



Sprzątanie i utrzymanie czystości wewnątrz obiektów oraz całoroczne utrzymanie terenów zielonych i utwardzonych w oddziale ZUS w Gdańsku i podległych terenowych jednostkach organizacyjnych

znak postępowania: 100000/271/8/2020-ZAP

Pytania i odpowiedzi 3

Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku zgodnie z art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) przekazuje poniżej treść zapytań, które wpłynęły do Zamawiającego w dniu 12.05.2020 r. wraz z odpowiedzią:

Pytanie 1

1. Z uwagi na wyjątkowość obecnej sytuacji związanej z epidemią koronawirusa COVID-19 na terenie całej Polski i nie tylko¹, zwracamy się z uprzejmą prośbą o modyfikację SIWZ oraz wzoru umowy w zakresie wymogu zatrudnienia pracowników na umowę o pracę i czasowe tylko dopuszczenie możliwości wykonywania tej części usług objętych przedmiotem zamówienia dla której instytucja zamawiająca wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę osób na podstawie umowy o pracę osobami, które wykonawca lub podwykonawca zatrudni na podstawie umów cywilnoprawnych.

Wniosek niniejszy wykonawca uzasadnia w następujący sposób.

Z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę i dopuszczeniem pracownika do pracy wiąże się m.in. obowiązek skierowania zatrudnianej osoby na badania wstępne do lekarza medycyny pracy, który wydaje zaświadczenie uprawniające daną osobę do wykonywania pracy na wskazanym stanowisku pracy.

W obecnej sytuacji brak jest dostępności lekarza medycyny pracy. Wykonawca okoliczność tę zweryfikował i potwierdza, gdyż podmioty medyczne, z którymi miał zawarte umowy zakomunikowały mu zamknięcie lub zawieszenie swej działalności na czas epidemii.

Okoliczność tę dostrzega, a więc i potwierdza, sam ustawodawca. Zgodnie bowiem z art. 12a. ust. 3 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (w brzmieniu nadanym tzw. tarczą antykryzysową, tj. ustawą z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2020 r. poz. 568): „W przypadku braku dostępności do lekarza uprawnionego do przeprowadzenia badania wstępnego lub kontrolnego, badanie takie może przeprowadzić i wydać odpowiednie orzeczenie lekarskie inny lekarz. Orzeczenie lekarskie wydane przez innego lekarza traci moc po upływie 30 dni od dnia odwołania stanu zagrożenia epidemicznego, w przypadku gdy nie zostanie ogłoszony stan epidemii, albo od dnia odwołania stanu epidemii.”

¹ Epidemia COVID-19 uznana została za Światową Organizację Zdrowia jak i Radę Unii Europejskiej (por. Konkluzje Rady w sprawie COVID-19 (2020/C 57/04), Dz. U. UE C 57/4.) za stan zagrożenia zdrowia publicznego o zasięgu międzynarodowym.

Wykonawca w tym miejscu oświadcza, że podjął, możliwe w aktualnych warunkach, **akty staranności** celem zapewnienia możliwości wykonywania pracy przez pracowników zgodnie z przepisami prawa, tj. na podstawie orzeczenia lekarskiego dopuszczającego pracownika do pracy na danym stanowisku, po przeprowadzonym badaniu wstępnym, które polegały na próbie umówienia pracowników na przeprowadzenie w placówkach medycznych badań wstępnych w „trybie zwykłym” (przez lekarzy medycyny pracy) oraz „w trybie uproszczonym” tj. na podstawie art. 12a ust. 3 powyżej wskazanej ustawy.

Ustalenia wykonawcy w wyniku podjęcia tychże aktów staranności są następujące:

- a) placówki medyczne są nieczynne, co stwierdzono podejmując próby telefonicznego lub mailowego a nawet osobistego umówienia pracowników na badania wstępne;
- b) w zakresie czynnych placówek medycznych, z przeprowadzonych rozmów telefonicznych oraz korespondencji mailowej wynika, że placówki te nie chcą wykonywać takich badań argumentując to zbyt dużym ryzykiem (podkreślano w rozmowach fakt występowania epidemii COVID-19 oraz dynamikę i sposób jej rozpowszechniania się) związanym z koniecznością przeprowadzenia badań poprzez fizyczny kontakt z osobą badaną. Podnoszony przez wykonawcę w rozmowach argument, że w obecnym stanie prawnym takie badanie może być przecież przeprowadzone także przy użyciu systemów teleinformatycznych lub systemów łączności, nic nie pomogło. Jak nam zakomunikowano w placówkach tych nie praktykuje się bowiem takiej formy przeprowadzenia badań i czynności, bo niesie ona – jak oświadczone – większe ryzyko postawienia wadliwej diagnozy. Placówki te nie chcą przyjmować na siebie ryzyka wydania wadliwego orzeczenia dopuszczającego do pracy pracowników, zwłaszcza w warunkach epidemii. Celem „przekonania” tych placówek do przyjęcia jednak zlecenia wykonawcy i przeprowadzenia badań wstępnych zakomunikowaliśmy, że jesteśmy w stanie uiścić wyższą opłatę od tego badania aniżeli stawka za nie wymagana w normalnych warunkach – nic to nie pomogło.

