

Wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego



Jarosław Kola

Doktorant w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego na WPIA UAM. Prawnik w kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr sp. k.

Wprowadzenie obowiązku wymagania stosowania umów o pracę jest niewątpliwie jedną z najważniejszych zmian wprowadzonych przez ustawodawcę w związku z implementacją nowych dyrektyw zamówieniowych.

Po pierwsze, stanowi próbę reakcji na szczególnie poważną patologię polskiego rynku zamówień publicznych jakim jest dumping socjalny. Po drugie, pracom nad tym właśnie elementem nowelizacji towarzyszyły szczególnie duże kontrowersje, zgłaszane przez reprezentantów wielu zainteresowanych środowisk – pracodawców, pracobiorców, ich związków, niezależnych ekspertów, a nawet przedstawicieli strony rządowej. Po trzecie, formułowane publicznie oceny przyjętej regulacji są skrajne – od przesadnie optymistycznych, po niemal katastroficzne.

Choćby z tych względów, a przede wszystkim z uwagi na potrzeby praktyki – w szczególności zamawiających, którzy muszą mierzyć się

z nowym obowiązkiem nałożonym w treści art. 29 ust. 3a ustawy Pzp – niezbędne jest dokonanie możliwie kompleksowej analizy przyjętej regulacji.

Nowe dyrektywy, nowe cele

Owoc procesu implementacji unijnych dyrektyw zamówieniowych¹ do polskiego systemu prawnego – nowelizacja z dnia 22 czerwca 2016 r. – znacząco wpłynie na praktykę udzielania zamówień publicznych w Polsce. Polski ustawodawca nie dokonał bowiem jedynie technicznej korekty obowiązujących przepisów, lecz w ślad za prawodawcą europejskim

podjął ambitną próbę zmiany paradygmatu postrzegania funkcji systemu zamówień publicznych. Prawodawca zdaje się wskazywać – skoro potrafimy już udzielać zamówień w sposób przejrzysty, konkurencyjny i za atrakcyjną cenę, spróbujmy sięgnąć po coś więcej. Uczynimy z działalności zakupowej zamawiających instrument realizacji naszej polityki, w szczególności uwzględniając postulat zrównoważonego rozwoju. Dlatego znacząco poszerzono instrumentarium zamawiających w zakresie osiągania poprzez udzielenie zamówienia również innych celów, niż tylko bezpośrednia korzyść ekonomiczna zamawiającego. Oczywiście działania te korespondują z wyrażonym *expressis verbis* postulatem prawodawcy unijnego aby zamówienia publiczne stały się jednym z „instrumentów rynkowych wykorzystywanych

¹ Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE oraz 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. zwane dalej łącznie jako „nowe dyrektywy zamówieniowe”.

w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych”².

Instrumentalizacja po polsku

Nie ulega wątpliwości, że wyznaczony cel zakreślono bardzo ogólnie. W konsekwencji dobór środków ich realizacji należy co do zasady do państw członkowskich. Oczywiście w ramach nowych dyrektyw zamówieniowych wprowadzono regulacje o szczególnym potencjale w zakresie realizacji polityki zrównoważonego rozwoju, jednakże nie sposób twierdzić, jakoby ich implementacja była wystarczająca dla realizacji przywołanego postulatu. W tym kontekście na szczególnie zainteresowanie zasługują decyzje polskiego ustawodawcy, który podjął próbę dostosowania prawa zamówień publicznych do potrzeb polityki zrównoważonego rozwoju w znacznie szerszym zakresie niż wynikałoby to z minimalnego poziomu harmonizacji, wyznaczonego w treści nowych dyrektyw zamówieniowych.

