

**Radca prawny Dariusz Ćwik**

OKREŚLANIE W POSTĘPOWANIU NA ROBOTY BUDOWLANE ZAKRESU CZYNNOŚCI, KTÓRYCH WYKONYWANIE MUSI BYĆ REALIZOWANE NA PODSTAWIE UMOWY O PRACĘ (art. 29 ust. 3a)

Stosunek pracy w zamówieniach publicznych – pół kroku, ale czy w dobrą stronę?

Kwestia stosunku pracy, nie tylko w zamówieniach publicznych, jest szeroko dyskutowanym tematem w przestrzeni publicznej. Stąd też, chcąc zrealizować chociaż część postulatów zgłaszanych przez uczestników życia publicznego, polski ustawodawca wprowadził do ustawy Pzp przepis nakładający na Zamawiającego obowiązek opisanie wymagania zatrudnienia na podstawie przepisów Kodeksu pracy, jako część opisu przedmiotu zamówienia. O ile, na pierwszy rzut oka, regulacja ta wydaje się odpowiadać na zapotrzebowanie społeczne, bliższe spojrzenie pozwala na dostrzeżenie również drugiej, zdecydowanie mniej pozytywnej, strony funkcjonowania tej konstrukcji w praktyce.

Zmiana przepisu

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 29 ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), dalej jako „ustawa 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*

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 2016 r. poz. 1666, 2138 i 2255 oraz z 2017 r. poz. 60 i 962)”. Przed wprowadzeniem powyższego przepisu w życie, obowiązywał przepis art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, który wskazywał, iż „Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności”.

Należy zauważyć zatem, że obecne brzmienie normy art. 29 ust. 3a ustawy Pzp stanowi istotną zmianę w stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego w tym zakresie, który wskazywał jedynie na uprawnienie do określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeśli było to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności. W obecnym stanie prawnym, określenie wymogów stanowi obowiązek Zamawiającego.

Nie bez znaczenia jest również cel, jaki przyświecał ustawodawcy przy wprowadzeniu tego przepisu do porządku prawnego. W opinii Urzędu Zamówień Publicznych wskazano, iż „*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*”¹⁾. Zatem, analizując treść przepisu i jego konsekwencje dla praktyki zamówień publicznych, należy mieć na uwadze powyższy kontekst.

Obowiązek Zamawiającego

O ile wcześniejsze brzmienie przepisu dotyczącego obowiązku zawarcia stosunku pracy w ramach realizacji zamówienia publicznego nie wypełniało zadania polegającego na upowszechnianiu tej formy zatrudnienia, o tyle stanowiło ono pewną opcję dla Zamawiającego, który chciał się zaangażować nie tylko w uzyskaniu jak najtańszego efektu umowy

¹⁾ *Opinia dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp>

w sprawie zamówienia publicznego, ale również chciał się zaangażować w realizację prospołecznych celów zamówień publicznych. Wskazać bowiem należy, iż Zamawiający miał prawo ustalić „realizację przedmiotu zamówienia w oparciu o stosunek pracy” jako jedno z kryteriów oceny ofert. W ten sposób istniała kolejna z opcji realizacji celu społecznego – Wykonawca mógł się przecież zobowiązać, że zatrudni na podstawie stosunku pracy wszystkie osoby realizujące przedmiot umowy, nie tylko te, co do których istniałoby uzasadnione „podejrzenie” dotyczące istnienia stosunku pracy (wykonywania pracy), w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy. To do Zamawiającego należało, czy zawrze takie kryterium oceny ofert i w jaki sposób je sprecyzuje. W obecnym stanie prawnym, taka możliwość została zastąpiona obowiązkiem wskazania prac, które mają zostać wykonane w trybie stosunku pracy. Zagadnienie to dostrzeżone zostało również przez doktrynę, która wskazała, iż *„czy nadal można stawiać kryterium zatrudnienia osób na umowę o pracę? Można, ale akurat to kryterium traci trochę sens. Nie można bowiem za pomocą takiego kryterium zastąpić wymogu wynikającego art. 29 ust. 3a Pzp. Jeśli zatem i tak trzeba określić, że pewne czynności w ramach realizacji zamówienia trzeba wykonać za pomocą osób zatrudnionych na podstawie stosunku pracy i jednocześnie stosowny wymóg ma obejmować wszelkie czynności, których charakter odpowiada charakterowi umowy o pracę – to gdzie jeszcze tu miejsce na kryterium? Co w nim oceniać? Czy jakkolwiek sens miałoby ocenianie zatrudnienia osób wykonujących inne czynności, skoro w stosunku do tych czynności Zamawiający ocenił, że stosunek pracy tu nie pasuje?”*²⁾. Problem został również dostrzeżony przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w jednym z wyroków wskazała, że *„o ile wymóg wykazania się osobami pozostającymi w stosunku pracy może, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 3a Pzp stanowić element opisu przedmiotu zamówienia, jako wynikający literalnie z przepisu, to przepisy dotyczące kryteriów oceny ofert na taką możliwość, w ocenie składu orzekającego nie wskazuje. Istotne jest spostrzeżenie, że opis kryteriów społecznych w art. 22 Pzp wyraźnie wskazuje, że ma się ono odnosić do osób których aktywizacja zawodowa jest trudniejsza, nie zaś polegać samej formie nawiązania stosunku pracy”*³⁾.

