

W/58/2020

PBE/88125/595/2020

Gdańsk, dnia 31 lipca 2020 r.

Szanowna Pani

Anna Adamska-Makowska

Prezes

Expo-Łódź Sp. z o.o.

ŻÓŁTA KARTKA

dla:

EXPO Łódź

za wybór oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą:

„Całodobowa ochrona osób i mienia w hali wielofunkcyjnej

EXPO-Łódź Sp. z o.o.”

Szanowna Pani Prezes,

W powyższym zamówieniu zamawiający preferował wykonawców zatrudniających jak największą ilość pracowników na podstawie umowy o pracę (zastosowane kryterium pozacenowe), a wybrał ofertę: Agencja Ochrony TRANSFER Sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, ze stawką za 1 roboczogodzinę na poziomie 14,60 zł netto.

Cena wybranej oferty nie pokrywa wszystkich kosztów realizacji umowy. Nie pozwala nawet na pokrycie podstawowych kosztów prawidłowego zatrudnienia pracowników według obecnie obowiązujących przepisów (zestawienie poniżej). Poniższa kalkulacja uwzględnia jedynie podstawowe koszty pracodawcy wynikające z zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Koszty te są jeszcze wyższe, jeśli weźmie się pod uwagę obowiązkowe odpisy na ZFŚS, czy koszty obowiązkowego umundurowania i wyposażenia pracowników. Również wysokość składki wypadkowej może się różnić w zależności od podmiotu świadczącego usługi.

Zwracamy się o przedstawienie przez EXPO Łódź informacji, czy została przeprowadzona kontrola realizacji wymagań zawartych w SIWZ oraz umowie z wykonawcą, zwłaszcza w zakresie wymogu zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę. Żądamy także informacji, czy zamawiający zwracał się do wykonawcy o przedstawienie

szczegółowych wyjaśnień dotyczących wybranej oferty oraz czy wyjaśnienia te zostały poddane analizie i kalkulacji pod kątem spełniania wymagań zamawiającego i przestrzegania przez wykonawcę przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych.

Nadrzędnym celem, który przyświeca NSZZ Solidarność oraz Federacji Przedsiębiorców Polskich jest piętnowanie niewłaściwych działań zamawiających w zakresie kontroli ofert oraz wykonawców. Zaniedbania zamawiających prowadzą bowiem do pozbawienia pracowników gwarantowanego prawem bezpieczeństwa socjalnego oraz uczciwej płacy. Przestrzeganie prawa przez zamawiających i ich dbałość, aby prawa przestrzegali wykonawcy zamówień publicznych jest niezbędne, aby zapewnić uczciwą konkurencję.

Podstawowy koszt 1 roboczogodziny pracy pracownika ochrony zatrudnionego na umowę o pracę, przy średniej liczbie 168 roboczogodzin w miesiącu to przynajmniej 22,37 zł/h + VAT.



Henryk Nakonieczny

Członek Prezydium
Komisji Krajowej NSZZ „Solidarność”



Marek Kowalski

Przewodniczący
Federacja Przedsiębiorców Polskich

Do wiadomości:

1. Hanna Zdanowska, Prezydent Miasta Łodzi
2. Artur Szymbara, p.o. Okręgowy Inspektor Pracy w Łodzi
3. Hubert Nowak, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
4. Marlena Małąg – Minister Rodziny, Pracy i Polityki społecznej
5. Jadwiga Emilewicz – Wiceprezes Rady Ministrów, Minister Rozwoju

Załączniki:

1. Kalkulacja kosztów pracy
2. Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy PZP

KALKULACJA KOSZTÓW PRACOWNICZYCH

1. **Wynagrodzenie brutto razem → 2 773,33 zł miesięcznie**
 - Minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto od 01.01.2020 roku → **2 600 zł**
 - Dodatek za pracę w porze nocnej (20 %) → $2600 / 168 \text{ godz.} \times 20\% \times 60 \text{ godz.} \rightarrow$
173,33 zł
2. **Składki ZUS pracodawcy (19,74% od 2 773,33) → 547,46 zł**
 - emerytalna 9,76% → 270,68
 - rentowa 6,50% → 180,27
 - wypadkowa* 0,93% → 25,79
 - fundusz pracy 2,45% → 67,95
 - fundusz GŚP 0,10% → 2,77
3. **SUMA: wynagrodzenie brutto + składki → 3320,79 zł**
4. **Wyliczenie świadczenia urlopowego w skali jednego miesiąca → 342,62 zł**
 - 3320,79 przychód: 21 dni średnio w miesiącu x 26 dni wymiar urlopu pracownika
x 12 miesięcy w skali roku
5. **Wyliczenie wynagrodzenia chorobowego za 10 dni → 53,18 zł**
 - 2773,33 przychód → 380,22 składki (13,71% z 2773,33) / 30 dni wg ustawy ZUS
= 79,77 dzienna stawka 100%
 - $79,77 \times 80\% = 63,81$ dzienna stawka x 10 dni wynagrodzenia chorobowego /
12 miesięcy w skali roku
6. **Podstawowy miesięczny koszt utrzymania pracownika → 3 716,59 zł
(przy 168 godzinach miesięcznie)**

Suma pozycji 3, 4, i 5
7. **Koszt podstawowy 1 roboczogodziny pracy pracownika → 22,12 zł**

Godziny pracy w 2020 to 2024/12, co daje 168,67 miesięcznie
8. **Koszt PPK (miesięczny) → 41,60 zł**

Najpóźniej od 12.11.2019r. dla firm z zatrudnieniem od 250 osób, koszt pracodawcy
to 1,5% kwoty brutto
9. **Koszt pracownika z uwzględnieniem PPK – 22,37 zł.**

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp¹

Obowiązek zamawiającego określania 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 (art. 29 ust. 3a ustawy Pzp)

Zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” wprowadzonym uchwaloną w dniu 22 czerwca 2016 r. ustawą o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, 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 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.), dalej jako: „Kodeks pracy”. Należy zauważyć, że powyższy przepis stanowi istotną zmianę w stosunku do dotychczasowych regulacji w tym zakresie, które wskazywały 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 (dotychczasowy art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp). 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 na 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.

Należy również zauważyć, że ustawodawcy europejskiemu także nie jest obce dążenie do usankcjonowania przestrzegania przepisów m.in. z zakresu prawa pracy, czemu dał wyraz w treści art. 18 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.), zwanej dalej: „dyrektywą klasyczną”, zgodnie z którym państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa socjalnego, prawa pracy i prawa ochrony środowiska, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa

pracy wymienionych w załączniku X dyrektywy klasycznej. A zatem, brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp odpowiada także na zapotrzebowanie dostosowywania krajowego systemu zamówień publicznych do standardów europejskich.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to po stronie zamawiającego będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności. Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy/podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Przepis art. 22 § 1 Kodeksu pracy określa konstytutywne cechy stosunku pracy: a) wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy, b) wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy, c) w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę, d) i w czasie przez niego wyznaczonym, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy to zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem. Należy stanowczo podkreślić, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający będzie określał wymagania dotyczące zatrudniania na umowę o pracę. W pierwszej kolejności należy wskazać, że obowiązek ten nie dotyczy dostaw, także w sytuacji gdy wchodzi one w zakres danego zamówienia, w tym w szczególności zamówienia na roboty budowlane. W drugiej kolejności podnieść należy, że w zamówieniach na usługi i roboty budowlane, do których wprost odwołuje się art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, taki obowiązek będzie dotyczył tylko tych zamówień publicznych, w których wykonywanie czynności w ramach jego realizacji będzie polegało na wykonywaniu pracy zgodnie z brzmieniem art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Natomiast, w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym będzie spoczywał ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia. W zakresie oceny, czy dana czynność ma charakter stosunku pracy pomocne może być bogate orzecznictwo sądów pracy. Pomocniczo należy wskazać na istotne ustalenia sądów pracy określające charakter umowy o pracę:

- 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),
- kwalifikując konkretną umowę [umowa o dzieło] należy badać w pierwszej kolejności czy świadczenie będące przedmiotem zobowiązania ma cechy dzieła - polega na osiągnięciu w przyszłości z góry określonego, samoistnego, obiektywnie osiągalnego i subiektywnie pewnego rezultatu ludzkiej pracy czy twórczości, mającego postać materialną lub też niematerialną, ale ucieleśnioną. (...) z takim założeniem co do zasady nie koresponduje wykonywanie czynności

powtarzalnych [charakteryzujące umowę o pracę] (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 13 listopada 2015 r. sygn. III AUa 770/15).