Przykładem tego jest nałożenie na polskich zamawiających obowiązku określania w opisie przedmiotu zamówienia „wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę”. Rozwiązanie to stanowi niewątpliwie intrygujący przykład społecznej instrumentalizacji prawa zamówień publicznych. Przede wszystkim jednak, ma niezwykle dużą doniosłość z punktu widzenia praktyki udzielania zamówień publicznych w Polsce. Nie może więc dziwić, że jego wprowadzaniu towarzyszyły liczne i – jak się zdaje – ostatecznie nierozstrzygnięte wątpliwości. W tych okolicznościach, biorąc pod uwagę, iż pomimo zgłaszanych zastrzeżeń kontrowersyjny przepis został przyjęty i wszedł w życie, a także dostrzegając duże trudności związane ze stosowaniem regulacji, ujawnia się pilna potrzeba jego skomentowania.

Przyjęta regulacja

Rozważania wypada rozpocząć od przytoczenia przepisu stanowiącego ich przedmiot. Chodzi mianowicie o nowy art. 29 ust. 3a Pzp, który stanowi, że „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”.

Unijne podstawy prawne

Szczegółową analizę poszczególnych elementów przepisu należy poprzedzić przywołaniem unijnych podstaw regulacji oraz krótką charakterystyką jej *ratio*. Po pierwsze wypada zaznaczyć, iż art. 29 ust. 3a nie ma swojego wyraźnego odpowiednika w artykułach nowych dyrektyw zamówieniowych. Jedynie przepis regulujący zasady udzielania zamówień nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali obowiązków prawa pracy³. Ponadto do zagadnienia stosowania umów o pracę odnoszą się preambuły unijnych dyrektyw, których liczne motywy wyrażają konieczność koordynacji prawa zamówień publicznych z przepisami z zakresu prawa pracy. W szczególności prawodawca unijny wskazuje, że „z myślą o odpowiednim uwzględnieniu wymogów środowiskowych, społecznych i wymogów dotyczących pracy w procedurach udzielania zamówień publicznych, jest rzeczą szczególnie istotną, by państwa członkowskie i instytucje zamawiające podjęły stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, które mają zastosowanie w miejscu wykonywania robót budowlanych lub świadczenia usług i które wynikają z przepisów ustawowych i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym, a także z układów zbiorowych, pod warunkiem że takie przepisy i ich stosowanie są zgodne z prawem unijnym”⁴.

Cel przepisu

Oczywiście fakt, iż polski ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp nie wynika wyłącznie z chęci możliwie szerokiego uwzględnienia

postulatów prawodawcy unijnego. Stanowi przede wszystkim reakcję na dostrzegane, wyjątkowo szkodliwe zjawisko jakim jest nieprzestrzeganie przepisów prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych. Zarówno w uzasadnieniu projektu ustawy, jak w ocenie skutków regulacji wyraźnie deklarowano, że podstawową funkcją projektowanego przepisu jest wzmocnienie ochrony pracowników, a także, że „rozszerzenie stosowania umów o pracę pozwoli na zwiększenie liczby osób uzyskujących co najmniej minimalne wynagrodzenie i które są ubezpieczone w systemie ubezpieczeń zdrowotnych i społecznych”⁵.

Nie ulega wątpliwości, iż powzięty przez prawodawcę cel i determinacja w jego realizacji zasługują na docenienie. Niemniej, wobec działań tyle odważnych co radykalnych i bezkompromisowych, należy zawsze zachowywać szczególną ostrożność. Wyjątkowo wyraźnie potwierdzają to doświadczenia „uzdrowiania” polskiego systemu zamówień publicznych. Wszak niejednokrotnie „koła ratunkowe” rzucane przez prawodawcę w kierunku rynku zamówień okazywały się betonowe – przyjmowane środki naprawcze pogłębiały „zwalczane” patologie lub otwierały pole dla nowych. Czego więc należy spodziewać się w związku z wprowadzeniem art. 29 ust. 3a? Ze względu na stopień skomplikowania przepisu ocena potencjału regulacji w zakresie realizacji zakładanych dlań celów zdeteminowana jest oceną poszczególnych jej elementów.

