Toruń, 20.06.2023

Do wszystkich Wykonawców:

Dotyczy postępowania na: „Przeprowadzenie zajęć terapeutycznych dla dzieci w ramach realizacji zadań z zakresu administracji rządowej wynikających z programu kompleksowego wsparcia dla rodzin „Za życiem" nr 2/2023

W związku z wnioskiem o wyjaśnienie SWZ, który wpłynął do Zamawiającego od Uczestnika postępowania, Zamawiający udziela odpowiedzi jak poniżej.

Treść wniosku:

Wniosek wykonawcy o wyjaśnienie swz , zmianę zapisów warunków swz oraz zmianę terminu składania ofert

Zgodnie z art. 284 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2022r. poz. 1710 ze zm. zwanej dalej "p.z.p.", wykonawca zwraca się z dodatkowym wnioskiem o wyjaśnienie swz w następującym zakresie:

Wniosek - stanowisko Wykonawcy

Wniosek dotyczy: SWZ część I, ust. 4 pkt. 5)
„5) Zamawiający wskazuje, że z uwagi na charakter zamówienia zgodnie z art. 95 PZP wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności następujące 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: prowadzenie zajęć i treningów objętych zamówieniem."

Zgodnie z tym zapisem Wykonawcy realizujący ww. zamówienie byliby podzieleni na dwie grupy:

a) **firmy zatrudniające do realizacji zamówienia terapeutów – podwykonawców ,**
b) **osoby fizyczne (nauczycieli) , którzy będą wykonywać projekt osobiście.**

Zgodnie z takimi zapisami w SWZ firmy zatrudniające do realizacji zamówienia terapeutów – podwykonawców, musiałyby ich zatrudniać na zasadzie UMOWY O PRACĘ.
Natomiast osób fizycznych (nauczycieli) , którzy będą wykonywać projekt osobiście (z

racji nie zatrudniania podwykonawców) nie będzie obowiązywał Kodeks Pracy i będą współpracować z Zamawiającym na zasadzie umowy – zlecenie lub umowy współpracy (B2B).

Stanowisko Wykonawcy: Co te zapisy w praktyce oznaczają dla tych dwóch grup Wykonawców ?

1. **Czas pracy pracowników / zleceniobiorców** .

   1.1. Zatrudnienie w tym projekcie osób – terapeutów **na zasadzie umowy o pracę** poprzez firmy- Wykonawców oznaczać będzie, że bardzo trudno będzie określić wymiar czasu pracy dla pracowników - terapeutów. Warunki konkursowe określają tylko w przybliżeniu **maksymalny wymiar czasu dla specjalisty** (określone jest to w projekcie jako **„nie więcej niż.... godzin pracy na dany typ zajęć"**) a faktyczny czas pracy będzie prawdopodobnie znacząco mniejszy – do 20% mniej. Nieznany jest także faktyczny harmonogram czasu pracy terapeutów . W konsekwencji Wykonawca podpisując umowę o pracę z terapeutą i chcąc ustalić wymiar czasu pracy z pracownikiem i jego wynagrodzenie, będzie musiał to **robić „z naddatkiem"**, dodając do kalkulacji prawdopodobnie o **min. 10 – 20 %** liczbę godzin w stosunku do faktycznie potem zrealizowanej .

   1.2. **Natomiast osoby fizyczne (nauczyciele)** , którzy będą wykonywać projekt osobiście i będą realizować projekt na zasadzie umowy- zlecenie z Zamawiającym i **nie będą musieli ponosić tego rodzaju dodatkowych kosztów** (w stosunku do firm zatrudniających pracowników) i będą miały płaconą stawkę za każde zrealizowane zajęcie, bez dodatkowych „narzutów" i kosztów.

   Efekt końcowy 1 : W rezultacie koszty związane z tym punktem umowy, ponoszone przez **osoby fizyczne (nauczycieli) , którzy będą wykonywać projekt osobiście**, będą **niższe o około 10-20%** w stosunku do firm zatrudniających pracowników.

2. **Koszty obsługi umowy o pracę / umowy – zlecenie** .

   2.1. Koszty ponoszone przez pracodawcę związane w zatrudnianiem na zasadzie umowy o pracę pracowników są **zdecydowanie wyższe** niż koszty związane z realizacją umowy- zlecenie. Bez wdawania się w szczegóły (które są ogólnie znane) koszty działalności gospodarczej – tj. podatki i inne daniny, ponoszone przez firmy zatrudniające pracowników będą wyższe o około **10-30%** od kosztów ponoszonych przez Zleceniobiorców.
   Dodatkowo konieczność okresowego ponoszenia przez pracodawców dodatkowych płatności związanych z: **urlopami, chorobowymi , „macierzyńskim" , wynagrodzeniem w okresie wypowiedzenia ,** powoduje ze firmy zatrudniające pracowników ponoszą w rezultacie wyższe koszty od realizacji projektu na zasadzie umowy – zlecenie (nawet o kilkanaście – kilkadziesiąt procent) .