Powyższe uprawnia do następujących wniosków:

- 1) w obecnych warunkach zapewnienie przez wykonawcę przeprowadzenia badań wstępnych, a więc zgodne z prawem dopuszczenie pracownika do pracy przy realizacji na Państwa rzecz obowiązków określonych w przedmiocie zamówienia, jest praktycznie niemożliwe;
- 2) przyczyną powyższej sytuacji jest epidemia spowodowana zagrożeniem wirusa COVID-19, a więc zdarzenie mające charakter siły wyższej, co stwierdza sam projektodawca w uzasadnianiu do projektu ustawy tzw. tarczy antykryzysowej konkludując w nim, że taki przypadek może ex ante wyłączać bezprawność zachowania dłużnika oraz wyłączać jego odpowiedzialność (por. rozważania projektodawcy str. 34 uzasadnianie projektu tzw. tarczy antykryzysowej);
- 3) każdy z wykonawców biorących udział w prowadzonym przez Państwa postępowaniu ma takie same problemy, które zostały spowodowane przez tę samą przyczynę - epidemię,
- 4) powyższy stan rzecz z całą pewnością wpływa na konkurencję w prowadzonym przez Państwa postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie wykonawcy konieczne jest więc dokonanie przez Zamawiającego zmian w dokumentacji postępowania w ten sposób, by tylko tymczasowo wykonawcy byli zwolnieni z obowiązku zatrudnienia personelu (własnego lub podwykonawcy) na podstawie umowy o pracę.

Cezurę tej tymczasowości powinna zaś wyznaczać nie tyle data zniesienia stanu epidemii, ale poradzenie sobie przez nas wszystkich ze skutkami jakie ona za sobą niesie. Wykonawca proponuje zatem dodać do wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego zapis o następującej w swej istocie treści:

„W okresie obowiązywania stanu epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 oraz w okresie 30 dni od dnia zniesienia stanu epidemii Wykonawca jest zwolniony z obowiązku postępowania się przy realizacji przedmiotu zamówienia osobami zatrudnionymi przez niego lub przez podwykonawcę na podstawie umowy o pracę i może postępować się przy realizacji zamówienia osobami zatrudnionymi na podstawie umów cywilnoprawnych; z faktu postępowania się przez Wykonawcę w tym okresie personelem zatrudnionym na podstawie umowy cywilnoprawnej nie mogą być względem Wykonawcy wyciągane żadne negatywne konsekwencje. W miarę możliwości Wykonawca powinien jednak zmierzać do zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę, zgodnie z pierwotnymi warunkami SIWZ.”

Podkreślamy, że niniejszy wniosek nie ma na celu uchylecia się przez Wykonawcę od zatrudniania personelu na podstawie umów o pracę, a stanowi on konieczną reakcją na obecne warunki.

Podkreślamy zarazem, że uwzględnienie przez Państwa niniejszego wniosku dla Zamawiającego nie przyniesie żadnych negatywnych konsekwencji, a nawet ryzyk w tym zakresie, a przeciwnie. **Po pierwsze** bowiem, tzw. tarcza antykryzysowa wyraźnie przewiduje, że z zaniechaniem dochodzenia od wykonawcy kar umownych przewidzianych umową nie wiąże się dla kierownika zamawiającego odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. **Po drugie** zaś, jeśli instytucja zamawiająca uwzględniłaby niniejszy wniosek wykonawcy i dokonała zmian w dokumentacji postępowania w kierunku proponowanym przez wykonawcę, to w ogóle nie powstanie problem oceny przez organy nadzoru i kontroli okoliczności dochodzenia kar umownych od wykonawcy, gdyż w przejściowym okresie zdeterminowanym okresem epidemii i usunięciem jej skutków, brak byłoby podstaw do dochodzenia takich kar. **Po trzecie**, uwzględnienia niniejszego wniosku wymaga także wymóg prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający konkurencję (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Nie może zaś budzić sporu stwierdzenie, że między datą ogłoszenia wszczęcia przez Państwa niniejszego postępowania a chwilą obecną zaszła istotna zmiana rzeczywistości społecznej i prawnej, jaka nas otacza, która to zmiana powoduje to, że złożenie ofert dla wykonawców wiąże się obecnie ze zbyt wielkimi ryzykami, które będą musiałyby być skalkulowane w cenie ofertowej, finalnie obciążającej budżet instytucji zamawiającej.

