



Oddział we Wrocławiu

Znak sprawy: 470000/271/25/2017-ZAP

UNP: 2018 - 00046125

Wszyscy wykonawcy

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na kompleksowe utrzymanie czystości w obiektach i na terenach zewnętrznych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział we Wrocławiu.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział we Wrocławiu, zwany dalej Zamawiającym informuje, że wpłynęło pytanie dotyczące Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej SIWZ). Zamawiający poniżej zamieszcza treść pytania wraz z odpowiedzią.

Pytanie:

W związku z przywołanym postępowaniem zwracam się z prośbą o wyjaśnienie, czy w związku z zastrzeżeniem osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę, tj. kompleksowe utrzymanie czystości wewnętrznych części budynków, z wyłączeniem prac okresowych Zamawiający dopuści wykonywanie wskazanego zakresu prac przez osoby zatrudnione przez agencje pracy tymczasowej, dla których Wykonawca będzie Pracodawcą Użytkownikiem?

W naszej ocenie bowiem postępowanie się przez wykonawcę przy wykonywaniu usług pracownikami tymczasowymi **nie stanowi podwykonawstwa**. Na gruncie ustawy Pzp podwykonawstwo należy pojmować zgodnie z przepisem art. 2 pkt 9b tej ustawy, tj. umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, **której przedmiotem** są usługi, dostawy lub roboty budowlane **stanowiące część zamówienia publicznego**, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Przedmiotem umowy, na podstawie której wykonawca będzie dysponował pracownikami tymczasowymi zatrudnionymi przez agencję pracy tymczasowej, jest tylko udostępnienie tych pracowników, a nie wykonanie części usług objętych zamówieniem publicznym, czy też choćby dostarczenie sprzętu, materiałów itp. niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego. Na podstawie umowy o udostępnianie pracowników tymczasowych, pracownicy tymczasowi wykonują swoje obowiązki pod kierownictwem i nadzorem Wykonawcy, który jako pracodawca użytkownik wykonuje obowiązki i korzysta z praw przysługujących pracodawcy, w zakresie niezbędnym do zorganizowania pracy z udziałem pracownika tymczasowego.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu „(...) kryterium wyróżnienia jest **część zamówienia**. Jeżeli więc na zobowiązanie wykonawcy, który zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego, składa się obowiązek spełnienia świadczeń różnego rodzaju, a umowa zawarta przez wykonawcę z innym podmiotem **obejmuje wykonanie niektórych świadczeń**, wyróżnionych co do ilości lub co do rodzaju, to należy uznać, że jest to umowa o podwykonawstwo” (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. VII, Lex).

W doktrynie podnosi się wprost, że „Postępowanie się zaś przez wykonawcę pracownikami tymczasowymi stanowi przejaw **osobistego** wykonywania zamówienia publicznego przez wykonawcę” (R. Szostak, *Podwykonawstwo i jego znaczenie prawne w zamówieniach publicznych*, Pzp 2013, Nr 1, s. 16).

Jak wskazuje liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, nie jest zasadne utożsamianie udostępnienia osób zdolnych do realizacji zamówienia przez inny podmiot z podwykonawstwem. Warto wskazać tu chociażby na wyrok z dnia 23.06.2010 r. sygnatura KIO/UZP 1117/10, który zawiera tezę „Podwykonawca jest podmiotem realizującym samodzielnie dającą się wyodrębnić część zamówienia. Nie można uznać za podwykonawstwo pełnienia funkcji w zespole składającym się z pracowników wykonawcy i pod jego bieżącym kierownictwem. Ustalenie, czy posłużenie się osobami udostępnionymi przez podmioty trzecie ma charakter podwykonawstwa, może nastąpić jedynie z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy, nieuzasadnione jest stawianie generalnej tezy, iż przypadek powierzenia osób zdolnych do realizacji zamówienia łączy się z podwykonawstwem.”

Mając na uwadze powyższe, wnosimy jak na wstępie.

Odpowiedź:

Zamawiający podziela pogląd wyrażony przez pytającego, iż postępowanie się przez Wykonawcę przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia pracownikami tymczasowymi w rozumieniu ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 360, ze zm.) nie stanowi podwykonawstwa zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.).

Jednakże Zamawiający nie dopuszcza postępowania się przez Wykonawcę pracownikami tymczasowymi zarówno w części zamówienia zastrzeżonej do osobistego wykonywania przez Wykonawcę, jak i w pozostałej, niezastrzeżonej części (z wyłączeniem osób określonych w części II SIWZ, Roz. IV, pkt 1). Wykonywanie przedmiotu zamówienia przez osoby zatrudnione przez agencje pracy tymczasowej nie spełnia wymogu wynikającego z brzmienia art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz z zapisów zawartych w części II SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, Roz. IV, pkt 1. Zamawiający wymaga bowiem na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, aby osoby wykonujące przedmiot zamówienia **były zatrudnione przez Wykonawcę lub Podwykonawcę przez cały okres wykonywania usługi, na podstawie umowy o pracę**, w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

Biorąc pod uwagę zasady wykonywania pracy tymczasowej uregulowane w ustawie z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych, zatrudniającym pracowników tymczasowych jest agencja pracy tymczasowej, która kieruje ich wyłącznie do wykonywania pracy tymczasowej na rzecz i pod kierownictwem pracodawcy

użytkownika (art. 2 pkt 2 ustawy). Stosunek pracy tymczasowej nawiązuje się zatem wyłącznie pomiędzy pracownikiem tymczasowym a agencją pracy tymczasowej. Pracownik tymczasowy z kolei nie jest podporządkowany agencji pracy tymczasowej w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy, tj. nie wykonuje pracy na jej rzecz i pod jej kierownictwem, a podlega kierownictwu pracodawcy użytkownika. Niemniej jednak stosunek pracy wiąże go z agencją pracy tymczasowej, nie zaś z pracodawcą użytkownikiem.

W związku z tym postępowanie się osobami zatrudnionymi przez agencję pracy tymczasowej nie będzie spełniało wymogu Zamawiającego dotyczącego zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę pracowników do realizacji zamówienia.

Udzielone wyjaśnienie treści SIWZ jest wiążące dla wszystkich uczestników postępowania. Zamawiający nie dokonuje zmiany terminu składania i otwarcia ofert.

UWAGA! Zamawiający żąda potwierdzenia otrzymania treści niniejszego pisma. Potwierdzenie należy przekazać niezwłocznie na nr faksu 71 36-06-497 lub adres e-mail: lidia.fedeczko@zus.pl, agnieszka.wierszelis@zus.pl

Osoby do kontaktu:

Lidia Fedeczko, tel. 71 36-06-496

Agnieszka Wierszelis, tel. 71 36-06-433

P. O. DYREKTOR
Oddziału ZUS we Wrocławiu
mgr Roman Śniedziwski