czy robót budowlanych. Powyższe mogłoby nawet prowadzić do ograniczenia możliwości praktycznego wykorzystania przez Zamawiającego pozacenowych kryteriów oceny ofert w postępowaniu. Byłoby to sprzeczne z celem, jaki ustawodawca założył przy tworzeniu aktualnie obowiązujących w tej mierze przepisów ustawy Pzp. Zastosowanie przez Zamawiającego tego rodzaju kryterium oceny ofert stanowi także odpowiedź na oczekiwania ustawodawcy co do stosowania przez zamawiających kryteriów o charakterze społecznym (art. 91 ust. 2 ustawy Pzp) i preferowania stosunku pracy dla osób fizycznych, które faktycznie wykonują prace związane z realizacją zamówienia publicznego. Kwestionowane przez Odwołującego kryterium oceny ofert ma przypisaną wagę procentową na poziomie 10%, co – zdaniem Izby – pozwala wykonawcom, którzy nie preferują w swojej polityce biznesowej stosunków pracy w oparciu o Kodeks pracy, na konkurowanie w postępowaniu z innymi wykonawcami w oparciu o pozostałe kryteria oceny ofert określone w SIWZ, w tym przede wszystkim kryterium cenowe. Nie można także zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że kryterium to ma na celu wyłącznie preferowanie konkretnego wykonawcy, który będzie mógł wykazać do realizacji zamówienia nieograniczoną ilość osób, bez względu na faktyczne zapotrzebowanie w tym zakresie związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Kwestionowane kryterium oceny ofert odnosi się bowiem wprost do pracowników, którzy będą wykorzystywani ściśle do realizacji niniejszego zamówienia. Na powyższe wskazują wymagany na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego szczegółowy wykaz osób, a także postanowienia umowne, które dają prawo Zamawiającemu badania powyższego także na etapie realizacji zamówienia. Z tych też względów Izba uznała, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanego w zakresie tego zarzutu w odwołaniu przepisu ustawy Pzp (art. 7 ust. 1)”

Propozycja zmiany kryterium

Zamawiający w kryterium „zatrudnienie na podstawie umowy o pracę” będzie punktował liczbę osób zatrudnionych w działalności organizacyjnej Wykonawcy (konkretną liczbę!) na podstawie umowy o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, które wykonawca zobowiąże się zatrudniać przez cały okres trwania umowy w sprawie zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, iż przez „działalność operacyjną” należy rozumieć działalność Wykonawcy związaną z realizacją usług objętych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, że kryterium to odnosi się do osób zaangażowanych w realizację zamówienia, a nie całego wolumenu osób zatrudnionych u wykonawcy. Ukształtowanie kryterium, które zostało zakwestionowane w pytaniach do SIWZ, jest jak najbardziej prawidłowe i w pełni wyraża cele kryterium społecznego, jakim jest niewątpliwie jak najszersze i najliczniejsze zatrudnienie na umowach o pracę, ponieważ daje Zamawiającemu możliwość realnego zweryfikowania, czy wykonawca faktycznie posługuje się przy realizacji przedmiotowego zamówienia, osobami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, w ilości wskazanej w formularzu ofertowych.

Opis propozycji i sposób oceny kryterium społecznego, w którym wykonawcy będą wskazywali % osób zatrudnionych przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę w stosunku do ogółu zatrudnionych przez tego wykonawcę jest nieprecyzyjny, ale także niemierzalny, dająca możliwość wykonawcom możliwość manipulowania tym kryterium, ponieważ wymaga wskazania % liczby osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę od pewnej nieokreślonej liczby ogółu zatrudnionych. Nie ulega wątpliwości, iż tak sformułowane kryterium jest dla pytającego korzystne z uwagi na fakt, iż Zamawiający nigdzie nie określił liczby minimalnej pracowników, którzy powinni uczestniczyć w realizacji zamówienia. Oczywiście, wymóg taki byłby nadmierny ponieważ ingerowałby w organizację pracy poszczególnych wykonawców. Natomiast jego brak powoduje, że wskazanie w kryterium jedynie % osób zatrudnionych (generalnie) przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę, jest wymogiem abstrakcyjnym, uniemożliwiającym porównanie ofert, a przez to naruszającym zasady uczciwej konkurencji oraz nie realizującym celu jaki zakłada Zamawiający formułując kryterium społeczne (co potwierdzają wcześniej przytoczone wyroki KIO 1607/15 oraz 1688/15). Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż przyjęte przez zamawiającego kryterium społeczne, określone w sposób analogiczny jak w przypadku kryterium społecznego zamieszczonego w pierwotnej formie w SIWS przez Zamawiającego, było kryterium prawidłowym, realizującym zasadę konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców. W konsekwencji również Izba przychyliła się do argumentacji

