

Legnica, 31 stycznia 2020 roku

Wszyscy Wykonawcy

Postępowanie: **DB/077/ZPUII/01/2020**

Dotyczy: *postępowania na „Przeprowadzenie zajęć z języka angielskiego dla pracowników PWSZ im. Witelona w Legnicy w ramach projektu: Zintegrowany Program Rozwoju – etap II”.*

Działając w imieniu i na rzecz Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy, udzielam wyjaśnień ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu pn. ***„Przeprowadzenie zajęć z języka angielskiego dla pracowników PWSZ im. Witelona w Legnicy w ramach projektu: Zintegrowany Program Rozwoju – etap II”.***

Pytanie numer 1:

W pkt. III Ogłoszenia o zamówieniu na usługi społeczne „Opis przedmiotu zamówienia”, ppkt. 6 Zamawiający zastosował zapis:

Zamawiający wymaga aby lektorzy bezpośrednio realizujący przedmiot zamówienia po stronie Wykonawcy, byli zatrudnieni na podstawie umowy o pracę.

..... zwraca się z prośbą o wyjaśnienie dlaczego Zamawiający stosuje ograniczenie o charakterze ww. tj. wymagając zatrudnienia osób wykonujących bezpośrednio czynności związane z realizacją umowy, w zakresie nauczania języka angielskiego na podstawie umowy o pracę. Zdaniem Wykonawcy powyższe założenie jest błędne ze względu na nie wpisywanie się ww. czynności bezpośrednio w przesłanki wymienione w art. 22 §1 Kodeksu Pracy oraz wpływa na znaczne utrudnienie przy realizacji Zamówienia. Wykonawca prowadząc różne kursy językowe zarówno komercyjne jak i w ramach zamówień publicznych dostawał wiele sygnałów od osób prowadzących zajęcia z których jasno wynikało że nie chcą oni być angażowani na podstawie umowy o pracę (w znaczącej większości wykonywane usługi w ramach nauczania kursów językowych są działaniami dodatkowymi/uzupełniającymi w stosunku do pracy wykonywanej etatowo). Zgodnie z komentarzem do Kodeksu Pracy autorstwa Krzysztofa W. Barana aby można było mówić o wystąpieniu stosunku pracy muszą zajść wszystkie wymienione w Kodeksie Pracy elementy: „Dlatego też o charakterze umowy o świadczenie pracy nie może przesądzić tylko jeden jej element, ale całokształt okoliczności faktycznych. W przypadku ustalenia, że w łączącym strony stosunku prawnym występowały elementy obce stosunkowi pracy (np. brak podporządkowania, możliwość zastąpienia pracownika osobą trzecią), nie jest możliwa jego kwalifikacja do stosunku pracy.”. Zdaniem Wykonawcy charakter pracy lektora zawiera w sobie wymieniane w komentarzu elementy obce stosunkowi pracy, np. możliwość zastąpienia pracownika osobą trzecią - jak wynika z rozdziału IV, lit. A, ppkt. 2 Ogłoszenia o zamówieniu na usługi społeczne Wykonawca może dokonać zmiany lektora pod

warunkiem wystąpienia zgody Zamawiającego oraz spełnianiu przez przedstawioną osobę wszystkich kwalifikacji. Brzmienie przytoczonych powyżej punktów zakwestionować może również podporządkowanie pracownika bezpośrednio dla Wykonawcy. Warto bowiem wskazać, że Wykonawca nie ma decydującego głosu w sprawie zatrudnionej kadry, gdyż to Zamawiający wydaje zgody i „dopuszcza” danego pracownika do prowadzenia zajęć - co zgodnie z przytoczonym wcześniej komentarzem świadczy o niespełnianiu przesłanek zatrudniania na umowę o pracę. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż lektorzy pracować będą w budynku nie należącym do Wykonawcy - nie ma on więc również wpływu na panujące tam warunki (m.in. warunki w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy). Zgodnie z art. 94 Kodeksu pracy jednym z obowiązków pracodawcy jest m.in. zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz prowadzenie systematycznego szkolenia pracowników w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy. Dodatkowo zgodnie z art. 207 § 1 Pracodawca ponosi odpowiedzialność za stan bezpieczeństwa i higieny pracy w zakładzie pracy. W opinii Wykonawcy spełnienie ww. obowiązków przez Pracodawcę ma charakter „martwy” - z uwagi na fakt, że Wykonawca w istocie nie odpowiada za stan bezpieczeństwa i higieny pracy w zakładzie pracy tj. siedzibie Zamawiającego.

