



Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Oddział Regionalny w Lublinie

ul. Droga Męczenników Majdanka 12, 20-325 Lublin
tel.: (81) 746-31-91; 759-34-10; fax 746-22-38
www.krus.gov.pl, e-mail: lublin@krus.gov.pl
Informacje Wydziałów: Świadczeń (81) 759-34-68, 759-34-69,
Ubezpieczeń (81) 759-34-78, 759-34-77, Zasiłków (81) 759-34-67

Lublin, dn. 15.05.2020 r.

0800-OP.261.10.2020

*Do wszystkich Wykonawców,
którzy pobrali SIWZ*

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa polegająca na utrzymaniu czystości w Placówkach Terenowych KRUS w Radzynie Podlaskim, Białej Podlaskiej, Łukowie i Parczewie” - znak sprawy: 0800-OP.261.10.2020

Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Oddział Regionalny w Lublinie zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm. zwanej dalej ustawą Pzp) udostępnia treść zapytań dotyczących Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, które wpłynęły do Zamawiającego w ww. postępowaniu, wraz z odpowiedziami:

Pytanie nr 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*

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.

należy zatrudnienie na podstawie umowy o pracę tymczasową, która stanowi szczególnie 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.

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 pojmuje 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.

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Zasady zatrudniania pracowników tymczasowych przez pracodawcę będącego agencją pracy tymczasowej oraz zasady kierowania tych pracowników i osób niebędących pracownikami takich agencji do wykonywania pracy tymczasowej na rzecz pracodawcy użytkownika reguluje ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1563; zwana dalej ustawą o zpt). Ustawa ta wdraża dyrektywę 91/383/EWG z 25 czerwca 1991 r. uzupełniającą środki prawne mające wspierać poprawę bezpieczeństwa i zdrowia w pracy pracowników pozostających w stosunku pracy na czas określony lub w czasowym stosunku pracy (Dz. Urz. WE L 206 z 29.07.1991 r.,s. 19-21).

Praca tymczasowa pozwala na aktywizowanie ludzi bezrobotnych do podejmowania pracy i zwiększa ich szanse na stałe zatrudnienie. Z kolei przedsiębiorcy dzięki tej formie zatrudniania mogą szybko pozyskać potrzebnych pracowników bez potrzeby przeprowadzania procesu rekrutacji, dostosować liczbę pracowników do swoich bieżących potrzeb, a także obniżyć koszty związane z zatrudnianiem pracowników (pracownik tymczasowy jest pracownikiem agencji, a nie przedsiębiorcy, na rzecz którego wykonuje zadania).

Specyfiką pracy tymczasowej jest występowanie trzech podmiotów: agencji pracy tymczasowej, pracownika tymczasowego i pracodawcy użytkownika.

Agencja pracy tymczasowej - jest to podmiot prowadzący działalność polegającą na zatrudnianiu pracowników tymczasowych i kierowaniu tych pracowników oraz osób niebędących pracownikami do wykonywania pracy tymczasowej na rzecz i pod kierownictwem pracodawcy użytkownika, na zasadach określonych w przepisach o zatrudnianiu pracowników tymczasowych.

Pracodawca użytkownik - jest to podmiot wyznaczający pracownikowi skierowanemu przez agencję pracy tymczasowej zadania i kontrolujący ich wykonanie. W tym celu zawiera umowę z agencją pracy tymczasowej w celu pozyskania pracowników tymczasowych do wykonywania określonych zadań na jego rzecz.

Pracownik tymczasowy – jest to pracownik zatrudniony przez agencję pracy tymczasowej wyłącznie w celu wykonywania pracy tymczasowej na rzecz i pod kierownictwem pracodawcy użytkownika. Oznacza to, że pracodawcą dla pracownika tymczasowego w rozumieniu Kodeksu pracy jest agencja pracy tymczasowej, natomiast pracodawca użytkownik korzysta z pracy wykonywanej przez tego pracownika.

Zgodnie z zapisami SIWZ:

1. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu stosuje klauzulę społeczną na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Zamawiający wymaga aby wśród osób wykonujących czynności

w trakcie realizacji zamówienia, osoby wykonujące tzw. serwis dzienny, o którym mowa w Załączniku nr 1 do SIWZ – Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia były zatrudnione na umowę o pracę zawartą na podstawie Kodeksu Pracy.