2. Stosownie do treści art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 1974r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495).

Mając na uwadze obowiązujące przepisy prawa zasadne jest przyjąć, że przez zatrudnienie, o którym mowa powyżej (tj. zatrudnienie przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę określonej osoby), należy również postępowanie się przez wykonawcę, jako pracodawcą użytkownikiem, daną osobą przy wykonywaniu zamówienia, która została zatrudniona na podstawie umowy o pracę tymczasową. Umowa o pracę tymczasową jest bowiem umową o pracę, która uregulowana jest w ustawie z 9.07.2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (zwanej dalej: „ustawą”). Z art. 5 ustawy wynika bowiem, że w zakresie nieuregulowanym odmiennie przepisami ustawy i przepisami odrębnymi do agencji pracy tymczasowej, pracownika tymczasowego i pracodawcy użytkownika stosuje się przepisy **prawa pracy dotyczące odpowiednio pracodawcy i pracownika.**

Określone powyżej stanowisko wykonawcy jest analogiczne z opinią Urzędu Zamówień Publicznych, który w opinii 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)”² przyjął, 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.”*

W opinii tej UZP co prawda odwołuje się do przepisów art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, niemniej treść tego unormowania, po nowelizacji ustawy Pzp z 2016 r., została przeniesiona do art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, stąd też opinia ta jest cały czas aktualna.

Mając na uwadze powyższe wykonawca prosi o potwierdzenie przez zamawiającego, że na określone w treści dokumentacji postępowania wymóg zatrudnienia przy wykonywaniu usług przez wykonawcę lub podwykonawcę pojmuje on i będzie stosował z uwzględnieniem powyższego zapatrywania wykonawcy i UZP, tj., że wymóg ten będzie także spełniony, gdy wykonawca będzie postępował się przy wykonywaniu usług

² źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/mozliwosc-zobowiazania-wykonawcow-lub-podwykonawcow-do-zatrudniania-na-podstawie-umowy-o-prace-osob-wykonywajacych-czynnosci-w-trakcie-realizacji-zamowienia-na-roboty-budowlane-lub-uslugi-art.-29-ust.-4-pkt-4-ustawy-pzp>.

pracownikami tymczasowymi zatrudnionymi przez agencję pracy tymczasowej, których pracodawcą użytkownikiem będzie wykonawca albo podwykonawca.

Odp. 1.

Zamawiający podtrzymuje zapisy ust. 3 pkt. 12 SIWZ, tj.:

Zamawiający wymaga na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, przez cały okres realizacji Umowy, zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę nie mniej niż 97 osób na podstawie umowy o pracę w sposób określony w art. 22 §1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (j.t. Dz. U. 2019, poz. 1040 ze zm.) za wynagrodzeniem w wysokości nie mniejszej niż minimalne wynagrodzenie za pracę (w przeliczeniu na etaty – 90,25 etatów) ustalone na podstawie art. 6-8 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 ze zm.), które w ramach realizacji zamówienia będą wykonywać określone w Opisie przedmiotu umowy czynności związane z utrzymaniem czystości codziennego oraz doraźnego sprzątnia i utrzymania czystości wewnątrz obiektów oraz utrzymania terenów zewnętrznych (zielonych i utwardzonych),

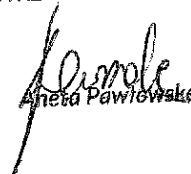
oraz wzoru umowy § 4 - Wymagania związane ze stosowaniem klauzul społecznych, tj.:

