

Zamawiający zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) przekazuje treść pytań wraz z odpowiedziami w celu wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz):

#### **PYTANIE**

Zgodnie z § 2 ust. 5 projektu umowy „Zamawiający wymaga aby Wykonawca zatrudniał na podstawie umowy o pracę kadrę kierowniczą tj. kierowników robót w sytuacji, gdy wykonywanie przez nich czynności polegać będzie na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 §1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. –Kodeks pracy (Dz. U. z 2016r., poz. 1666ze zm.). ”

#### Stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych

(<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp>):

Co do zasady, pracowniczy charakter będą miały czynności wykonywane przez personel sprzątający (czynności sprzątania), czy ochroniarzy (czynności świadczenia usług ochrony). Powyższe czynności polegają na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 kodeksu pracy. Z kolei, w ocenie Urzędu czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016r. poz. 290 ze zm), zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same te zadania realizują. (...)

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. (...)

Reasumując:

1. Zamawiający w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi lub roboty budowlane ma obowiązek dokonania oceny, czy

*określone czynności w zakresie realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy.*

- 2. Po ustaleniu przez zamawiającego, które czynności w ramach realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu pracy, jest on zobligowany do określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia.*
- 3. Art. 36 ust. 2pkt 8a ustawy Pzp reguluje minimalne wymogi siwz w zakresie, co najmniej określenia przez zamawiającego sposobu udokumentowania zatrudnienia przez wykonawców i uprawnienia kontrolne.*
- 4. Zgodnie ze stanowiskiem Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych nie jest dopuszczalne żądanie od wykonawców niezanonimizowanych kopii umów o pracę z pracownikami wykonawcy, jako sposobu udokumentowania ich zatrudnienia.*

W związku z powyższym, prosimy o wyspecyfikowanie wszystkich czynności w ramach realizacji zamówienia, które będą polegały na wykonywaniu pracy zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu Pracy oraz o potwierdzenie, że kierownik budowy i kierownicy branżowi nie mają obowiązku być zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę.

#### **ODPOWIEDŹ**

Zamawiający nie przewiduje zmian siwz w powyższym zakresie. Zdaniem Zamawiającego czynności wykonywane przez kierownika budowy oraz kierownika robót zawierają konstytutywne cechy stosunku pracy: wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy (Wykonawcy z którym Zamawiający podpisze umowę na realizację zadania), wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy (Wykonawca z którym Zamawiający podpisze umowę na realizację zadania będzie odpowiedzialny za zorganizowanie pracy), w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę oraz w czasie przez niego wyznaczony. A pracodawca –Wykonawca zobowiązany będzie zatrudnić kierownika budowy i kierownika robót za wynagrodzeniem.

Z-CA DYREKTORA

Marek Gašior