Tym większe budzi to wątpliwości, jeżeli weźmie się pod uwagę przepis art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp, zgodnie z którym, Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty określi wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywały po stronie Wykonawcy czynności wskazane przez Zamawiającego.

2) G. Bednarczyk, *Wymóg zatrudnienia na podstawie stosunku pracy w zamówieniu publicznym*, Buduj z Głową, nr 3/2017

3) Wyrok KIO z dnia 28.11.2016 r., sygn. akt KIO 2152/16

Wówczas Zamawiający jest zobowiązany w świetle art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp do wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności:

- a) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp;
- b) uprawnień Zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez Wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań;
- c) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Wskazać zatem należy, iż przepis „art. 29 ust. 3a Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek wskazania czynności wymagających zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Natomiast art. 36 ust. 2 pkt 8a Pzp każe Zamawiającemu określić rodzaj tych czynności, co jest pojęciem znacznie szerszym i niezośnym”⁴⁾.

Również interesujące z praktycznego punktu widzenia jest to, iż przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp nakłada obowiązek na Zamawiającego jedynie w zakresie usług i robót budowlanych. Niewątpliwie, w przypadku dostaw obowiązek takiego nie ma. W ramach zamówienia publicznego dotyczącego usług czy robót budowlanych, Zamawiający jest zobligowany wybrać, jakie czynności mają być wykonywane przez osoby pozostające w stosunku pracy. To do Zamawiającego zatem należy ocena, czy czynności wykonywane przez Wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia będą skutkowały istnieniem stosunku pracy. Jednocześnie wydaje się uprawnionym twierdzenie, że ilekroć rodzaj czynności charakteryzuje się takimi cechami, które wpisują się w cechy stosunku pracy w rozumieniu art. 22 § 1 K.p. – brak zakwalifikowania takich czynności do obowiązkowego wykonywania z wykorzystaniem instrumentów Kodeksu pracy, może być traktowany jako naruszenie nie tylko Prawa zamówień publicznych, ale także próbę działania pośrednio na obejście przepisów Kodeksu pracy, w szczególności w kontekście art. 22 § 11 K.p., zgodnie z którym zatrudnienie w warunkach określonych w § 1, jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy.

4) J. Balcewicz, *Zatrudnienie na umowę o pracę – regulacje*, Monitor Zamówień Publicznych, nr 5/2017

Przykłady stosowania

Jak już zostało wyżej wskazane, to do Zamawiającego należy ocena, jakie czynności w ramach przedmiotu zamówienia publicznego na usługę lub robotę budowlaną mają być podejmowane przez osoby pozostające w stosunku pracy, zatem niewątpliwie katalog tychże czynności jest otwarty.

Pierwszy katalog prac, który winien skutkować objęciem takim obowiązkiem został wskazany przez Urząd Zamówień Publicznych: *„co do zasady, pracowniczy charakter będą miały czynności wykonywane przez personel sprzątający (czynności sprzątania), czy ochroniarzy (czynności świadczenia usług ochrony). Powyższe czynności polegają na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 kodeksu pracy. [...] inne czynności informatyczne (np. polegające na usłudze help-desku) mogą [...] mieć charakter czynności polegających na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy”*.

Również orzecznictwo KIO wskazuje, jakie czynności winny zostać zakwalifikowane jako spełniające wymagania przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Pzp: *„w ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że zatrudnienie kierowców regularnej komunikacji miejskiej, pracowników zaplecza technicznego bazy transportowej oraz dyspozytorów nosi cechy stosunku pracy. Z tych względów omawiany wymóg nie narusza art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, wynika wprost z imperatywnej dyspozycji art. 29 ust. 3a ustawy Pzp”⁵⁾*.

