

Pytanie do przetargu z dnia 29 11 2017:

„9a. Informacja o wymogu zatrudniania na podstawie umowy o pracę zgodnie z art. 29 ust. 3a u.p.z.p. 9a.1. Zgodnie z art. 29 ust. 3a u.p.z.p. Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub jego Podwykonawcę osób na podstawie umowy o pracę. Wymóg ten dotyczy osób wykonujących pracę ratowników wodnych zgodnie z zadaniami określonymi w załączniku nr 7 (opis przedmiotu zamówienia). 9a.2. Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć zanonimizowaną kopię umowy o pracę zawartą z ratownikiem wodnym wykonującym czynności wymienione w załączniku nr 7. Z kopii musi wynikać przynajmniej imię i nazwisko pracownika, dane pracodawcy i stanowisko na jakim jest zatrudniony. 9a.3. Kopię umowy o pracę, o której mówi punkt powyższy, Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć Zamawiającemu najpóźniej na dzień przed podjęciem pierwszej czynności przez pracownika, o którym mówi pkt 9a.1. 9a.4. Niewywiązanie się z obowiązku wskazanego w pkt 9a.3. skutkować będzie naliczeniem kary umownej za każdy dzień opóźnienia w wysokości 3,3 % wynagrodzenia łącznego brutto za poprzedni miesiąc.”

Na jakiej podstawie Zamawiający twierdzi, że zadania określone w opisie przedmiotu zamówienia polegają na wykonywaniu pracy? Czy ratownicy wodni, którzy będą pracowali nieregularnie, ich czynności nie będą polegały na wykonywaniu pracy w myśl art. 22 § 1 Kodeksu pracy, również będą musiały być zatrudnione na podstawie umowy o pracę? Zamawiający nie określił ilości i wielkości etatów, a naszym zdaniem nasi ratownicy nie wykonują pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, gdyż pracują w każdym miesiącu nieregularnie w zależności od grafiku na uczelni, gdyż są to głównie uczniowie i studenci.

2. Zgodnie z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych ratownikiem wodnym jest — rozumie się przez to osobę posiadającą wiedzę i

umiejętności z zakresu ratownictwa i technik pływackich oraz inne kwalifikacje przydatne w ratownictwie wodnym i spełniającą wymagania określone w art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym, zatrudnioną lub pełniącą służbę w podmiocie uprawnionym do wykonywania ratownictwa wodnego lub będącą członkiem tego podmiotu.

Zamówienie skierowane jest tylko do podmiotów uprawnionych do wykonywania ratownictwa wodnego, gdyż Zamawiający wymaga od Wykonawców zgody ministra właściwego do spraw wewnętrznych na wykonywanie ratownictwa wodnego. Ustawa z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych określa kim jest ratownik wodny i formę jego przynależności do podmiotu uprawnionego do wykonywania ratownictwa wodnego, a Zamawiający nie ma prawa ingerować w zatrudnienie ratowników wodnych podmiotów uprawnionych do wykonywania ratownictwa wodnego. W większości podmiotów ratownicy wodni pełnią służbę i nie są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. W zakresie wykonywania ratownictwa wodnego szczególną ustawą jest ustawa z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych, a nie Prawo zamówień publicznych. Narzucenie formy zatrudnienia ratowników wodnych jest sprzeczne z art. 2 ust. 5 ww. ustawy i jest niezgodne z prawem. W związku z powyższym zwracam się z zapytaniem, czy Zamawiający pozostawi kwestię formy zatrudnienia ratowników wodnych dla podmiotów uprawnionych do wykonywania ratownictwa wodnego?

3. W przedmiotowym postępowaniu wymóg zatrudnienia na umowę o pracę określony przepisem art. 29 ust. 3a Prawa zamówień publicznych nie ma zastosowania, ponieważ osoby (ratownicy) wykonujące czynności składające się na przedmiot zamówienia:

a) muszą posiadać indywidualne, szczególne uprawnienia do świadczenia usługi ratownictwa wodnego, zgodnie z ustawą z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych oraz do świadczenia pomocy przedlekarskiej zgodnie z ustawą z dnia 8 września

2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym w wymaganym zakresie KPP (rzadka specjalizacja, wysoki poziom kompetencji),

b) wykonują czynności bez nadzoru bezpośredniego - praca nie jest wykonywana pod kierownictwem pracodawcy w rozumieniu art. 22 1§ ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r – Kodeks pracy (Dz.U. z 2016 r. poz. 1666) – ratownik samodzielnie podejmuje decyzje o podjęciu akcji ratowniczej i jej przebiegu,

c) odpowiadając za wykonane czynności osobiście w zakresie i na zasadach określonych w aktach prawnych powyżej powołanych,

d) może zawrzeć indywidualną umowę o świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia bezpośrednio ze Zleceniodawcą, uwzględniając powyższe, w zakresie realizacji zamówienia nie występują czynności polegające na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22§1 Kodeksu pracy.

Mając powyższe na uwadze, zwracamy się z zapytaniem, czy Zamawiający odstąpi od wymogu zatrudnienia ratowników wodnych na podstawie umowy o pracę? ,,

Stanowisko MOKiS w sprawie wymogu określonego w pkt 9 SIWZ AT- 271/10/2017

Zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (*Dz. U. 2004 Nr. 19 poz. 177 z późn. zm.*) zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – kodeks pracy (*Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.*).