Roboty budowlane i usługi

By zapewnić rozważaniom możliwie kompleksowy charakter wypada wspomnieć o wszystkich elementach przepisu – także tych, które nie wzbudzą kontrowersji. Odnotujmy więc, że art. 29 ust. 3a znajduje zastosowanie wyłącznie w postępowaniach, których przedmiotem są roboty budowlane i usługi. Także prawodawca europejski, odnosząc się do ochrony stosunku pracy na rynku zamówień publicznych wskazuje wyłącznie na te dwa rodzaje przedmiotu zamówienia publicznego⁶. Rozwiązanie to nie budzi większych wątpliwości – ze względu na specyfikę dostaw regulacja uwzględniająca także ten

² Motyw 2 preambuły dyrektywy 2014/24/UE oraz motyw 4 dyrektywy 2014/25/UE.

³ Artykuł 18 Dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 36 dyrektywy 2014/25/UE.

⁴ Motyw 37 Dyrektywy 2014/24/UE.

⁵ Ocena skutków regulacji, druk 366 Sejmu VIII kadencji, s. 11.

⁶ Zob. np. motyw 37 Dyrektywy 2014/24/UE.

rodzaj zamówień, byłyby raczej trudna do zaakceptowania.

Wymagania zatrudnienia

Trudności interpretacyjne pojawiają się jednak w przypadku kolejnego z istotnych elementów art. 29 ust. 3a, jakim jest zwrot „wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę”. Nie jest bowiem jasne, jak należy rozumieć posłużenie się słowem „wymagania” zamiast słowem „wymaganie” (w liczbie pojedynczej). Decyzja ta ma niemałe znaczenie dla wykładni komentowanego przepisu. Gdyby użyto liczby pojedynczej – np. słowa „wymóg”, jak rekomendowano w toku prac legislacyjnych⁷ – należałoby przyjąć, że obowiązkiem zamawiającego jest jedynie wskazanie czynności, co do których wymaga się, by osoby je wykonujące były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Zgodnie z wyjaśnieniem projektodawców, liczba mnoża

Niezależnie od związku wyrażonej intencji ze sposobem jej urzeczywistnienia, należy zwrócić uwagę, że przyjęte brzmienie przepisu otwiera zaskakującą – prawdopodobnie niespodziewaną przez projektodawców – perspektywę interpretacyjną. Językowa wykładnia przepisu skłania bowiem do przyjęcia wniosku, iż prawodawcy nie chodziło o obowiązek określenia samego wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, ale także o przyznanie zamawiającemu uprawnienia do określenia konkretnych „wymagań zatrudnienia” na podstawie umowy o pracę. Niezależnie od dostrzeganej przez autora językowej niezgrabności tego wyrażenia, można argumentować, iż w art. 29 ust. 3a zawarto uprawnienie zamawiającego do ingerowania w treść oczekiwanego stosunku pracy łączącego wykonawcę z jego pracownikiem. Oznaczałoby to, że zamawiający może nie tylko wymagać zatrudnienia na podstawie

- a) jest niemożliwy do pogodzenia z powszechnie przyjmowanymi założeniami o racjonalności prawodawcy,
- b) a zarazem pozostaje w kolizji z normami stojącymi wyżej w hierarchii aktów prawnych,

należałoby odrzucić pogląd, że art. 29 ust. 3a umożliwia ingerowanie w treść umów o pracę.

Przy czym zaznaczyć należy, iż wniosek ten nie jest wcale oczywisty. Autor ma świadomość, że istnieją racjonalne argumenty przemawiające na rzecz tezy przeciwnej (tj. o dopuszczalności ingerowania w treść stosunku pracy), lecz uznaje je za nieprzeważające. W każdym razie dalsza szczegółowa analiza tego problemu wyraźnie wykracza poza ramy niniejszego opracowania. W tym miejscu zasadne wydaje się zakończenie wątku do-

Wydaje się, że przez użyte w przepisie wyrażenie „umowa o pracę”, należy rozumieć także – wbrew literalnemu brzmieniu przepisu – inne podstawy stosunku pracy.

została użyta dla podkreślenia, iż nie należy mówić o „wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w ogóle wszystkich osób przy zamówieniach, tylko sam zamawiający ma wskazać czynności ograniczone treścią art. 22 kodeksu pracy”⁸.

umowy o pracę, ale także narzucać wykonawcy konkretne postanowienia takiej umowy. Tego rodzaju interpretacja jest, przynajmniej, wysoce kontrowersyjna i może wydawać się trudna do zaakceptowania.