Odmienne zaś stanowisko pojawiło się w doktrynie, zgodnie z którym: *„w zakresie czynności wykonywanych w ramach robót budowlanych przez kierowników budowy, kierowników robót, inspektorów nadzoru, Zamawiający nie jest zobowiązany stawiać wymogu ich wykonywania w stosunku pracy”⁶⁾*, jak również: *„do rozważenia pozostają kwestie związane ze świadczeniem niektórych usług informatycznych (np.: świadczonych przez programistów, integratorów systemów etc.), w szczególności, gdy są to osoby o wysokim poziomie kompetencji, posiadające rzadkie specjalizacje i niezbędne certyfikaty potwierdzające fachowość (i których zaangażowanie do realizacji przedmiotu zamówienia jest wymagane już na etapie składania ofert, czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu). Wydaje się, że czynności wykonywane przez te osoby nie polegają na świadczeniu pracy”⁷⁾*.

5) Wyrok KIO z dnia 26.04.2017, sygn. akt KIO 745/17; KIO 760/17

6) K. Zadykowicz-Sokół, *Obowiązek Zamawiającego określenia w opisie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane czynności, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy*, Zamawiający nr 22/2017

7) *Opinia dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp>

Praktyczne problemy

Choć przyznać należy, iż sam cel wprowadzenia przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Pzp jest jak najbardziej słuszny, o tyle sama treść tego przepisu jak i jego praktyczne wykorzystanie wydają się z różnych względów nie być zbieżnym z tym celem.

Pierwszą wątpliwością dotyczącą tego przepisu jest możliwość wykonania przedmiotu umowy przez samego przedsiębiorcę lub osobę samozatrudnioną. W takiej sytuacji nie jest możliwe bowiem zawarcie umowy o pracę z samym sobą. Zauważone to zostało również przez KIO, która w jednym z wyroków wskazała, iż „*czytając literalnie przepis art. 29 ust. 3a Pzp należałoby dojść do wniosku, że osoba prowadząca działalność gospodarczą nie jest w stanie spełnić wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, a więc nie może wziąć udziału w przetargu. Z drugiej jednak strony, trudno dyskryminować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Dlatego też art. 29 ust. 3a Pzp należy interpretować przez pryzmat celu, jaki przyświecał ustawodawcy. Celem tym było położenie kresu patologii związanej z wymuszaniem na pracownikach zgody na pracę na umowach śmieciowych. Art. 29 ust. 3a Pzp, dotyczy bowiem stosunków między Wykonawcą a pracownikami. Mamy tutaj do czynienia z czynnościami podejmowanymi bezpośrednio przez Wykonawcę, których przepis ten nie obejmuje. W zakresie spółki osobowej, w której wspólnicy będą samodzielnie świadczyli pracę w zakresie czynności określonych przez Zamawiającego, brak jest możliwości zastosowania obowiązku zatrudniania takich osób na umowę o pracę⁸⁾*”. O ile takie kwestie mogą wydawać się czysto teoretyczne, o tyle w przypadku postawienia Zamawiającego przed takim problemem, może się okazać niezwykle skomplikowany i trudny do rozwiązania, o czym dodatkowo może wskazywać konieczność skierowania sprawy do rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Mając na uwadze powyższe, zastanowić się należy, czy rzeczywiście ustawodawca dobrał odpowiednie narzędzia do realizacji celów społecznych. Jak zostało bowiem wskazane w piśmiennictwie, „*obowiązek zatrudniania na podstawie umowy o pracę stawia w uprzywilejowanej pozycji duże przedsiębiorstwa o ugruntowanej pozycji rynkowej i znaczących rezerwach kapitałowych, uniemożliwiając tym samym dostęp do zamówień mniejszym podmiotom⁹⁾*”. Co więcej, „*wskazywanie przez zamawiających wykonawcom, kiedy są zobowiązani zawrzeć z osobą wykonującą daną czynność umowę o pracę, stanowi niedopuszczalną ingerencję w sposób organizowania przez nich działalności gospodarczej. Należy bowiem pamiętać, że jeżeli Wykonawca jest w stanie tak zorganizować wykonywanie*