Dodatkowo warto zwrócić uwagę na fakt, iż Zamawiający zgodnie z rozdziałem III, pkt 3 Opisu Przedmiotu Zamówienia zastrzega sobie prawo do żądania zmiany prowadzącego bez podania przyczyny w trakcie trwania umowy. W przypadku wystąpienia takiej sytuacji podczas realizacji zamówienia za pomocą nauczycieli zatrudnionych na umowę o pracę będzie wysoce problematyczna, gdyż stosunku pracy zgodnie z obowiązującymi przepisami nie można po prostu z dnia na dzień przerwać - łączy się to z wypłacaniem rekompensat za nieodebrane dni wolne, trudno jest również zachować wymagany okres wypowiedzenia. Trudności te zostały przez ustawodawcę przewidziane i zgodnie z podanym wyżej komentarzem: „Natomiast nie jest możliwe do zaakceptowania stanowisko, wedle którego w ramach przyznanej autonomii strony nadają umowie o świadczenie pracy charakter mieszany, łączący elementy umowy o pracę i umowy zlecenia” - a jak warto zauważyć brak wpływu Wykonawcy na kadrę oraz jej możliwość pracy jest jedną z przesłanek nadających stosunkowi pracy charakter mieszany. Warto również zauważyć, że lektorzy ze względu na potrzebę zapewnienia ciągłości realizacji zajęć nie mogą skorzystać z przysługujących im dni wolnych, gdyż byłoby to równoznaczne z niezrealizowaniem określonych w harmonogramie zajęć podczas pobytu danej osoby na urlopie. Powyższe wskazuje więc, że nawet w przypadku terminowej realizacji umowy Wykonawca zobowiązany jest wypłacać lektorom odpowiednie rekompensaty za ustawowo przysługujące dni wolne - co dodatkowo podkreśla „sztuczność” zastosowanych umów o pracę.

Dodatkowo możliwość nierealizowania zajęć w okresie wakacyjnym kreuje problem, który opisany został w komentarzu do Kodeksu Pracy autorstwa Jaśkowski Kazimierz, Maniewska Eliza: „Obowiązek zatrudniania pracownika oznacza, że pracodawca jest obowiązany do umożliwienia mu rzeczywistego wykonywania pracy. Jeżeli tego nie czyni bez istnienia przyczyn usprawiedliwiających go (np. w razie przestoju - art. 81), pracownik może, na podstawie art. 22 § 1 k.p. w zw. z art. 471 k.c., przed sądem pracy dochodzić roszczenia dopuszczenie do pracy. W tej sytuacji, a także w innych licznych okolicznościach nieświadczenia pracy, pracownik ma prawo do wynagrodzenia tzw. gwarancyjnego. Nabywa on bowiem to prawo nie z tytułu wykonywania pracy, lecz dlatego, że przepis szczególny przyznaje mu prawo do wynagrodzenia (całkowitego lub częściowego). Szerzej zob. uwagi do art. 80 i 81. W odniesieniu do dopuszczalności rozwiązania przez pracownika umowy bez wypowiedzenia z winy pracodawcy z powodu bezzasadnego niedopuszczenia go do pracy”. W przypadku wyłączenia z realizacji zajęć miesięcy

wakacyjnych tj. lipca i sierpnia (możliwość taka opisana została w rozdziale II, pkt. 1 Opisu przedmiotu zamówienia) wystąpi niemożliwość Wykonawcy do umożliwienia osobom zatrudnionym na podstawie umowy o pracę rzeczywistego wykonywania pracy nie z jego winy. Dlaczego więc to Wykonawca ponosić ma negatywne konsekwencje źle dobranego przez Zamawiającego i narzuconego z góry stosunku pracy przy widocznych przesłankach stosowania umowy cywilnoprawnej?

Kolejną przesłanką cechującą umowy cywilnoprawne jest zmienność harmonogramu i czasu zaangażowania lektorów podczas wykonywania usługi. Zgodnie z zapisami Opisu przedmiotu Zamówienia zajęcia odbywać się będą w terminach dogodnych dla pracowników Zamawiającego ustalonych indywidualnie, zgodnie z ich możliwościami organizacyjnymi