   Efekt końcowy 2 : W rezultacie koszty związane z tym punktem umowy, ponoszone przez **osoby fizyczne (nauczycieli) , którzy będą wykonywać projekt osobiście** , będą **niższe od 10% do nawet 40%** w stosunku do firm

zatrudniających pracowników

Efekt końcowy 3. Po analizie punktu 1. i 2. wyraźnie widać ze podmioty związane tylko umowa - zlecenie ze Zleceniodawcą ponoszą na końcu ZDECYDOWANIE NIŻSZE koszty działalności (szacowane nawet do 50% wszystkich kosztów) w stosunku do firm zatrudniających pracowników.

W rezultacie **osoby fizyczne (nauczyciele) , którzy będą wykonywać projekt osobiście**, z racji tak nierównych warunków finansowych udziału w przetargu **(ich koszty są ZDECYDOWANIE NIŻSZE , nawet do 50% w stosunku do firm zatrudniających pracowników - podwykonawców)** są w **ZDECYDOWANIE UPRZYWILEJOWANEJ SYTUACJI w tym postępowaniu !**

3. Wykonawca wskazuje, że obecne zapisy SWZ **ZDECYDOWANIE** nie gwarantują **równego traktowania wszystkich wykonawców – premiują osoby fizyczne (tzw. „swoich nauczycieli" powiązanych z Zamawiającym) a dyskryminują wszystkich innych wykonawców (osoby prawne, spółki cywilne, które dodatkowo zatrudniają podwykonawców).**

4. **Chcąc zapewnić równość wszystkich stron postępowania, w związku z wyżej opisaną sytuacją , Wykonawca, wnosi o zmianę w tym zakresie, tak aby:**

a) wykreślić wymóg zatrudnienia na umowę o pracę i dopuścić zatrudnienie na umowę zlecenia przez WSZYSTKIE podmioty startujące w przetargu (zarówno osoby fizyczne – nauczycieli jak i firmy zatrudniające podwykonawców),
albo :
b) także z wybranymi osobami fizycznymi wykonującymi przedmiot umowy osobiście wprowadzić obowiązek zawarcia umowy o pracę przy wykonywaniu tych usług ;

Jest to tym bardziej oczywiste, ze w zdecydowanej większości przetargów „Za życiem" ogłoszonym **dotychczas na BIP** (za rok 2023) warunki przetargowe są określane przez Zamawiających w taki sposób **, ze wszystkie podmioty są traktowane tam JEDNAKOWO** i nie ma wymogów zatrudniania przez tylko przez niektóre podmioty na zasadzie umowy o pracę (a preferowania innych **podmiotów – nauczycieli , w oczywisty sposób powiązanych z Zamawiającym)**

5. Wykonawca zwraca uwagę, że Zamawiający, który pozwoliłby na takie zasady współpracy z Wykonawcami, dopuściłby się naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych, w szczególności: **art. 16 pkt 1 (uczciwa konkurencja i równe traktowanie), art. 17 ust. 3 (bezstronność i obiektywizm),** poprzez:
-nierówne traktowanie oferentów, tzn. preferowania oferentów lokalnych w postaci osób fizycznych - nie prowadzących działalności gospodarczej;

W konsekwencji powyższych naruszeń Zamawiający doprowadziłby do sytuacji **bezpodstawnego uniemożliwienia udziału w postępowaniu części wykonawców, którzy są osobami prawnymi, spółkami cywilnymi, itp., i którzy zatrudniają terapeutów wykonujących tzw. wolne zawody – na podstawie umów cywilnoprawnych.**

Ponadto z ostrożności wskazuje się, że wymóg określony w SWZ jest po części niekompatybilny z projektem umowy przez brak konkretnego określenia zatrudnienia

(wymiaru etatu).

6.Wyjaśnienie końcowe. – dotyczące realizacji zamówienia przez konkretnego Wykonawcę : [redacted]

Wykonawca informuje , że poza wszystkimi wyżej wymienionymi faktami , w jego firmie ewidentnie i jednoznacznie **brak przesłanek określonych w art. 22 par.1 Kodeksu Pracy i dlatego Wykonawca –** [redacted] **, powinien współpracować z terapeutami – podwykonawcami jedynie na zasadzie umowy – zlecenie**.

