

Świnoujście, dnia 9.11.2023 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 2024 r. w obiekcie Ośrodka Sportu i Rekreacji „Wyspiarz” – pływalni krytej „Uznam Arena” w Świnoujściu ul. Grodzka 5”** oznaczonego sygnaturą sprawy **OSIR/ZP/3/2023**.

Zamawiający – Gmina Miasto Świnoujście - Ośrodek Sportu i Rekreacji „Wyspiarz”, działając na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, przekazuje treść wniosku wraz z wyjaśnieniami:

Wniosek o zmianę SWZ

Rozdział IV (Przedmiot zamówienia, jawność postępowania, RODO – pkt 7 lit.a) (Wymóg w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę) poprzez rezygnację przez Zamawiającego z wymogu zatrudniania ratowników wodnych na podstawie stosunku pracy, 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 Przedmiot zamówienia, jawność postępowania, RODO – pkt 7 (Wymóg w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę) 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.

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 przepisem art. 95 ust. 1 p.z.p. w opinii Wykonawcy nie ma zastosowania, ponieważ osoby (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 wprawdzie 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 przepadku 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 w SWZ Rozdział IV pkt 5. Opis przedmiotu zamówienia w pkt 7 wprowadził następującą klauzulę:

„Wymóg w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

a) Zgodnie z art. 95 ust.1 ustawy pzp 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. Zgodnie z zapisem rozdziału IV ust. 7 lit. a) specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wypełnia dyspozycję art. 95 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten pochodzi bezpośrednio z art. 18 ust. 2 Dyrektywy Unii Europejskiej 2014/24/UE. Zamawiający nie może więc odstąpić od stosowania przepisów, do stosowania których jest zobowiązany obowiązującymi regulacjami polskimi i unijnymi. **Zapytania w tym zakresie uznawać się będzie za bezzasadne i nie będą miały one wpływu na zmianę terminu trwania postępowania.**

Zamawiający wprowadził powyższy zapis, gdyż jest on nągminnie wykorzystywany przez Wykonawców do przeciągania terminu postępowania, choć doskonale zdają sobie sprawę i mają wiedzę i świadomość, że przepis ten nie jest ani wymysłem zamawiającego, ani ustawodawcy polskiego i pochodzi bezpośrednio z art. 18 ust. 2 Dyrektywy Unii Europejskiej 2014/24/UE. Zamawiający nie może odstąpić od stosowania przepisów, do stosowania których jest zobowiązany obowiązującymi regulacjami polskimi i unijnymi.

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 ponosi mniejsze koszty, uzyskując te same korzyści co z pracy pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę (podobnie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2016 r., sygn. I PK 139/15). Ponadto, w uzasadnieniu Rządowego projektu zmiany ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 366) ustawodawca zaznaczył, iż obok uregulowania statusu pracownika w zamówieniach publicznych ważne jest uwzględnienie aspektów społecznych poprzez na przykład stworzenie zachęt do stosowania klauzul społecznych przez zamawiających oraz wprowadzenie obowiązku postawienia warunku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane, w sytuacji gdy spełnione są kryteria stosunku pracy określone w art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

Pomocniczo należy wskazać na istotne ustalenia sądów pracy, określające charakter umowy o pracę:

- o tym, czy strony istotnie nawiązały umowę o pracę nie decyduje formalne zawarcie (podpisanie) umowy nazwanej umową o pracę oraz przedłożenie innych związanych z tym dokumentów, lecz faktyczne i rzeczywiste realizowanie na jej podstawie elementów charakterystycznych dla stosunku pracy (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 2 sierpnia 2016 r., sygn. III AUa 235/16 i wcześniejsze),
- stosunek pracy istnieje nawet wtedy, gdy strony w dobrej wierze zawierają umowę cywilnoprawną, lecz jej treść lub sposób realizacji odpowiada cechom stosunku pracy (wyrok Sądu Najwyższego z 3 czerwca 2008 r., sygn. I PK 311/07),
- umowa o pracę jest umową starannego działania; świadcząc umowę o pracę pracownik jest podporządkowany pracodawcy, co do czasu, miejsca i sposobu jej wykonywania (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 26 lipca 2016 r. sygn. III AUa 490/16 i wcześniejsze).

Należy jednak zwrócić uwagę na brzmienie przepisu art. 95 ust. 1 pzp, na który w rozdziale IV ust. 7 lit. a) specyfikacji warunków zamówienia zamawiający bezpośrednio się powołał.

Art. 95 ust. 1 pzp

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 2020 r. poz. 1320).

Oznacza to *a contrario*, że jeżeli wykonywanie czynności przez dane osoby nie polega na wykonywaniu pracy, w sposób określony w art. 22 § 1 kp, to wykonawca nie ma obowiązku zatrudniać tych osób na umowy o pracę. Podobnie rzecz się ma jeśli osoby, które wykonują czynności przy realizacji zamówienia są samozatrudnione.

Zamawiający w pełni podziela opinię wykonawcy, zaprezentowaną w przytoczonym wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu, VII Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 26 czerwca 2017 r. (sygn. akt.: VII Pa 9/17), że ratownikiem może być nie tylko osoba pracująca na umowę o pracę, ale również osoba pełniąca służbę w podmiocie uprawnionym do ratownictwa wodnego lub będąca członkiem tego podmiotu. Wskazuje na to także wprost Krajowa Rada Sportu i Ratownictwa „ratownik wodny musi być zatrudniony, pełnić służbę lub być członkiem podmiotu uprawnionego do wykonywania ratownictwa wodnego”.

Wykonawca w treści wniosku oraz w zaprezentowanych orzeczeniach nie wykazał, że z ratownikiem wodnym nigdy nie jest nawiązywany stosunek pracy, zgodnie z przepisami ustawy kp.

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 i nie ma on wpływu na zmianę terminu postępowania** zgodnie z zawartą w postępowaniu klauzulą.

W imieniu zamawiającego:

Ewa Wileńska