

Świnoujście, dnia 2.11.2022 r.

<https://platformazakupowa.pl>**ODPOWIEDŹ NA WNIOSEK O ZMIANĘ TREŚCI SWZ**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie podstawowym na: „Kompleksowe świadczenie usług ratownictwa wodnego w 2023 r. obiekcie Ośrodka Sportu i Rekreacji „Wyspiarz” – pływalni krytej „Uznam Arena” w Świnoujściu ul. Grodzka 5” oznaczonego sygnaturą sprawy OSIR/ZP/3/2022.

W odpowiedzi na wniosek o zmianę SWZ o treści wskazanej poniżej Zamawiający udziela następującej odpowiedzi.

**Wniosek o zmianę SWZ**

**Rozdział IV (Przedmiot zamówienia, jawność postępowania, RODO) – pkt 7. (wymóg w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę) poprzez rezygnację przez Zamawiającego z wymogu zatrudniania ratowników, którzy będą wykonywać kompleksowe świadczenie usług ratownictwa wodnego w 2023 r. w obiekcie Ośrodka Sportu i Rekreacji „Wyspiarz” – pływalni krytej „Uznam Arena” w Świnoujściu, na podstawie umowy o pracę, bowiem wykonywanie czynności ratowników wodnych nie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.**

**UZASADNIENIE**

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 7. SWZ (wymóg w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę)

a) Zgodnie z art. 95 ustawy p.z.p. Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie stosunku pracy, zgodnie z art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks Pracy, osób wykonujących czynności w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, tj. ratowników.

b) W trakcie realizacji zamówienia zamawiający ma prawo do weryfikacji faktu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności. W tym celu zamawiający wezwie wykonawcę do przedstawienia, w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 3 dni dowodów zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wskazanych osób;

c) W celu weryfikacji zatrudnienia, przez wykonawcę, na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, zamawiający może żądać w szczególności:

- oświadczenia zatrudnionego pracownika,
- oświadczenia wykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę,
- poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii umowy o pracę zatrudnionego pracownika,
- innych dokumentów, zawierających informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko

zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika.

d) W przypadku powzięcia przez zamawiającego informacji o naruszeniu przez wykonawcę obowiązku zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób albo w przypadku braku przedstawienia dowodów potwierdzających fakt zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, zamawiający niezwłocznie zawiadomi o tym fakcie Państwową Inspekcję Pracy, celem podjęcia przez nią stosownego postępowania wyjaśniającego w tej sprawie.

e) Jeśli Państwowa Inspekcja Pracy stwierdzi brak umów o pracę, osób wskazanych przez zamawiającego, będzie to stanowiło podstawę do naliczenia kar umownych, określonych w umowie o zamówienie publiczne.

f) Zamawiający ma prawo dokonać kontroli, o której mowa w pkt b) wielokrotnie podczas trwania umowy o zamówienie publiczne.

Zgodnie z dyspozycją art. 95 ust. 1 p.z.p. Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy 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 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495). W przedmiotowym postępowaniu wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (określony art. 95 ust. 1 p.z.p.) w opinii Wykonawcy nie ma zastosowania, ponieważ osoby (w szczególności ratownicy wodni) wykonujący czynności składające się na przedmiot zamówienia:

1) nie wykonują czynności polegających na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy;

2) muszą posiadać indywidualne, szczególne uprawnienia do świadczenia usługi z zakresu ratownictwa wodnego, zgodnie z ustawą z dnia 11 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych oraz do świadczenia kwalifikowanej pierwszej pomocy zgodnie z ustawą z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym;

3) 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;

4) odpowiadają bezpośrednio za wykonywane czynności w zakresie i na zasadach określonych w przepisach prawa.

Przedmiotowe stanowisko znajduje również potwierdzenie zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie:

- Sąd Najwyższy wskazywał już w swym orzecznictwie, że ogólna kontrola osoby zatrudnionej na podstawie umowy zlecenia, dokonywana przez zleceniodawcę z punktu widzenia rezultatów działalności, nie świadczy o podporządkowaniu pracowniczym. Odpowiedzialność za wyniki świadczonych usług ze strony biorącego zlecenie i ich kontrola ze strony dającego zlecenie nie jest niczym osobliwym w stosunku zlecenia (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2003 r. sygn. akt I PK 47/03, LEX m 1607446; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2011 r. sygn. akt II PK 9/11, LEX m 1044012);

- Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z dnia 11 września 2013 r., sygn. akt II PK 372/12, w umowie zlecenia mogą wystąpić cechy kierownictwa i podporządkowania, choć nie takie same, jak w zależności właściwej dla stosunku pracy (art. 22 § 1 i § 11 k.p. oraz art. 750 k.c.);

- Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Poznaniu, VII Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 26 czerwca 2017 r. (sygn. akt.: VII Pa 9/17) „zawarta w art. 2 pkt 5) ustawy z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych definicji ratownika nie wskazuje, że ratownikiem może być tylko osoba pracująca na umowę o pracę. Podniósł, że wprowadzie jest mowa w tym przepisie, iż ratownikiem jest osoba zatrudniona, ale wskazał również, że według tego przepisu ratownikiem może być osoba pełniąca służbę w podmiocie uprawnionym do ratownictwa wodnego lub będąca członkiem tego podmiotu. Ponadto Sąd wskazał, że przepis ten nie określa, że ratownikiem może być jedynie osoba zatrudniona oraz iż tylko na podstawie tego przepisu nie można skutecznie twierdzić, że ratownik wodny może wykonywać pracę tylko na podstawie umowy o pracę. Podkreślenia wymaga, że przedmiotowa ustawa określa:

- 1) warunki bezpieczeństwa osób pływających, kąpiących się lub uprawiających sport lub rekreację na obszarach wodnych;
- 2) podmioty uprawnione do wykonywania ratownictwa wodnego, zakres ich obowiązków i uprawnień, oraz zasady finansowania ich działalności;
- 3) podmioty odpowiedzialne za zapewnienie bezpieczeństwa osobom pływającym, kąpiącym się i uprawiającym sport lub rekreację na obszarach wodnych;
- 4) nadzór i kontrolę nad ratownictwem wodnym;
- 5) zasady i tryb usuwania, przechowywania, wydawania oraz orzekania przypadku statku lub innego obiektu pływającego przeznaczonego lub używanego do uprawiania sportu lub rekreacji, zwanego dalej „innym obiektem pływającym”.

Obok wiedzy, umiejętności z zakresu ratownictwa i technik pływackich, a także kwalifikacji przydatnych w ratownictwie wodnym, ustawodawca wskazał na „zatrudnienie”. Jednakże nie sposób wywieść z ww. przepisu prawa obowiązku „pracowniczego zatrudnienia” ratowników wodnych. Świadczenie pracy na podstawie umowy zlecenia przez ratownika wodnego, spełnia wymóg „zatrudnienia”.

Uwzględniając powyższe, w zakresie realizacji zamówienia nie występują czynności polegające na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, a tym samym w opinii Wykonawcy nie ma podstaw do zastosowania art. 95 ust. 1 p.z.p.

\*\*\*

Mając na uwadze powyższe wnosimy o zmianę w/w SWZ i dopuszczenie możliwości zatrudnienia ratowników na podstawie innych stosunków prawnych, niż tylko umowa o pracę.

### **Odpowiedź:**

Zamawiający podkreśla, że zapisem rozdziału IV ust. 7 lit. a) specyfikacji warunków zamówienia wypełnia dyspozycję art. 95 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie może więc odstąpić od stosowania przepisów, do stosowania których jest zobowiązany.

Urząd Zamówień Publicznych podkreśla, że obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku. Przyzwalanie na taką praktykę, tj. uznawanie niepracowniczego statusu pracownika oznacza, że wykonując pracę uzyskuje on mniej korzystny status prawny (np. ze względu brak prawa do urlopu, brak ochrony wynagrodzenia, odpowiedzialność odszkodowawczą, niezaliczanie okresu pracy do stażu pracy, brak prawa do odzieży ochronnej itd.), podczas gdy zatrudniający

OSIR/ZP/3/2022

ponosi mniejsze koszty, uzyskując te same korzyści co z pracy pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę.

Zamawiający nie kwestionuje faktu, że ratownikiem może być nie tylko osoba zatrudniona w podmiocie uprawnionym do ratownictwa wodnego, ale również osoba pełniąca służbę w podmiocie uprawnionym do ratownictwa wodnego lub będąca członkiem tego podmiotu, co wynika wprost z przepisu art. 15a ust. 1 pkt 4) ustawy o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia ocenił więc, że możliwe jest w trakcie realizacji zamówienia wykonanie określonych czynności, które będzie zawierało cechy stosunku pracy i wówczas wykonawca będzie zobowiązany do zatrudnienia ratownika na umowę o pracę.

Z uwagi na to, w ocenie zamawiającego wprowadzenie zapisu rozdziału IV ust. 7 specyfikacji warunków zamówienia było uzasadnione i konieczne, a wniosek o zmianę treści SWZ w tym zakresie uważa za bezzasadny.

*W imieniu zamawiającego:*

DYREKTOR  
*mgr Marek Bartkowski*