Wydaje się, że istnieją poważne wątpliwości, co do zgodności art. 29 ust. 3a z konstytucyjnymi zasadami swobody działalności gospodarczej i ochrony pracy⁹, w zakresie w jakim uprawniałby on zamawiającego do ingerencji w treść stosunku pracy. Przyjmując bowiem, że w procesie interpretacji tekstu prawnego należy odrzucić taki rezultat wykładni językowej, który:

tyczącego „wymagań” i ewentualne odesłanie czytelnika do szczegółowych rozważań teoretycznych na temat relacji art. 29 ust. 3a do innych norm prawnych, w szczególności wynikających z aktów prawa międzynarodowego i polskiej konstytucji.

Przed wszystkim jednak należy podkreślić, iż formułowane zastrzeżenia nie są walką z „papierowym tygrysem”, którego dostrzeżenie wyłącznie autor. Niezależnie bowiem od sformułowanego wniosku, iż z przepisu nie należy – zdaniem autora – wywodzić uprawnienia do ingerowania w treść umów o pracę, uzasadniony wydaje się co najmniej wniosek, że w analizowanym zakresie przepis nie jest dostatecznie precyzyjny. Doświadczenie zawodowe i wnioski z obserwacji rynku zamówień w Polsce skłaniają autora do wniosku, że raczej trudno wyobrazić sobie, by

⁷ Posiedzenie Podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 366) w dniu 20 kwietnia 2016 r.; przedstawiciel Biura Legislacyjnego wskazał, iż „mamy do czynienia z jednym wymogiem, jest to wymóg zatrudnienia”.

⁸ Posiedzenie Podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 366) w dniu 20 kwietnia 2016 r.

⁹ Pogląd ten autor sygnalizował w trakcie prac nad projektem ustawy w ramach spotkań organizowanych w toku procesu legislacyjnego przez Ministerstwo Rozwoju.

zamawiający chętnie i często podejmowali próbę intensywnego oddziaływania na relacje pomiędzy wykonawcą a jego pracownikiem. Niemniej istnienie tak doniosłej praktycznie wątpliwości, której przy tym nie sposób *prima facie* odrzucić, należy ocenić jako wadę przyjętej regulacji.

Na podstawie umowy o pracę...

Kolejna kontrowersja wiąże się ze wskazaniem, iż podstawą zatrudnienia ma być umowa o pracę. Prawodawca zapomniał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa pracy nie jest to jedyna podstawa stosunku pracy. Przypomnijmy, iż zgodnie z art. 2 Kodeksu pracy pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Pozornie znów mogłoby się wydawać, iż jest to uwaga istotna tylko dla teoretyka, bo rzeczywiście trudno wyobrazić sobie postępowanie, w którym potencjalny oferent zatrudnia pracowników na podstawie powołania czy wyboru. Jednakże problem nie jest wydumany. Nie jest nieprawdopodobne, że o zamówienie ubiegać się będzie wykonawca zatrudniający pracowników na podstawie mianowania. Dla przykładu warto wskazać, iż dotyczy to w szczególności wykonawców zatrudniających pracowników naukowych. Zgodnie z obowiązującymi przepisami regulującymi zasady nawiązywania stosunku pracy z najwyższej wykwalifikowanymi naukowcami (osobami posiadającymi tytuł naukowy profesora) na polskich uczelniach oraz w PAN, podstawą zatrudnienia jest umowa o pracę lub mianowanie. Odnosząc się zaś do panujących realiów należy jeszcze dodać, że w praktyce – ze względu na wcześniejsze regulacje – grono pracowników naukowych (także osób nieposiadających tytułu naukowego profesora) zatrudnionych na podstawie mianowania jest całkiem liczne.