8) Wyrok KIO z dnia 24.11.2016 r., sygn. akt KIO 2101/16

9) P. Zatyka, *Klauzule społeczne w teorii i w praktyce*, Zamówienia Publiczne. Doradca, nr 11/2016

czynności, iż te nie będą nosiły cech charakterystycznych dla stosunku pracy, to Zamawiający nie może od niego wymagać zatrudnienia osób je wykonujących na podstawie umowy o pracę. Oznaczałoby to bowiem rażące naruszenie zagwarantowanej konstytucyjnie wolności działalności gospodarczej, a także mogło powodować naruszenie unijnych regulacji dotyczących swobody przedsiębiorczości¹⁰⁾. Potwierdzać zdaje się to orzecznictwo Sądu Najwyższego, które wskazuje, iż przepisu art. 22 § 1 Kodeksu pracy nie należy rozumieć jako prawnego domniemania stosunku pracy, a cywilnoprawne formy zatrudnienia nie są ani sprzeczne z art. 20 i art. 24 Konstytucji ani z prawem unijnym¹¹⁾.

Po wtóre, na Zamawiającego został nałożony nowy obowiązek, dotychczas mu nieznan, w ramach przygotowania opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający zobowiązani są samodzielnie określić katalog czynności jakich wykonywanie jest niezbędne przy realizacji zamówienia obejmującego usługi lub roboty budowlane. Stąd też, Zamawiający musi, niejako, wcielić się w rolę Wykonawcy i samodzielnie przeanalizować, jakie zasoby ludzkie winny zostać wykorzystane przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia, a także jakie czynności te osoby będą wykonywać. Wydaje się to niemalże niemożliwe do bezbłędnego wykonania. O ile bowiem w przypadku prostych, ustandaryzowanych zamówień publicznych Zamawiający może wiedzieć, chociażby z własnego doświadczenia, jakie czynności zostaną wykonane przy realizacji przedmiotu zamówienia (a przez to, w jakich przypadkach niezbędne jest zawarcie stosunku pracy), o tyle w przypadku zamówień skomplikowanych lub wcześniej nie przeprowadzanych przez Zamawiającego (w skrajnym przypadku – przez Zamawiających) nie jest to łatwe do wykonania. Wobec tego, „Zamawiający będzie musiał nabyć nową kompetencję, której praktycznym wyrazem będzie umiejętność rozpisania opisu przedmiotu zamówienia na czynności wykonywane przez poszczególne osoby zaangażowane przy realizacji świadczenia. Po ustaleniu czynności przypisanych do osób wykonujących zamówienie, konieczne będzie badanie, czy któraś ze zidentyfikowanych czynności nosi znamiona stosunku pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. W odniesieniu do takich czynności konieczne będzie postawienie wymogu zatrudnienia przy ich realizacji osób w ramach umowy o pracę¹²⁾. Niemniej jednak, „wykonanie obowiązku Zamawiającego wynikającego z art. 29 ust. 3a Pzp, do wskazania czynności w zakresie realizacji robót budowlanych jest praktycznie niewykonalne. Bezrefleksyjne stosowanie powołanego przepisu, może prowadzić do niebezpiecznego ograniczenia konkurencji na rynku zamówień

10) <http://www.rp.pl/Firma/312209994-Obowiazkowe-umowy-o-prace-w-przetargach-publicznych.html#ap-1>

11) Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11.09.2013 r., sygn. akt II PK 372/12

12) <http://www.zamowienia-publiczne.lex.pl/czytaj/-/artykul/klopotliwy-wymog-zatrudnienia-na-umowe-o-prace-w-nowelizacji-pzp>

publicznych i podnieść wysokość oferowanych cen. Niezbędne jest możliwie niezwłoczne dokonanie nowelizacji analizowanych przepisów tak, aby Zamawiający nie byli zobowiązani do wskazywania czynności wykonywanych w ramach robót budowlanych, których ma dotyczyć wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę¹³⁾. Co więcej, przeniesienie obowiązku wskazania tych czynności i prac objętych stosunkiem pracy na Wykonawcę naruszać będzie przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, bowiem „niedopuszczalne jest zarówno scedowanie tego obowiązku na Wykonawcę, np. w formie zapisu, że jeśli Wykonawca ujawni po swojej stronie czynności o takim charakterze, zobowiązany będzie zawrzeć je z pracownikami wykonującymi umowy o pracę, jak też nadmiernie ogólne ich wskazanie, np. w formie zapisu, że Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności o takim charakterze”¹⁴⁾. Swoiste odwrócenie ról w powyższym zakresie wymagałoby kolejnej zmiany przepisów ustawy.

