

ZP/PN/1/GTS/20

Gdańsk, dnia 21.05.2020r.

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej 214 000 zł na świadczenie usługi sprzątnięcia pomieszczeń w budynku Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego w Gdańsku przy ul. Wojciecha Bogusławskiego 1 oraz utrzymanie czystości przyległego terenu zewnętrznego.

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 1843, ze zm.), Zamawiający przekazuje wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), wraz z pytaniami.

Pytania wykonawcy:

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)”¹* 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.

¹ 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>.

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.

2. Z uwagi na wyjątkowość obecnej sytuacji związanej z epidemią koronawirusa COVID-19 na terenie całej Polski i nie tylko², 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 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

² 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.

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 zdeterminowanym 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 musiałyby być skalkulowane w cenie ofertowej, finalnie obciążającej budżet instytucji zamawiającej.

Odpowiedzi Zamawiającego:

ad. 1. Zamawiający potwierdza, iż SIWZ nie sprzeciwia się posługiwaniu się przy wykonywaniu usług pracownikami tymczasowymi zatrudnionymi przez agencję pracy tymczasowej. Należy pamiętać, iż wykonawca musi liczyć się z możliwością przeprowadzenia kontroli w zakresie spełnienia wymogu zatrudnienia osób wykonujących czynności określone w SIWZ na podstawie umowy o pracę i musi być zdolnym do potwierdzenia powyższego poprzez przedłożenie dowodów określonych w § 9 ust. 3 załącznika nr 5 do SIWZ.

ad. 2. Zgodnie z art. 29. ust. 3a ustawy Pzp, *zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi 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 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495).*

Żaden przepis szczególny nie zwalnia Zamawiającego z tego obowiązku. Zawieszenia obowiązywania klauzuli społecznej nie przewiduje również *Ustawa 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.*

Wobec powyższego Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmiany SIWZ w tym zakresie.