Dlaczego ?
Wykonawca wskazuje , że charakter zamówienia nie spełnia warunków polegających na wykonywaniu pracy w sposób określony **w art. 22 par. 1 ustawy Kodeks pracy, (czyli pracy pod kierownictwem, w miejscu i czasie** wskazanym przez pracodawcę) ponieważ przy realizacji tego zamówienia nie zaistnieją przesłanki do zastosowania ww. przepisu Kodeksu pracy:
6.1 Nie jest to praca polegająca na wykonywaniu czynności **„pod kierownictwem"** pracodawcy, gdyż jej przedmiotem jest przeprowadzanie – zgodnie z określeniem podanym przez zamawiającego- **indywidualnych** zajęć terapeutycznych, uzależnionych od szeregu czynników, które określa **samodzielnie** terapeuta. Terapeuta **samodzielnie** przeprowadzi diagnozę dziecka, na podstawie której opracuje **samodzielnie** program terapii, który będzie jego autorskim dziełem itp., a następnie realizuje indywidualne zajęcia, zgodnie z zasadami sztuki ale w sposób **nie narzucony przez Wykonawcę** ;
6.2. Prowadzone terapie dla poszczególnych wskazanych/ skierowanych przez zamawiającego dzieci będą się różniły od siebie, a rodzaj działań terapeutycznych wobec dzieci określi każdorazowo odrębnie terapeuta; wykonawca w tym zakresie nie może w żaden sposób narzucić terapeucie rodzaju i formy działań terapeutycznych wobec różnych dzieci;
6.3. Zajęcia mogą być prowadzone **w różnych miejscach** na terenie Torunia, w tym w domach dzieci i mogą ulegać zmianie w trakcie trwania zamówienia. Wykonawca nie ustala terapeucie stałego miejsca prowadzenia zajęć; terapeuta , w uzgodnieniu z Zamawiającym, sam określi miejsce realizacji zajęć (tj. mogą to być sale zajęciowe u Zamawiającego lub miejsce zamieszkania dzieci lub sale w Toruniu o innej lokalizacji ale spełniające wymogi zamówienia).
6.4. Zajęcia **nie będą się odbywać w czasie wyznaczonym przez Wykonawcę**, ponieważ harmonogram zajęć będzie uzależniony od dyspozycyjności terapeutów - podwykonawców oraz dostępności sal u Zamawiającego a także czasu wolnego rodziców dzieci skierowanych na terapię i będzie **wypadkową tych trzech zmiennych**. Z praktyki wykonawcy realizującego jako podmiot podobne usługi na terenie całego kraju (na podstawie umów w ramach programu „Za Życiem") wynika, że terapeuci ustalając harmonogram zajęć dla dzieci muszą „dogadywać się" z ich rodzicami odnośnie godzin zajęć w zależności od ich czasu wolnego, wykonywania przez nich innych obowiązków, itp. oraz z Zamawiającym – w zależności od dostępności sal zajęciowych. Dlatego w niektórych przypadkach zajęcia mogą się odbywać w soboty w innych – nie, itp.
6.5. Zamawiający **nie określił** w projekcie SWZ, ani też w par. 2 **umowy** z wykonawcą – **stałej, pewnej liczby godzin wykonywania** zamówienia , podając tylko **maksymalną, możliwą do realizacji liczbę godzin** oraz minimalną podaną procentowo, jako 20% ilości maksymalnej . W praktyce uniemożliwia to wykonawcy zgodnego z Kodeksem pracy - określenia wymiaru etatu dla potencjalnego pracownika. Gdyby Wykonawca „uparł się" i

zawarł z terapeutą umowę o pracę na określony przez siebie wymiar czasu, takie działanie każdorazowo może narażać wykonawcę na naruszenie art. 29 par. 1 ust. 4) Kodeksu pracy i związane z tym sankcje nakładane przez Państwową Inspekcję Pracy.

6.6. Zamawiający w projekcie umowy sam określił w par.2 ust.7. , że : *„Wynagrodzenie Wykonawcy będzie płatne na rachunek bankowy w miesięcznych (miesiąc kalendarzowy) okresach rozliczeniowych, w terminie do 30 dni od daty dostarczenia prawidłowo wypełnionej przez Wykonawcę miesięcznej karty wykonania zadania, podpisanej przez Wykonawcę i zaakceptowanej przez Zamawiającego oraz prawidłowo wystawionej faktury/rachunku, w wysokości będącej iloczynem godzinowej stawki złotych brutto i* ***liczby godzin zajęć faktycznie przeprowadzonych w danym miesiącu.”*** Zamawiający zdaje więc sobie sprawę z tego, iż liczba zajęć w poszczególnych miesiącach **będzie różna, zmienna** - co jest typowe dla stosunku cywilnoprawnego stron umowy, a nie stosunku pracy.

