



ZAKŁAD  
UBEZPIECZEŃ  
SPOŁECZNYCH

Oddział w Wałbrzychu

430000/271/4/2018-ZAP

Wałbrzych, 09 marzec 2018 r.

## WYKONAWCY

*Dotyczy: postępowania na „Kompleksowe sprzątanie i utrzymanie w czystości pomieszczeń, terenów zewnętrznych posesji, pielęgnacja zieleni, odśnieżanie i usuwanie oblodzeń oraz śliskości w okresie zimowym w obiektach Oddziału ZUS w Wałbrzychu”.*

Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Wałbrzychu, informuje, że w postępowaniu wpłynęło pytanie dot. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zmianami), 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, Zamawiający dopuści wykonywanie wskazanego zakresu prac przez osoby zatrudnione przez agencje pracy tymczasowej, dla których Wykonawca będzie Pracodawcą Użytkownikiem?

W naszej ocenie bowiem posługiwanie 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 „Posługiwanie 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.”

Ponadto Zamawiający nie powinien mieć obaw, że nie zostaną spełnione przesłanki o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.

Zważyć trzeba, że zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp:

„3a. 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 (Dz. U. z 2016 r. poz. 1666, 2138 i 2255 oraz z 2017 r. poz. 60 i 962)”.

W poprzednim stanie prawnym, tj. przed dniem 28.07.2016 r., klauzula społeczna o tej treści była wyrażona przez ustawodawcę w przepisie art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, przy czym w istocie jedyna różnica w brzmieniu tych przepisów sprowadza się do tego, że obecnie skorzystanie przez instytucję zamawiającą z przedmiotowej klauzuli społecznej jest obligatoryjne.



W świetle obowiązujących przepisów prawa, stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych oraz piśmiennictwa, za dopuszczalną w rozumieniu przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, a zatem i w świetle właściwych postanowień SIWZ formę zatrudnienia przez wykonawcę, uznać należy zatrudnienie na podstawie umowy o pracę tymczasową, a w konsekwencji dysponowanie przez wykonawcę pracownikiem jako pracodawca użytkownik.

Stanowisko wykonawcy uzasadnić należy w następujący sposób.

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na to, że tak jak już wskazano wcześniej umowa o pracę tymczasową stanowi szczególny rodzaj umowy o pracę (J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych, Nb 41, 2015, Lex). 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).

Po drugie, zwraca uwagę także to, że w przepisie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp przewiduje się, że obowiązek zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę będzie również spełniony, gdy wymóg ten zostanie spełniony przez podwykonawców wykonawcy. Skoro zatem w przepisie tym uznaje się za dopuszczalne spełnienie przedmiotowej klauzuli społecznej poprzez zatrudnienie personelu na podstawie umowy o pracę przez podwykonawcę, to tym bardziej obowiązki wynikające z przedmiotowej klauzuli społecznej należy uznać za spełnione w przypadku postępowania się pracownikami tymczasowymi przez wykonawcę jako pracodawcę użytkownika. Wniosek ten jest zasadny tym bardziej, że z mocy samego prawa (por. art. 14 ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych) wszelkie kompetencje przysługujące pracodawcy w zakresie organizacji pracy z udziałem pracowników tymczasowych przysługują pracodawcy użytkownikowi. Wykonawca zaś nie ma żadnych kompetencji kierowniczych lub organizacyjnych w odniesieniu do pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez jego podwykonawców.

Po trzecie, stanowisko wykonawcy jest zgodne z poglądami wyrażanymi w tym zakresie w literaturze przedmiotu oraz przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Mianowicie, w literaturze przedmiotu (J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych, Nb 41, 2015, Lex) wyraźnie wskazuje się, że za dopuszczalną w rozumieniu przepisu art. 29 ust. 4 pkt 4 (czyli w obecnym stanie prawnym - przepisu art. 29 ust. 3a ustawy PZP) formę zatrudnienia uznać należy zatrudnienie na podstawie umowy o pracę tymczasową, która stanowi szczególny rodzaj umowy o pracę.

Nie dość na tym, także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opinii opublikowanej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pt.: *„Możliwość zobowiązania wykonawców lub podwykonawców do zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi (art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp)”* wyjaśnia, że:

***„Za dopuszczalną w rozumieniu przepisu art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp formę***



**zatrudnienia, uznać należy zatrudnienie na podstawie umowy o pracę tymczasową, która stanowi szczególny rodzaj umowy o pracę, a jest uregulowana w ustawie z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (Dz. U. z 2003 r. Nr 166, poz. 1608). Z treści art. 5 ww. ustawy wynika bowiem, że co do zasady do agencji pracy tymczasowej, pracownika tymczasowego i pracodawcy użytkownika stosuje się przepisy prawa pracy dotyczące odpowiednio pracodawcy i pracownika".**

Pogląd uznający za dopuszczalną w rozumieniu przepisu art. 29 ust. 3a ustawy PZP formę zatrudnienia w postaci umowy o pracę tymczasową został także wyrażony w adresowanej do zamawiających publikacji Urzędu Zamówień Publicznych pt. *Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych Podręcznik, Wydanie drugie zmienione i rozszerzone 2015* ([https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf\\_file/0021/30279/Aspekty\\_spoeczne\\_w\\_zamowieniach\\_publicznych\\_Podręcznik\\_Wydanie\\_II.pdf](https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0021/30279/Aspekty_spoeczne_w_zamowieniach_publicznych_Podręcznik_Wydanie_II.pdf), s. 69).

### Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że w związku z zastrzeżeniem osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę w zakresie kompleksowego utrzymania czystości wewnętrznych części budynków, dopuszczalne jest wykonanie wskazanego zakresu prac przez osoby zatrudnione przez agencje pracy tymczasowej.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że z uwagi na wymóg wynikający z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, zatrudnienie w/w osób przez agencje pracy tymczasowej musi być realizowane na podstawie umowy o pracę zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy o zatrudnieniu pracowników tymczasowych z 9 lipca 2013 r. (Dz. U. z 2016 poz.360 z późn. zm.).

W związku z powyższym Zamawiający nie dopuszcza posługiwania się przez Wykonawcę do wykonywania pracy osobami kierowanymi przez agencje pracy tymczasowej w trybie art. 7 ust. 2 ustawy o zatrudnieniu pracowników tymczasowych. W tej sytuacji brak jest spełniania koniecznego z mocy art. 29 ust 3a ustawy Pzp wymogu zatrudnienia w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy.

Zamawiający wskazuje, że na Wykonawcy spoczywa odpowiedzialność określona w części III SIWZ (wzór umowy), w zakresie przedłożenia dowodów potwierdzających zatrudnienie na umowę o pracę pracowników realizujących przedmiot zamówienia, w tym także dowodów pozyskanych przez Wykonawcę od agencji pracy tymczasowej, potwierdzających zatrudnienie pracowników tymczasowych na podstawie umowy o pracę tymczasową.

Zamawiający nie przedłuża terminu składania ofert.

DYREKTOR

Beata Dyko