2. Osoby te muszą być zatrudniane na umowę o pracę zgodnie z art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2019r. poz. 1040 ze zm.). Powyższy warunek zostanie spełniony poprzez zatrudnienie na umowę o pracę nowych pracowników lub wyznaczenie do realizacji zamówienia zatrudnionych już u Wykonawcy pracowników.

Zgodnie z zapisami § 6 wzoru umowy (Rozdział II SIWZ – Wzór umowy):

1. Wykonawca w całym okresie realizacji przedmiotu umowy zobowiązuje się zatrudnić osoby wykonujące tzw. serwis dzienny na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks Pracy (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1040 z późn. zm.).
2. Wykonawca zobowiązuje się do przedłożenia Zamawiającemu w ciągu 5 dni od daty podpisania umowy, oświadczenia o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób, o których mowa powyżej. Oświadczenie powinno zawierać: dokładne dane Wykonawcy składającego w/w dokument, datę złożenia w/w dokumentu, wskazanie czynności jakie będą wykonywać osoby zatrudnione na umowę o pracę wraz ze wskazaniem liczby tych osób, rodzaju umowy o pracę i wymiaru etatu oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu Wykonawcy.

Ponadto Zamawiający wskazuje, że z uwagi na wymóg wynikający z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, zatrudnienie osób wskazanych w SIWZ musi być realizowane na podstawie umowy a pracę i w związku z powyższym Zamawiający nie dopuszcza posługiwania się przez Wykonawcę do wykonywania tzw. serwisu dziennego osobami kierowanymi przez agencje pracy tymczasowej w trybie art. 7 ust. 2 ustawy o zatrudnieniu pracowników tymczasowych. W tej sytuacji brak jest spełniana koniecznego z mocy art. 29 ust 3a ustawy Pzp wymogu zatrudnienia w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy.

Pytanie nr 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*

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.

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 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 uzasadnieniu 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 uzasadnienie 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 musiały być skalkulowane w cenie ofertowej, finalnie obciążającej budżet instytucji zamawiającej.

Odpowiedź na pytanie nr 2:

W zakresie wynikającym z pytania Wykonawcy, treść Specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ulega zmianie, gdyż zgodnie z uregulowaniem zawartym w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do określenia, w opisie przedmiotu zamówienia na usługi, wymagań dotyczących zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę, na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących wskazane przez niego 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 (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1040 z późn. zm.) i brak jest, w chwili obecnej, jakichkolwiek podstaw prawnych, uprawniających, powołanego już Zamawiającego, do odstąpienia od jego stosowania w pełnym zakresie, zaś potencjalnie mające zastosowanie w sytuacji, opisanej przez Wykonawcę, odpowiednie uregulowania, zawarte w ustawie 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm.), w szczególności zaś zawarte w jej art. 15r, dotyczące możliwości wprowadzenia zmian w umowach w przypadkach oraz na zasadach w niej określonych, mają zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do zmian umów już zawartych - co należy bezspornie uznać za wysoce racjonalne oraz celowe, kompleksowe działanie ze strony ustawodawcy, który uwzględnił fakt, że żadnej ze stron postępowania, a następnie umowy - do momentu, gdy Wykonawca przystąpi do faktycznej realizacji jej przedmiotu, nie są znane wszystkie okoliczności, w jakich przyjdzie im podjąć współpracę, a tym samym, czy rzeczywiście koniecznym będzie, w przyszłości, przy uwzględnieniu dynamicznie zmieniającej się sytuacji, wprowadzenie zmian, postulowanych przez Wykonawcę wyłącznie w oparciu o sytuację bieżącą. Zamawiający pragnie również zauważyć że na chwilę obecną realizowane są kolejne etapy rządowego harmonogramu odmrażania gospodarki.

W związku z powyższym Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zaproponowanych zmian w dokumentacji przetargowej.

Ponieważ udzielone wyjaśnienia, dotyczące treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz nie wymagają dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, zarówno termin składania, jak również termin otwarcia ofert - nie ulegają (odpowiednio) przedłużeniu oraz przesunięciu.

DYREKTOR



mgr inż. Kazimierz Robert Gorczyca