6.7. Opis przedmiotu zamówienia oraz wykaz kodów CPV (np. 85 00 00 00-9 Usługi zdrowia i opieki społecznej; 85 31 25 00-4 - Usługi rehabilitacyjne) jednoznacznie wskazuje, iż usługi mogą wykonywać osoby- terapeuci prowadzący indywidualną działalność gospodarczą , jak tzw. wolne zawody (np. psycholodzy) i którzy rozliczać się będą z wykonawcą na zasadzie współpracy gospodarczej „Firma – firma”, gdzie umowa o pracę nie ma zastosowania.

7.Wniosek końcowy: W oparciu o argumenty zawarte w punktach 1-6. niniejszego pisma Wykonawca wnosi o taką zmianę w SWZ, tak aby jednoznacznie wykreślić wymóg zatrudnienia terapeutów – podwykonawców na umowę o pracę i dopuścić współpracę z nimi na zasadzie umowę zlecenia przez WSZYSTKIE podmioty startujące w przetargu, zwłaszcza [redacted]

Wykonawca wskazuje, że powyższe informacje zawarte w SWZ muszą być wystarczająco precyzyjne, aby umożliwić ustalenie charakteru i zakresu zamówienia oraz podjęcie decyzji co do złożenia oferty w postępowaniu.

Mając na uwadze, że informacje wskazane w SWZ, nie są dostatecznie precyzyjne i nie umożliwiają podjęcia decyzji co do złożenia oferty w tym postępowaniu (dopiero po otrzymaniu jednoznacznej odpowiedzi od Zamawiającego wykonawca będzie mógł podjąć ostateczna decyzję o uczestniczeniu / nie uczestniczeniu w przetargu i ewentualnym wniesieniu skargi do RIO), wykonawca wnosi o udzielenie stosownych wyjaśnień i uwzględnienia wniosku Wykonawcy a także wydłużenie terminu składania ofert z 21.06.2023r. do dnia 30.06.2023r.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający zauważa, że Uczestnik postępowania nie zwraca się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ zgodnie z zapisami art. 135 PZP tylko oczekuje zmiany jej treści.

W związku z powyższym wnioskiem Uczestnika postępowania Zamawiający dokonuje zmian w SWZ w następujący sposób:

I. wykreśla się zapisy SWZ w pkt. 4 ppkt 5

II. wykreśla się zapisy załącznika 5 do SWZ par. 7

III. wykreśla się zapisy SWZ w pkt. 28 i wprowadza w to miejsce zapisy:

28.Składanie ofert

1) Oferty należy składać do dnia **23 czerwca 2023 r. godz. 12.00** wyłącznie za pośrednictwem Platformy.
2) Składanie oferty, wysyłanie i odbieranie dokumentów elektronicznych, elektronicznych kopii dokumentów i oświadczeń oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu opisane zostały w rozdziale 27 SWZ.

IV. wykreśla się zapisy SWZ w pkt. 30 i wprowadza w to miejsce zapisy:

30.Związanie ofertą

1) Wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert (przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert), **do dnia 22 lipca 2023 r**. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.
2) W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, Zamawiający przed upływem terminu związania ofertą zwraca się do Wykonawców jednokrotnie o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 30 dni.

V. wykreśla się zapisy SWZ w pkt. 31 i wprowadza w to miejsce zapisy:

31. Otwarcie ofert

1) Otwarcie ofert nastąpi poprzez odszyfrowanie wczytanych na Platformie ofert w dniu **23 czerwca 2023 r. o godz. 13.00,** przy czym nie później niż dnia następnego po dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W przypadku awarii systemu teleinformatycznego, przy użyciu którego następuje otwarcie ofert, która powoduje brak możliwości otwarcia ofert w terminie określonym przez Zamawiającego, otwarcie ofert następuje niezwłocznie po usunięciu awarii.
2) Zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępni na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
3) Zamawiający, niezwłocznie po otwarciu ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje o:
   a) nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej bądź miejscach zamieszkania Wykonawców, których oferty zostały otwarte;
   b) cenach lub kosztach zawartych w ofertach.

Zamawiający informuje, że powyższe zmiany są wiążące dla Wykonawców i stanową integralną część specyfikacji warunków zamówienia.

Zamawiający dokonał aktualizacji SWZ o treści przedstawione powyżej i postanowił udostępnić uczestnikom postępowania jednolity tekst SWZ oraz jednolity załącznik nr 5 do SWZ.

Alicja Golon

Elektronicznie podpisany przez Alicja Golon
Data: 2023.06.20 20:47:45 +02'00'