w czasie niekolidującym z realizacją ważnych obowiązków służbowych. Analiza powyższego zapisu oraz praktyka Wykonawcy wskazują, iż terminy zajęć/ich ilość w czasie trwania umowy mogą ulegać zmianom. Ww. zmiany wpływać będą na czas zaangażowania lektorów podczas realizacji umowy. Prowadzi to do potrzeby ciągłego aneksowania umów o pracę z czym wiąże się konieczność wyliczenia dokładnej części etatu w poszczególnych miesiącach - zgodnie bowiem z art. 29 §1 ppkt. 4 umowa o pracę powinna posiadać określony czas pracy. Regularne zmiany czasu zaangażowania sprawiają że zapisy umów o pracę oraz wyliczenia odpowiedniej części etatu nabierają „sztucznego” charakteru. Zgodnie z wyrokiem KIO 830/17: „wobec wyraźnej cechy okresowości poszczególnych prac, w sposób oczywisty odpadnie przesłanka „stałości” czy też „ciągłości” realizacji poszczególnych zadań, co wyklucza zaliczenie takich świadczeń jako wykonywanych w ramach stosunku pracy. Część czynności może zostać wykonana w zakresie jednego dnia roboczego, a następnie, potrzeba ich powtórnej realizacji odpadnie na dłuższy okres czasu. W znaczącej liczbie wskazanych usług najistotniejszy jest efekt końcowy (wywiezienie śniegu; wywiezienie gałęzi), co tym samym przybliża je do wykonania w ramach umowy o dzieło aniżeli stosunku pracy. ” Wyrok dotyczył zatrudniania pracowników fizycznych wykonujących prace porządkowe na podstawie umowy o pracę - warto podkreślić jest że dotyczył on branży budowlanej w której przepisy zdecydowanie wyraźniej narzucają obowiązek zatrudniania pracowników na podstawie umowy pracę niż w przypadku usług społecznych. Należy zwrócić uwagę na to, że KIO odniosło się do braku stałości wykonywanej pracy jako wystarczającej przesłanki do możliwości zastosowania umowy cywilnoprawnej. Zgodnie z przytoczonymi powyżej argumentami oraz komentarzami do Kodeksu Pracy zdaniem Wykonawcy w przedmiotowym przypadku występuje kilka przesłanek świadczących o potrzebie użycia umowy zlecenie.

Warto zwrócić uwagę na to, że Krzysztof W. Baran pisze w swoim komentarzu do kodeksu, że: „Jeżeli umowa wykazuje wspólne cechy dla umowy o pracę i umowy prawa cywilnego z jednakowym ich nasileniem, o jej typie (rodzaju) decyduje zgodny zamiar stron i cel umowy, który może być wyrażony także w jej nazwie nie pozbawia stron swobody decydowania o treści charakterze łączącego je stosunku prawnego”. Dlatego więc Zamawiający wymaga zastosowania umowy o pracę w przypadku lektorów, mając na względzie wymienione w przedmiotowym piśmie argumenty Wykonawcy wskazujące na fakt, iż będzie to w znacznej mierze wpływać na utrudnienie realizacji zamówienia?

Warto również zauważyć, że zgodnie z interpretacją KIO dotyczącą wyroku przytoczonego powyżej: „należy krótko wskazać, iż ewentualne negatywne konsekwencje zatrudnienia pracownika w oparciu o umowę inną niż umowa o pracę, przy występowaniu cech stosunku pracy obciąża w tym przypadku wyłącznie pracodawcę/wykonawcę”. Oznacza to, że w przypadku zrezygnowania Zamawiającego z obowiązku zatrudnienia nauczycieli na umowę o pracę to

Wykonawca poniesie ewentualne negatywne konsekwencje w przypadku kontroli stwierdzającej wymóg stosowania umowy o pracę. Wychodząc więc naprzeciw potrzebom Wykonawcy oraz przedstawionych przez niego argumentów Zamawiający nie naraża się na żadne negatywne konsekwencje, a jedynie ułatwia prowadzenie procesu dydaktycznego co zdaniem przełoży się na wyższą jakość procesu nauczania - przyniesie więc korzyść zarówno Wykonawcy jak i Zamawiającemu. Mając na względzie powyższe uprzejmie proszę o wyjaśnienie ww. wskazanych wątpliwości i dokonanie ewentualnych stosownych zmian w Ogłoszeniu o zamówieniu na usługi społeczne - zgodnie z treścią wniosku przedstawionego przez Wykonawcę

Odpowiedź na pytanie numer 1:

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację.

Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp „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 wykonywanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 KP”. Przepis ten zgodnie z art. 138m ustawy Pzp ma również zastosowanie do usług społecznych.

Przedmiot zamówienia niewątpliwie jest usługą.

W ocenie Zamawiającego praca wykonywana przez lektorów stanowi pracę w rozumieniu kodeksu pracy. Zgodnie z art. 22 § 1 KP przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

W ocenie zamawiającego wszystkie przesłanki określone w art. 22 § 1 KP są w przypadku przedmiotowego zamówienia spełnione, w związku z czym uzasadnione jest zastosowanie dyspozycji art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.