iz zaproponowane przez odwołującego kryterium, tj. odnoszące się do % liczby osób zatrudnionych na umowę o pracę ma charakter niemierzalny i abstrakcyjny (wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1607/15 w załączeniu).

Reasumując, proponowany sposób obliczania punktów w kryterium „zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”, polegający na dokonywaniu oceny % osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w stosunku do ogółu zatrudnionych, daje możliwość matematycznej manipulacji, a przy tym narusza zasady uczciwej konkurencji, czy równego traktowania wykonawców. Ponadto propozycja nowego kryterium jest niejasna i nieprecyzyjna oraz nie pozwala na obiektywną ocenę ofert wykonawców.

Dodatkowo pragniemy podkreślić, że zgodnie z zaleceniami Szefa Kancelarii Premiera Rady Ministrów wspieranej przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, skierowanymi do dyrektorów generalnych urzędów, zwraca się uwagę na to, by w tych jednostkach zamówienia publiczne służyły stabilności zatrudnienia Polaków poprzez stosowanie klauzuli społecznej. Klauzule społeczne są rozwiązaniem, pozwalającym skończyć z dualizmem rynku pracy, a konkurencyjność nie może się opierać na niestabilności zatrudnienia.

W dokumencie wydanym przez Radę Ministrów podkreślono konieczność nowego podejścia do zamówień publicznych. Ma to związek z faktem, że znaczna część środków publicznych, przeznaczanych corocznie przez administrację na finansowanie zakupu towarów i usług oraz robót budowlanych, ma bezpośredni wpływ na realizację celów społecznych i gospodarczych państwa. Zamówienia publiczne mają również swój wymiar społeczny, dotyczący m.in. możliwości zatrudnienia i godnej pracy, integracji społecznej czy wyrównywania szans.

Z tego względu instytucje publiczne, przy zamawianiu określonych między innymi usług powinny brać pod uwagę nie tylko najkorzystniejszą relację jakości do ceny, ale również wspierać realizację polityk społecznych.

Zamawiający w celu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę powinni wymagać, aby osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia lub usługi, o ile nie jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem czynności, były zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

Jednocześnie Minister Finansów zleci w 2016 r. przeprowadzenie audytu wewnętrznego w zakresie stosowania klauzul społecznych w zamówieniach publicznych oraz przedstawi jego wyniki Radzie Ministrów.

Biorąc pod uwagę powyższe, a przede wszystkim wyroki KIO w sprawach Państwowej Inspekcji Pracy (sygn. akt. KIO 1807/15 z dnia 5 sierpnia br.) oraz Urzędu Dozoru Technicznego (sygn. akt. KIO 1688/15 z dnia 19 sierpnia br.) zwracamy uwagę, że zmiana kryterium społecznego na opierające się na ocenie % osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w stosunku do ogółu zatrudnionych jest niewłaściwe i narusza zasady uczciwej konkurencji. W związku z powyższym wnioskujemy o utrzymanie pierwotnego sposobu obliczania kryterium społecznego, a z uwagi na jego ważny aspekt społeczny zwiększenie jego wagi do poziomu 15 – 20%.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 21.08.2015 r. o sygn. OA.C.ZP.222.210.TK.2015 dotyczące kryterium oceny ofert nr 4 tj. procent osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, które będą świadczyć dla Zamawiającego usługę związaną z bezpośrednim doręczaniem przesyłek pocztowych, z ogólnej liczby wszystkich zatrudnionych osób, które będą świadczyć dla Zamawiającego usługę związaną z bezpośrednim doręczaniem przesyłek pocztowych – 10 pkt.

Kierownik
Działu Organizacyjno-Administracyjnego


Dorota Klaus