Powyższy zapis został wprowadzony ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. *o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (*Dz.U. 2016 poz.. 120*). Dotychczasowe uprawnienie zamawiającego do prowadzenia wymogu zatrudniania na podstawie umowy o pracę po nowelizacji stało się więc obowiązkiem zamawiającego. Wprowadzony obowiązek ma na celu uniemożliwienie stosowania praktyk ograniczających uprawnienia pracownicze przy realizacji zamówień publicznych. Celem ustawodawcy było również uwzględnienie aspektów społecznych, poprzez stosowanie klauzul społecznych przez zamawiającego, w tym wprowadzanie obowiązku zatrudniania na podstawie umowy o pracę zawsze, gdy spełnione są kryteria stosunku pracy określone w art. 22 § 1 k.p. Ustawodawca miał na celu również zapewnienie lepszych warunków płacowych osobom zaangażowanym do wykonywania zamówień publicznych (*Druk sejmowy nr 366 z 24 marca 2016 r.*).

Art. 22 § 1 k.p. wprowadza konstytutywne cechy stosunku pracy:

Dot.: pracownika:

- a) Wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy,
- b) Wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy,
- c) Wykonywanie pracy w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę,
- d) Wykonywanie pracy w czasie wyznaczonym przez pracodawcę

Dot.: pracodawcy:

- Zatrudnienie pracownika za wynagrodzeniem.

Obowiązek wprowadzenia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę dot. zamówień publicznych, w których zadania osób realizujących zamówienie publiczne będzie polegało na wykonywaniu pracy zgodnie z art. 22 § 1 k.p. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w „opinie dotyczącej art. 29 ust. 3a ustawy PzP” z dnia 3 listopada 2016 r. – *w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym będzie spoczywał ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia.*

[...]

Odnajdując czynności mające charakter czynności z Kodeksu pracy, zamawiający będzie zobowiązany do wyspecyfikowania wszystkich tych czynności. Niezgodne z treścią art. 29 ust. 3a ustawy Pzp byłoby wskazanie tylko niektórych czynności, choćby miały znaczenie doniosłe dla zamawiającego i pominięcie innych mających np. znaczenie drugorzędne. Niedopuszczalne będzie zarówno scedowanie tego obowiązku na wykonawcę, np. w formie zapisu, że jeśli wykonawca ujawni po swojej stronie czynności o takim charakterze zobowiązany będzie zawrzeć z pracownikami je wykonującymi umowy o pracę, jak też nadmiernie ogólne ich wskazanie, np. w formie zapisu, że zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności o takim charakterze podczas realizacji, etc. Oba opisane powyżej przypadki nie tylko mogą skutkować złożeniem przez wykonawców nieporównywalnych cenowo ofert (wykonawcy mogą różnie oceniać charakter tego samego stosunku, którego ocena należy do zamawiającego), ale też są niezgodne z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który w odniesieniu do precyzji opisu przedmiotu zamówienia zachowuje swoją moc. Podkreślić należy, że zamawiający zasadniczo nie zastępuje wykonawcy w określeniu sposobu realizacji świadczenia. Z tego też tytułu zamawiający, co do zasady, nie wskazuje czynności wykonywanych na podstawie umowy o pracę z podziałem na wykonawców i podwykonawców. Zamawiający zasadniczo nie określa też jaka liczba osób po stronie wykonawcy będzie brała udział w realizacji zamówienia, nie decyduje o systemie zmianowym etc. Zamawiający powinien natomiast wprowadzić do umowy zapis, w którym przewidzi zobowiązanie wykonawcy do wykonywania opisanych przez zamawiającego czynności pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ nr AT-271/10/2017 obowiązki osób wykonujących zamówienie mają charakter mieszany, a nie wyłącznie wąsko rozumianego ratownictwa wodnego. Poza czynnościami typowymi dla zadań ratownika

wodnego takich jak: stała obserwacja obszaru wodnego pływalni, ratowanie osób, które uległy wypadkowi, udzielanie pierwszej pomocy przedlekarskiej, zamawiający wskazał również inne czynności.

Czynnościami nie charakterystycznymi dla wąsko rozumianego ratownictwa wodnego, wskazanymi przez zamawiającego w załączniku nr 7 są między innymi:

- Udzielanie klientom informacji na temat regulaminu pływalni i regulaminów korzystania z sauny oraz atrakcji wodnych,
- Nadzór nad przestrzeganiem regulaminów oraz stosowanie odpowiednich procedur w przypadku ich łamania,
- Instruowanie klientów korzystaniem z urządzeń rekreacyjnych.
- Nadzorowanie przestrzegania zakazu wchodzenia na halę basenu w odzieży wierzchniej,
- Kontrola stanu sanitarnego klientów (czystość, noszenie czapek, kłapek basenowych),
- Stałe usuwanie zanieczyszczeń z lustera wody oraz z urządzeń rekreacyjnych znajdujących się w nieckach basenowych każdego dnia przed otwarciem oraz w ciągu dnia,
- Pomoc w przygotowaniu hali basenowej na zawody poprzez złożenie odpowiednich lin torowych oraz chorągiewek,
- Regularne mycie linii biegowej w basenie sportowym i rekreacyjnym,
- Codzienne zlewanie całej plaży wokół basenów wodą z basenu po opuszczeniu hali basenowej przez wszystkich klientów.

Zdaniem Zamawiającego ogół czynności, które wykonywać będą ratownicy, świadczą o tym, że osoby wyznaczone przez zamawiającego do wykonywania zamówienia AT-271/10/2017 będą wykonywać pracę w rozumieniu art. 22 § 1 k.p., z uwagi na co wprowadzenie zapisu pkt.9 w SIWZ było uzasadnione i konieczne.

Ponadto zamawiający nie ingeruje w stosunki między pracownikiem a Wykonawcą (Podwykonawcą), Zamawiający w szczególności nie ingeruje w wymiar czasu pracy. Wykonawca może zatrudniać zarówno w pełnym wymiarze czasu pracy, jak też w niepełnym wymiarze, zgodnie z ustaleniami poczynionymi z jego pracownikiem.