W tym miejscu zasadne jest wskazanie, które czynności w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych, co do zasady, mogą polegać na świadczeniu pracy, a które nie. Podnieść należy, że jest to katalog przykładowy i otwarty, a jego konkretyzacja następuje w odniesieniu do stanu faktycznego zamówienia.

Co do zasady, pracowniczy charakter będą miały czynności wykonywane przez personel sprząający (czynności sprzątania), czy ochroniarzy (czynności świadczenia usług ochrony). Powyższe czynności polegają na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 kodeksu pracy.

Z kolei, w ocenie Urzędu czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.), zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same te zadania realizują.

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. Z kolei inne czynności informatyczne (np. polegające na usłudze help-desku) mogą już mieć charakter czynności polegających na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy.

Odnajdując czynności mające charakter czynności z Kodeksu pracy, zamawiający będzie zobowiązany do wyspecyfikowania wszystkich tych czynności. Niezgodne z treścią art. 29 ust. 3a ustawy Pzp byłoby wskazanie tylko niektórych czynności, choćby miały znaczenie doniosłe dla zamawiającego i pominięcie innych mających np. znaczenie drugorzędne. Niedopuszczalne będzie zarówno scedowanie tego obowiązku na wykonawcę, np. w formie zapisu, że jeśli wykonawca ujawni po swojej stronie czynności o takim charakterze zobowiązany będzie zawrzeć z pracownikami je 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 podczas realizacji, etc. Oba opisane powyżej przypadki nie tylko mogą skutkować złożeniem przez wykonawców nieporównywalnych cenowo ofert (wykonawcy mogą różnie oceniać charakter tego samego stosunku, którego ocena należy do zamawiającego), ale też są niezgodne z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który w odniesieniu do precyzji opisu przedmiotu zamówienia zachowuje swoją moc. Podkreślić należy, że zamawiający zasadniczo nie zastępuje wykonawcy w określeniu sposobu realizacji świadczenia. Z tego też tytułu zamawiający, co do zasady, nie wskazuje czynności wykonywanych na podstawie umowy o pracę z podziałem na wykonawców i podwykonawców. Zamawiający zasadniczo nie określa też, jaka liczba osób po stronie wykonawcy będzie brała udział w realizacji zamówienia, nie decyduje o systemie zmianowym etc. Zamawiający powinien natomiast wprowadzić do umowy zapis, w którym przewidzi zobowiązanie wykonawcy do wykonywania opisanych przez zamawiającego czynności pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę.

Ściśle z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp koreluje brzmienie art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp, zgodnie z którym, gdy 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, wówczas zamawiający jest zobowiązany w świetle art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp do wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności:

- sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp;
- uprawnienia 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;
- 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.

Katalog z art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp jest katalogiem otwartym. Należy jednak zaznaczyć, że zwrot „w szczególności” należy interpretować analogicznie jak zwrot „co najmniej”. Niewątpliwie intencją ustawodawcy było bowiem określenie minimalnej zawartości specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji zidentyfikowania czynności polegających na wykonywaniu pracy w zamówieniu publicznym. Z uwagi na wagę informacji zawartych w przesłankach a) – c) nie można ocenić, że są to informacje fakultatywne, a zamawiający może pominąć wszystkie powyższe informacje i wybrać inne, niewskazane w przepisie lub nie wybrać żadnych i poprzestać na wymogu z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Pozytywna ocena zamawiającego, skutkująca stwierdzeniem, że określone czynności w ramach realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, rodzi zatem po jego stronie obowiązek wskazania rodzaju tych czynności w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt c). Jednocześnie, co wymaga podkreślenia, zamawiający w celu sprawowania kontroli nad realizacją wymagań, zawartego w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, powinien również zamieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia odpowiednie zapisy w tym przedmiocie. W przeciwnym wypadku (tj. braku kontroli na etapie wykonania umowy), wykonawcy mogliby uzyskać zamówienie, deklarując fikcyjne zobowiązania dotyczące zatrudniania na podstawie umów o pracę.