1. Zamawiający wymaga na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, przez cały okres realizacji Umowy, zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę nie mniej niż 97 osób na podstawie umowy o pracę w sposób określony w art. 22 §1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (j.t. Dz. U. 2019, poz. 1040 ze zm.) za wynagrodzeniem w wysokości nie mniejszej niż minimalne wynagrodzenie za pracę (w przeliczeniu na etaty – 90,25 etatów) ustalone na podstawie art. 6-8 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 ze zm.), które w ramach realizacji zamówienia będą wykonywać określone w Opisie przedmiotu umowy czynności związane z utrzymaniem czystości codziennego oraz doraźnego sprzątnia i utrzymania czystości wewnątrz obiektów oraz utrzymania terenów zewnętrznych (zielonych i utwardzonych).
2. Zamawiający wymaga, aby osoby, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu były zatrudnione przez cały okres realizacji umowy przez Wykonawcę lub Podwykonawcę za wynagrodzeniem w wysokości nie mniejszej niż minimalne wynagrodzenie za pracę – ustalone na podstawie art. 6 – 8 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 ze zm.).
3. Wykonawca lub Podwykonawca nie będzie podejmował żadnych działań w celu obchodzenia wymogów określonych w ust. 2 niniejszego paragrafu, co oznacza w szczególności:
 - 1) będzie ponosił wszelkie koszty związane z realizacją umowy, w tym związane z zapewnieniem niezbędnych narzędzi do wykonywania czynności, o których mowa w ust. 2 niniejszego paragrafu, w szczególności koszty obejmujące koszty środków czystości, odzieży ochronnej,
 - 2) w zakresie, o którym mowa w powyższym punkcie nie będzie dochodził żadnych należności od zatrudnionych, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu.
4. W trakcie realizacji umowy, Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy, odnośnie spełniania przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wymogu zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane w ust. 1 niniejszego paragrafu, za wynagrodzeniem w wysokości nie mniejszej niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do:
 - 1) żądania oświadczeń lub dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogów oraz dokonywania ich oceny,
 - 2) żądania wyjaśnień w przypadku wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogów,
 - 3) przeprowadzania kontroli na miejscu wykonywania świadczenia.
5. W trakcie realizacji umowy, na każde pisemne wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie, nie krótszym niż 3 dni robocze, Wykonawca przedłoży Zamawiającemu dowody w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę, wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w ust. 1 czynności:
 - 1) oświadczenie Wykonawcy lub Podwykonawcy o zatrudnieniu osób wykonujących czynności, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu:
 - a) na podstawie umowy o pracę – w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy (j.t. Dz.U. z 2019, poz. 1040 ze zm.),
 - b) za wynagrodzeniem w wysokości nie mniejszej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalone

na podstawie art. 6 – 8 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 ze zm.),
oraz o:

- c) ponoszeniu wszelkich kosztów związanych z realizacją umowy, o których mowa w ust. 3 niniejszego paragrafu oraz nie dochodzeniu w tym zakresie żadnych należności od zatrudnionych.
- 2) poświadczono za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub Podwykonawcę kopie umów o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji umowy czynności, których dotyczy ww. oświadczenie Wykonawcy lub Podwykonawcy z zastrzeżeniem, że kopie umów będą zanonimizowane w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o ochronie danych osobowych, a informacje dotyczące: imion i nazwisk pracowników, daty zawarcia umowy, rodzaju umowy o pracę i wymiaru etatu będą możliwe do zidentyfikowania;
- 3) zaświadczenie właściwego oddziału ZUS, potwierdzające opłacanie przez Wykonawcę lub Podwykonawcę składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę za ostatni okres rozliczeniowy – dotyczy pracowników, którzy kontynuują zatrudnienie u Wykonawcy lub Podwykonawcy,
- 4) poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub Podwykonawcę kopię dowodu potwierdzającego zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń społecznych, zanonimizowaną w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z obowiązującymi przepisami o ochronie danych osobowych - dotyczy pracowników nowozatrudnionych przez Wykonawcę. Imię i nazwisko pracownika nie podlega anonimizacji.
6. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 5 pkt 1 lit (a niniejszego paragrafu powinno zawierać w szczególności: dokładne określenie podmiotu składającego oświadczenie, datę złożenia oświadczenia, wskazanie, że objęte wezwaniem czynności wykonują osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę z wynagrodzeniem w wysokości nie mniejszej niż minimalne wynagrodzenie za pracę wraz ze wskazaniem liczby tych osób, rodzaju umowy o pracę i wymiaru etatu oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu Wykonawcy lub Podwykonawcy.
7. Niezłożenie przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie dowodów, których mowa w ust. 5 niniejszego paragrafu, pozwalających potwierdzić spełnienie przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, traktowane będzie jako niespełnienie przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wymogu, o którym mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu.
8. W przypadku uzasadnionych wątpliwości, co do przestrzegania prawa pracy przez Wykonawcę lub Podwykonawcę, Zamawiający może zwrócić się o przeprowadzenie kontroli przez Państwową Inspekcję Pracy.
9. W przypadku rozwiązania stosunku pracy (bez względu na stronę składającą oświadczenie w tym zakresie) z osobą zatrudnioną/osobami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, do wykonania czynności, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu, przed zakończeniem realizacji umowy, Wykonawca lub Podwykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia lub wskazania na to miejsce innej osoby/ na te miejsca innych osób zgodnie z postanowieniami umowy.
10. Wykonawca jest odpowiedzialny za działania lub zaniechania Podwykonawcy, w takim samym stopniu, jak za działania lub zaniechania własne.

DYREKTOR ODDZIAŁU


Aneta Pawłowska

