

KRAKÓW dnia: 2020-06-09

**Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki**  
**Dział Zamówień Publicznych**  
**ul. Warszawska 24 W-9/110,**  
**31-155 KRAKÓW**

Nr sprawy : KA-2/041/2020  
L.Dz. KA-2/366/2020

## **O D P O W I E D Ź**

### **na zapytania w sprawie SIWZ**

*Szanowni Państwo,*

Uprzejmie informujemy, iż w dniu 2020-06-01 do Zamawiającego wpłynęła prośba o wyjaśnienie zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) w trybie przetargu nieograniczonego pn.

**Utrzymanie czystości w budynkach Politechniki Krakowskiej w Krakowie przy ul. Warszawskiej , ul. Kamiennej , ul. Kanoniczej , ul. Podchorążych , Al. Jana Pawła II , ul. Bydgoskiej , ul. Lea , ul. Skarżyńskiego.**

Poniżej zamieszczamy pytania Wykonawcy i odpowiedzi Zamawiającego.

#### **PYTANIE 1**

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 posługiwanie 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)<sup>1</sup>” 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 pojmuję on i będzie stosował z uwzględnieniem powyższego zapatrywania wykonawcy i UZP, tj., że wymóg ten będzie także spełniony, gdy wykonawca będzie posługiwał się przy wykonywaniu usług pracownikami tymczasowymi zatrudnionymi przez agencję pracy tymczasowej, których pracodawcą użytkownikiem będzie wykonawca albo podwykonawca.

Udzielenia przez instytucję zamawiającą **pozytywnej odpowiedzi na powyższe zagadnienie** (pytanie) nie uniemożliwia określone w dokumentacji postępowania ograniczenie (zakaz) w zakresie posługiwania się przez wykonawcę przy realizacji zamówienia podwykonawcą.

Jest tak z tego powodu, że 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. jako 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. Zakres i treść umowy zawieranej z agencją pracy tymczasowej i wykonawcą określa art. 9 ust. 1 ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych.

Pracownicy tymczasowi wykonują zaś 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 (por. art. 14 ust. 1 powyżej wskazanej ustawy).

Odnosząc się zaś do definicji umowy o podwykonawstwo (podwykonawstwa) określonej w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, przywołać należy dorobek piśmiennictwa, gdzie przyjmuje się, co następuje: „W doktrynie podnosi się wprost, że „Posługiwanie się zaś przez wykonawcę pracownikami tymczasowymi stanowi przejaw **osobistego** wykonywania zamówienia

---

<sup>1</sup> 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-wykonujacych-czynnosci-w-trakcie-realizacji-zamowienia-na-roboty-budowlane-lub-uslugi-art.-29-ust.-4-pkt-4-ustawy-pzp>.

publicznego przez wykonawcę” (R. Szostak, *Podwykonawstwo i jego znaczenie prawne w zamówieniach publicznych*, Pzp 2013, Nr 1, s. 16).

Osobiste wykonywanie czego jest zaś przeciwieństwem podwykonawstwa (por. w tym zakresie art. 36a ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp).

Jak zaś wskazuje liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, nie jest zasadne utożsamianie dysponowania czy 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, z którego wynika, że: „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, w przypadku, o którym mowa w niniejszym piśmie (chęci posługiwania się przez wykonawcę przy realizacji usług na Państwa rzecz pracownikami tymczasowymi) o podwykonawstwie w znaczeniu prawnym (por. art. 2 pkt 9b ustawy Pzp) można by było zasadnie mówić tylko wówczas, gdyby przedmiotem umowy między wykonawcą a agencją pracy tymczasowej, było powierzenie przez wykonawcę agencji pracy tymczasowej do wykonywania choć części przedmiotu zamówienia. Ta sytuacja jednak nie ma miejsca, bo przedmiotem umowy między Wykonawcą a agencją pracy tymczasowej w ogóle nie jest świadczenie usług porządkowych. Takie powierzenie nie może nawet nastąpić, o czym rozstrzyga treść art. 9 ust. 1 ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych.

### ODPOWIEDŹ :

W ocenie zamawiającego, wykonywanie usług pracownikami tymczasowo zatrudnionymi przez agencję pracy tymczasowej na podstawie umowy o pracę, może zostać uznane za spełnienie wymogu zatrudnienia, o którym mowa w art. 29 ust. 3a ustawy pzp.

Agencja pracy tymczasowej kierująca pracowników do wykonawcy celem świadczenia pracy nie może zostać określona jako podwykonawca. Nie bierze ona bowiem udziału w realizacji zamówienia, nie ma wpływu na sposób jego realizacji ani też nie odpowiada w stosunku do zamawiającego w związku z wykonywanym zamówieniem.

### PYTANIE 2

Z uwagi na wyjątkowość obecnej sytuacji związanej z epidemią koronawirusa COVID-19 na terenie całej Polski i nie tylko<sup>2</sup>, 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

---

<sup>2</sup> 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.

medycyny pracy, który wydaje zaświadczenie uprawniające daną osobę do wykonywania pracy na wskazanym stanowisku pracy.

W obecnej sytuacji brak jest dostępności lekarzy 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.*”

**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 badania wstępne w placówkach medycznych.

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 COVI-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 pomógł. 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.

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 posługiwania się przy realizacji przedmiotu zamówienia osobami zatrudnionymi przez niego lub przez podwykonawcę na podstawie umowy o pracę i może posługiwać się przy realizacji zamówienia osobami zatrudnionymi na podstawie umów cywilnoprawnych; z faktu posługiwania 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 reakcję 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 zdeteminowanym 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 musiały być skalkulowane w cenie ofertowej, **finalnie obciążającej budżet instytucji zamawiającej.**

**ODPOWIEDŹ :**

Zamawiający **nie wyraża zgody** na wykonywanie usług objętych przedmiotem zamówienia w części, dla której wymagane jest zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę osób na podstawie umowy o pracę osobami, które wykonawca lub podwykonawca zatrudni na podstawie umów cywilnoprawnych.

**KIEROWNIK**  
Działu Zamówień Publicznych



*mgr Zofia Gajewska*

*Konkluzja*

---