Art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. a ustawy Pzp stanowi, że zamawiający zobowiązany jest wskazać sposób dokumentowania zatrudnienia tych osób (które będą wykonywać czynności mające charakter stosunku pracy). Co do zasady, niemożliwe na gruncie tego przepisu będzie dokumentowanie zatrudnienia poprzez przedkładanie umów o pracę zawierających dane osobowe pracowników, którzy świadczyć będą czynności na rzecz zamawiającego. Sposób przetwarzania danych osobowych i uprawnienia podmiotów do ich przetwarzania reguluje ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2135 ze zm.). W opinii Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych: „przekazywanie 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 zakresie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia określonych warunków [wymogów] przez wykonawcę. W opinii Generalnego Inspektora dla realizacji tego celu wystarczające byłoby przedstawienie przez wykonawcę stosownych oświadczeń czy zaświadczeń lub zanonimizowanych dokumentów. Dla zamawiającego nie jest bowiem istotne kto konkretnie zatrudniony jest u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudnienia osób w takiej formie. (...) W tym kontekście przywołać należy zasadę adekwatności, wyrażoną w art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie danych osobowych, zgodnie z którą administrator powinien przetwarzać tylko takiego rodzaju dane i tylko o takiej treści, które są niezbędne ze względu na cel zbierania danych. Dane osobowe nie mogą być zbierane na zapas, „na wszelkie wypadek”, tj. bez wskazania celowości

ich pozyskania i niezbędności dla realizacji zadań administratora danych – którym po uzyskaniu danych stałby się zamawiający”. Generalny Inspektor negatywnie odniósł się także do możliwości pozyskania danych osobowych zawartych w umowach o pracę na skutek zgody podmiotu, którego dane dotyczą (tj. zgody pracownika, który upoważniłby wykonawcę do udostępnienia umowy o pracę wraz z zawartymi w niej danymi osobowymi – zamawiającemu). „W opisywanym przypadku jako podstawy przetwarzania (udostępniania) danych nie można uznać zgody osoby, której dane dotyczą, byłaby to bowiem zgoda wyrażona dla realizacji celu innego podmiotu. (...) Pracodawca miałby występować wyłącznie jako pośrednik w pozyskiwaniu zgód od swoich pracowników, a taka konstrukcja nie znajduje uzasadnienia w świetle zasad przetwarzania danych osobowych. Ponadto, aby zgoda mogła być uznana za podstawę prawną musi być wyrażona w sposób dobrowolny. Jednak w relacji zachodzącej między pracodawcą a pracownikiem trudno jest mówić o takiej dobrowolności, gdyż brak jest tu równowagi podmiotowej (stosunek nadrzędności i podrzędności podmiotów), co często może sprzyjać wymuszaniu zgody”. Powyższe znalazło potwierdzenie w wyroku z dnia 1 grudnia 2009 r. Naczelnego Sądu Administracyjnego (sygn. akt I OSK 249/09) – co Generalny Inspektor również podniósł w swoim stanowisku przekazanym Prezesowi UZP. Generalny Inspektor zwrócił także uwagę na fakt, że „zgodnie z definicją zawartą art. 7 pkt 5 ustawy o ochronie danych osobowych – zgoda [na udostępnienie danych osobowych zamawiającemu] może być odwołana [przez pracownika] w każdym czasie. Dlatego w sytuacji, gdy dostęp do określonych informacji miałby służyć realizacji zadań wynikających z przepisów prawa, oparcie się wyłącznie na zgodzie osoby, której dane dotyczą, mogłoby okazać się nieskuteczne”. Możliwy natomiast będzie wymóg przedłożenia umów o pracę zanonimizowanych (pozbawionych danych osobowych pracowników), co może okazać się przydatne w celu weryfikacji zobowiązania wykonawcy/podwykonawcy odnośnie ilości zatrudnionych osób wykonujących czynności na rzecz zamawiającego oraz charakteru tych czynności. Powyższe stanowisko potwierdził także Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych. Obok możliwości żądania zanonimizowanych umów o pracę, w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych zamawiający może również żądać przedłożenia oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących te czynności. Dopuszczalne będzie też żądanie dokumentów potwierdzających opłacanie składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę (wraz z informacją o liczbie odprowadzonych składek), które będzie mogło przyjąć postać zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub zanonimizowanych dowodów potwierdzających zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń.

Zamawiający ma w zakresie opisu sposobu dokumentowania osób swobodę ograniczoną jednak przepisami prawa, w tym ustawy o ochronie danych osobowych. W tym miejscu należy przypomnieć, że żądane dokumenty (oświadczenia) nie mają charakteru dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Są to dokumenty służące kontroli realizacji przez wykonawcę/podwykonawcę zamówienia publicznego zgodnie z treścią oferty oraz w zgodzie z przepisami ustawy Pzp. Powinny być zatem wymagane przez zamawiającego, co do zasady, dopiero na etapie realizacyjnym, choć wymogi w tym zakresie zamawiający powinien określić – zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp – w treści siwz.