Kolejną trudnością przy realizacji treści przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Pzp może okazać się sposób weryfikacji stawianego wymogu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z punktu widzenia Zamawiającego, taka informacja może być przydatna na tym etapie. Niemniej jednak, nie został on wyposażony przez ustawodawcę w odpowiednie narzędzia w tym zakresie. Jak wskazuje KIO, „klauzula zatrudnienia pracowniczego odnosi się do warunków realizacji zamówienia publicznego, a nie cech, które powinien posiadać podmiot ubiegający się o jego udzielenie. Zatrudnienie pracowników na podstawie umowy o pracę nie jest kryterium wyboru Wykonawcy ani kryterium udzielenia zamówienia”¹⁵⁾.

Skoro zatem Zamawiający nie ma możliwości sprawdzenia Wykonawcy w tym zakresie w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zasadnym wydaje się postawienie pytania, czy na etapie realizacji umowy Zamawiający posiada uprawnienia do weryfikacji zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, zgodnie z wymaganiami opisanymi w opisie przedmiotu zamówienia, w szczególności w SIWZ.

Najbardziej efektywnym i najłatwiejszym sposobem weryfikacji spełnienia tego warunku zdaje się być udostępnienie Zamawiającemu (kopii) zawartych umów. Jednakże, w tej sytuacji powstaje wiele wątpliwości natury prawnej. Po pierwsze, żaden przepis prawa nie przyznaje Zamawiającemu takiego prawa oraz nie nakłada na Wykonawcę obowiązku udostępnienia przedmiotowych umów. Jak zostało wskazane w piśmiennictwie, „przekazywanie

13) K. Zadykowicz-Sokół, *Obowiązek Zamawiającego określenia w opisie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane czynności, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy*, Zamawiający nr 22/2017

14) M. Olszewska, *Wokół zatrudnienia na umowę*, Monitor Zamówień Publicznych nr 1/2017

15) Wyrok KIO z dnia 03.04.2017, sygn. akt KIO 486/17, KIO 492/17

Zamawiającemu kopii umów o pracę oraz zakresów obowiązków osób zatrudnionych u Wykonawcy jest równoznaczne z udostępnieniem szerokiego zakresu danych osobowych, które nie są Zamawiającemu niezbędne z punktu widzenia celu, jakim jest kontrola spełniania przez Wykonawcę wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia określonych warunków przez Wykonawcę¹⁶⁾. Problem ten został również zauważony przez Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, który w piśmie do Prezesa UZP wskazał, że dla realizacji wspomnianego obowiązku weryfikacji powinno wystarczyć złożenie przez Wykonawcę oświadczeń w tym przedmiocie lub przedłożenie zanonimizowanych dokumentów. W opinii GIODO na potrzeby weryfikacji dostęp do danych osobowych pracowników jest zbędny, a istotne jest jedynie wykazanie samego faktu zatrudniania osób w wymaganej formie. Jedynie zgoda pracownika realizującego przedmiot zamówienia publicznego na udostępnienie umowy Zamawiającemu mogłaby niejako umożliwić realizację tego pomysłu. Niemniej jednak, pamiętać należy o nierównowadze stron (pracownik – pracodawca) w ramach stosunku pracy, gdzie pracodawca w skrajnym modelu mógłby zagrozić zwolnieniem pracownika za niewyrażenie stosownej zgody. Nawet przyjmując, iż do takiej dobrowolnej zgody by doszło, może ona w każdej chwili zostać odwołana, co niweczyłoby całą ideę realizacji tego pomysłu.

Wydaje się zatem, że najłatwiejszą z opcji będzie odpowiednie skonstruowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, które we właściwy sposób zabezpieczą interes Zamawiającego w zakresie prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. W związku z tym, Zamawiający winien wykorzystać dotychczasowe mechanizmy informacyjne wymagane od Wykonawcy, z uwzględnieniem stosunków pracy przy realizacji przedmiotu zamówienia, poprzez obowiązki informacyjne polegające na oświadczeniach Wykonawcy, przy jednoczesnym dotkliwym w skutkach zagrożeniu w razie niepotwierdzenia się oświadczeń okoliczności.

Kolejną z opcji wydawać się może zaangażowanie właściwych organów państwa do weryfikacji przestrzegania przedmiotowych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, czyli w szczególności Państwowej Inspekcji Pracy. Niemniej jednak, takie działanie nie posiada waloru „szybkości”. PIP bowiem posiada ograniczone zasoby (w tym zasoby ludzkie) i może nie być w stanie odpowiednio szybko zareagować na każde wezwanie Zamawiającego, w szczególności jeżeli chociażby znaczna część Zamawiającego zdecydowała się na zaangażowanie PIP.

