

Białystok, 05 czerwca 2024 r.

**URZĄD MARSZAŁKOWSKI  
WOJEWÓDZTWA PODLASKIEGO  
15-097 BIAŁYSTOK  
ul. M. Curie - Skłodowskiej 14**

**BON-IV.272.20.2024.AS**

**Wykonawcy  
(uczestnicy postępowania)**

Zamawiający informuje, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr **BON-IV.272.20.2024.AS** pn.: „**Analiza wyzwań (wąskich gardeł) w obszarze upowszechniania innowacji i cyfryzacji w województwie podlaskim**” wpłynęły pytania o następującej treści:

**Pytania:**

„W opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) oraz w projektowanych postanowieniach umowy (załącznik nr 2 do SWZ) Zamawiający określił wymagania dotyczące realizacji oraz egzekwowania wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy (art. 95 Prawo Zamówień Publicznych (PZP)).

Ma ono brzmienie:

„Wykonawca zobowiązuje się, że osoba wykonująca czynności związane z realizacją zamówienia w zakresie organizacji realizacji zamówienia (koordynator badania), zgodnie z zaproponowaną przez Wykonawcę metodyką badania, w okresie realizacji umowy będzie zatrudniona na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. 2023 poz. 1465 t.j. z późn. zm.), zgodnie z oświadczeniem stanowiącym Załącznik nr 3 do Umowy”.

W komentarzach do art. 95 PZP opublikowanego na stronach Urzędu Zamówień Publicznych (<https://ekomentarzpzp.uzp.gov.pl/prawo-zamowien-publicznych/art-95>)

(dostęp 03.06.2024 r) wskazuje się, że określając, które czynności w zamówieniu publicznym powinny być wykonywane w ramach zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, zamawiający powinien się oprzeć na definicji stosunku pracy, określonej w art. 22 § 1 Kodeksu Pracy (Kp). Zgodnie z tym przepisem poprzez 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 przypadku właścicieli i współwłaścicieli przedsiębiorstw wykonujących osobiście dane czynności w ramach zamówienia (w tym przypadku: w zakresie organizacji realizacji zamówienia (koordynator badania), zgodnie z zaproponowaną przez Wykonawcę metodyką badania) przesłanka Kp opisana powyżej nie zachodzi. Właściciel-pracodawca musiałby sam siebie zatrudnić za wynagrodzeniem i pod własnym kierownictwem wykonywać pracę na swoją rzecz jako pracownik. Wymaganie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w stosunku do właścicieli i współwłaścicieli przedsiębiorstw realizujących zamówienie stoi także w sprzeczności z celem zastosowania art. 95 PZP, którym jest wsparcie zwalczania nieprawidłowych praktyk rynkowych polegających na nadużywaniu umów cywilnoprawnych w warunkach, w których zgodnie z Kp wymagane jest zawarcie umowy o pracę.

Wniosek 1:

Proszę zatem o potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza powierzenie roli koordynatora badania właścicielowi lub współwłaścicielowi przedsiębiorstwa, występującego jako Wykonawca tego zamówienia, wykonującemu osobiście zadania w zakresie organizacji realizacji zamówienia, zgodnie z zaproponowaną przez Wykonawcę metodyką badania, **bez konieczności** zatrudnienia tej osoby na podstawie umowy o pracę.

Wniosek 2:

Podobnie proszę o potwierdzenie, że wymóg zatrudnienia osoby realizującej zadania koordynatora badania na podstawie umowy o pracę **nie ma zastosowania** w stosunku do ekspertów-przedsiębiorców prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą, występujących jako Wykonawca tego zamówienia.

### **Odpowiedź:**

Ustawa Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) wymaga od zamawiającego, aby określił w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi wymogi związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia. Dotyczy to sytuacji,

gdy czynności polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy (art. 95 ust. 1 Pzp). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymaga, aby w okresie realizacji zamówienia osoby wykonujące czynności związane z realizacją zamówienia, polegające na:

- organizacji realizacji zamówienia (koordynacji badania), zgodnie z zaproponowaną przez Wykonawcę metodyką badania,

były zatrudnione przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę, w wymiarze czasu pracy zapewniającym właściwą realizację przedmiotu zamówienia, zgodnie z oświadczeniem stanowiącym załącznik nr 3 do projektowanych postanowień umowy.

Odnosząc się do wniosków wskazanych przez Wykonawcę Zamawiający wyjaśnia j.n.: Jeśli czynności wskazane przez Zamawiającego są wykonywane bezpośrednio przez Wykonawcę (lub Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), Wykonawca zamiast oświadczenia o zatrudnieniu powinien przedstawić oświadczenie o samodzielnym wykonaniu tych czynności.

Zamawiający przewidział taką ewentualność w § 10 ust. 2 projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 2 do SWZ): tj. „Jeżeli czynności określone w ust. 1 spełniające przesłanki art. 22 § 1 Kodeksu Pracy Wykonawca będzie wykonywał samodzielnie, Zamawiający uzna to za spełnienie warunku zatrudnienia na umowę o pracę osoby wykonującej czynności określone w ust. 1”.

W przypadku osoby fizycznej prowadzącej jednoosobową działalność gospodarczą, która samodzielnie będzie wykonywała czynności wskazane przez Zamawiającego w związku z art. 95 Pzp, nie zachodzi i nie może zajść stosunek pracy w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy. Sytuację, w której osoba fizyczna podejmuje działalność gospodarczą na własny rachunek, własną odpowiedzialność i na własne ryzyko, często określa się mianem samozatrudnienia, jednakże nie można tego mylić ze stosunkiem pracy. Wykonawca nie nawiązuje sam ze sobą stosunku pracy w celu realizacji określonych czynności. Nie może być on jednocześnie pracodawcą i pracownikiem. W takim przypadku nie można również wskazać obligatoryjnych cech stosunku pracy, takich jak np. podporządkowanie pracownika pracodawcy.

Potwierdzeniem powyższego jest fragment wyroku KIO z 24.11.2016 r.), który co prawda odnosi się do poprzedniego stanu prawnego (ustawa z 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych), ale zachowuje aktualność również w odniesieniu do obecnej ustawy. Izba wskazała wówczas, że „Czytając literalnie przepis art. 29 ust. 3a p.z.p., 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 p.z.p., 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. Artykuł 29 ust. 3a p.z.p., dotyczy bowiem stosunków między wykonawcą a pracownikami. Mamy tutaj do czynienia z czynnościami podejmowanymi bezpośrednio przez wykonawcę, których przepis ten nie obejmuje. W powyższym zakresie Izba wskazuje, iż 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 pracę.”.

Mając na uwadze powyższe, należy przyjąć, że jeżeli czynności, które miały być wykonywane w ramach umowy o pracę będą świadczone osobiście przez osoby prowadzące działalność gospodarczą, to Zamawiający nie ma możliwości wymagać od tych osób zatrudnienia na umowę o pracę. Przepis ten wskazuje jedynie, że jeśli Wykonawca posługuje się przy wykonywaniu tych czynności innymi osobami, to musi je zatrudnić według zasad określonych w Kodeksie pracy.

Zamawiający informuje, iż w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią SWZ, a treścią udzielonych wyjaśnień lub zmian SWZ, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego.

**z up. MARSZAŁKA WOJEWÓDZTWA**

**Marian Malinowski**

**Zastępca Dyrektora**

**Biura Organizacji i Nadzoru**

*/podpisano elektronicznie/*