Art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. b ustawy Pzp uprawnia zamawiającego do kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań. Przepis wskazuje, że sposób kontroli i ewentualne sankcje z tytułu niespełnienia wymagań (np. w formie kar umownych) winny zostać wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślić jednak należy, że w celu zapewnienia ich skuteczności właściwym miejscem na ich opisanie będzie projekt umowy, a następnie umowa podpisana z wykonawcą (musi zaistnieć odzwierciedlenie zapisów siwz, opisu przedmiotu zamówienia w umowie). Przepis z pkt. b) odwołuje się do wykonawcy. Oznacza to, że z tytułu

niespełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności, zamawiający może przewidzieć sankcje jedynie dla wykonawcy np. w postaci obowiązku zapłaty przez wykonawcę kary umownej w wysokości określonej w istotnych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Za działania lub zaniechania podwykonawcy w tym przedmiocie odpowiada wykonawca, względem którego zamawiający może wystąpić z żądaniem zapłaty kary umownej. Skuteczna kontrola wykonania umowy w powyższym zakresie może być realizowana przez zamawiającego w sposób analogiczny, jak w przypadku kontroli innych elementów realizacji umowy w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane lub usługi, tj. głównie poprzez żądanie stosownych informacji lub dokumentów o jakich mowa powyżej. Dopuszczalne jest także przeprowadzanie kontroli przez przedstawicieli zamawiającego lub upoważnione osoby trzecie na miejscu wykonania świadczenia. Ponadto zamawiający w sytuacji gdy poweźmie wątpliwość co do sposobu zatrudnienia personelu – może zwrócić się o przeprowadzenie kontroli przez Państwową Inspekcję Pracy. W celu zapewnienia zachowania zasady uczciwej konkurencji przewidzianym w umowie mechanizmom kontrolnym powinny towarzyszyć sankcje za nieprzestrzeganie zobowiązań ustanowionych na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, np. w postaci kar umownych lub - w przypadku powtarzających się naruszeń tych obowiązków – prawa odstąpienia od umowy. Ewentualna kara umowna musi wyraźnie wskazywać jakiej okoliczności dotyczy. Wskazanie możliwych kar umownych w innym miejscu specyfikacji niż projekcie umowy (i następnie umowie) lub nienależyty ich opis wydatnie zmniejszy ich prawną skuteczność. W celu zapewnienia, aby czynności opisane przez zamawiającego, polegające na wykonywaniu pracy rzeczywiście wykonywali pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę – zasadnym jest wskazanie w projekcie umowy zapisu, w którym wykonawca zobowiązuje się realizować zamówienie pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę w zakresie czynności opisanych przez zamawiającego. Konsekwentnie, uchylanie się od obowiązku zatrudniania pracowników na umowę o pracę winno skutkować sankcjami nałożonymi przez zamawiającego. Powyższa regulacja ma na celu przede wszystkim zapewnienie zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, poprzez nadzorowanie prawidłowości wykonania zamówienia w sposób określony w ofercie wykonawcy w odniesieniu do wymagań dotyczących umów o pracę. Pomimo, iż przepis co do zasady nadaje zamawiającemu uprawnienie kontroli wykonawców, to na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, za pośrednictwem wykonawcy będzie możliwe także przeprowadzenie stosownej kontroli dotyczącej pracowników podwykonawców wykonujących czynności na rzecz zamawiającego.

Reasumując:

1. Zamawiający w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi lub roboty budowlane ma obowiązek dokonania oceny, czy określone czynności w zakresie realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy.
2. Po ustaleniu przez zamawiającego, które czynności w ramach realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu pracy, jest on zobligowany do określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia.
3. Art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp reguluje minimalne wymagania siwz w zakresie, co najmniej określenia przez zamawiającego sposobu udokumentowania zatrudnienia przez wykonawców i uprawnienia kontrolne.

-
4. Zgodnie ze stanowiskiem Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych nie jest dopuszczalne żądanie od wykonawców niezanonimizowanych kopii umów o pracę z pracownikami wykonawcy, jako sposobu udokumentowania ich zatrudnienia.

ⁱ„Opinie prawne dotyczące Ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji” Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2016, ISBN 978-83-88686-44-3