¹⁶⁾ Redakcja Zamówienia Publiczne. Doradca, *Zatrudnianie na podstawie umowy o pracę*, Zamówienia Publiczne. Doradca 2016/11/

Również sama treść przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Pzp wydaje się nie odpowiadać rzeczywistości gospodarczej. Przepis ten wskazuje, iż praca ma być wykonywana w oparciu o umowę o pracę. Zastanawiającym jest, że ustawodawca zaakcentował tylko i wyłącznie ten jeden typ umowy w zakresie stosunku pracy – umowy o pracę. Słuszne zatem wydaje się postawienie pytania, czy inne formy realizacji stosunku pracy, w oparciu o przepisy Kodeksu pracy, spełniają wymagania zawarte w powyższym przepisie. Jak wskazuje doktryna, „skoro celem ustawodawcy było <<wzmocnienie ochrony pracowników>>, a zarazem z punktu widzenia [Pzp] nie ma istotnych argumentów na rzecz różnicowania sytuacji osób zatrudnionych na podstawie umowy pracę w stosunku do sytuacji pracowników zatrudnionych na innych podstawach, to opierając się na założeniu o aksjologicznej konsekwentności prawodawcy należy przyjąć, że art. 29 ust. 3a zobowiązuje Zamawiającego do określania w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę lub na innych podstawach stosunku pracy”¹⁷⁾. Istotnie zatem, wykładnia aksjologiczna mogłaby prowadzić do wniosku, że również inne formy zatrudnienia pracowniczego spełniają wymagania zawarte w przepisie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Niemniej jednak, dopóki nie zapadnie prawomocne orzeczenie sądu mające za przedmiot taką kwestię, nie jest możliwe udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na tak postawione pytanie, przynajmniej przy uwzględnieniu dorobku orzeczniczego, który wydaje się stanowić najbardziej miarodajną wykładnię regulacji.

Podsumowanie

Nie może ulec wątpliwości, iż idea społecznie zaangażowanych zamówień publicznych jest wartością samą w sobie i należy popierać inicjatywy mające na celu jak najpełniejsze wprowadzenie postulatów tej idei w życie. Niemniej jednak, to odpowiednie przeniesienie pomysłu na grunt przepisów prawa powszechnie obowiązującego pozwolić może na właściwe osiągnięcie założonych celów. W przypadku regulacji określonej w przepisie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp powstaje wątpliwość, czy dobrano odpowiednie środki do realizacji celów. Opierając się wyłącznie o przedstawione w niniejszym artykule przykłady i wątpliwości praktyczne, wskazać by należało, iż nałożone na Zamawiającego obowiązki nie współpracują z wynikami, jakie powinny zostać osiągnięte. Brak odpowiednich narzędzi oraz niemożność stosownej weryfikacji określonych obowiązków, w pewien sposób, przekreśla szlachetną ideę wyrażoną w treści przepisu art. 29 ust. 3a

¹⁷⁾ J. Kola, Wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający nr 19/2016

ustawy Pzp. Stąd też, właściwa analiza wskazanych powyżej wątpliwości i problemów może pozwolić na znowelizowanie przepisu i dostosowanie go do otaczającej rzeczywistości gospodarczej, bez jednoczesnej utraty celu powszechnie aprobowanego.

Dariusz ĆWIK – Radca prawny, Partner Zarządzający w Kancelarii Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Spółka Partnerska w Warszawie. W latach 2004-2007 orzekał, jako Przewodniczący Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych. Arbiter Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie. Specjalizuje się w prawie zamówień publicznych, prawie cywilnym i prawie autorskim, obsługuje także projekty finansowane ze środków UE. Posiada wieloletnie doświadczenie w doradztwie prawnym na rzecz podmiotów z sektora publicznego, w tym ochrony zdrowia, także z sektora prywatnego. Z powodzeniem reprezentuje klientów m.in. przed Krajową Izbą Odwoławczą, sądami powszechnymi czy Główną Komisją Orzekającą ds. Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Finansów. Świadczył usługi prawne m.in. dla MIR, MKiDN, MS, Centrali ZUS, szpitali warszawskich, GDDKiA oddział w Rzeszowie, Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, Centrali ARiMR, Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich, PARR, PGNiG.