Dochodzimy więc do zaskakującej konstatacji, że z jednej strony ustawodawca wyraźnie komunikuje potrzebę wykorzystywania zamówień jako instrumentu podnoszenia innowacyjności gospodarki i łączenia potencjałów biznesu i środowiska naukowego (choćby w ramach trybu partnerstwa innowacyjnego), a z drugiej strony *de facto* znacząco utrudnia możliwość udziału w rynku zamówień jednostkom naukowym.

Nie ulega wątpliwości, że nie był to zabieg świadomy. Celem ustawodawcy z pewnością nie było eliminowanie pracowników zatrudnionych na innych podstawach niż umowa o pracę. Wypada powtórnie odwołać się do reguły wykładni funkcjonalnej. Skoro celem ustawodawcy było „wzmocnienie ochrony pracowników”¹⁰, a zarazem z punktu widzenia prawa zamówień publicznych 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**.

Po raz kolejny więc okazuje się, że choć generalna zasadność i celowość ustanowienia art. 29 ust. 3a może podlegać dyskusji i istnieją racjonalne argumenty dla obu jej stron, to jednak wprowadzony przepis zawiera też bezdyskusyjne błędy techniczne. Oczywiście możliwe jest wyeliminowanie ich negatywnych skutków w procesie wykładni¹¹. Pomiędzy tym, przerzucanie ciężaru „poprawiania” wadliwych przepisów na organy orzekające w sprawach z zakresu prawa zamówień publicznych – w szczególności na Krajową Izbę Odwoławczą – należy ocenić wyjątkowo krytycznie.

Odnosząc zaś tę uwagę do kwestii potencjału regulacji w zakresie realizacji przypisywanych jej funkcji należy stwierdzić, że oczywiście skutki popełnionego błędu dotyczą stosunkowo niewielkiej (w kontekście całego rynku zamówień) grupy wykonawców. Nie

zmienia to jednak wniosku, że błędu tego można było łatwo uniknąć, zaś jego istnienie może wywoływać wątpliwości i spory, niepotrzebnie angażować siły i środki wszystkich uczestników systemu zamówień (a w szczególności KIO), a w konsekwencji – zdaniem autora – może jedynie dostarczać argumentów przeciwnikom uwzględniania aspektów społecznych w prawie zamówień i choćby z tego względu „nie służy sprawie” i obniża potencjał art. 29 ust. 3a.

Umowy o pracę zawierane na podstawie praw obcych

Podsumowując ten wątek rozważań wypada jeszcze dostrzec problemy, jakie potencjalnie mogą wystąpić w postępowaniach o znaczeniu transgranicznym. Niewątpliwie desygnałem sformułowania „umowa o pracę” jest umowa uregulowana w art. 25 i n. kodeksu pracy, a także – jak wykazano powyżej – inne podstawy stosunku pracy. Jeśli jednak zamawiający sformułuje wymaganie, o którym mowa w art. 29 ust. 3a to pojawia się pytanie, w jaki sposób ma je spełnić wykonawca zagraniczny, który zatrudnia pracowników na podstawie przepisów prawa obcego?

Odpowiadając na to pytanie należałoby przyjąć, że skoro celem regulacji jest ochrona pracowników, to wystarczające dla spełnienia wymagań zamawiającego będzie zatrudnienie pracowników na takiej podstawie, która ze względu na właściwe przepisy prawa obcego zapewni ochronę pracownika na co najmniej takim poziomie, jaki wyznacza polskie prawo pracy. Innymi słowy, za desygnat użytego w art. 29 ust. 3a pojęcia „umowa o pracę” należałoby uznać także, każdą uregulowaną przepisami prawa obcego podstawę stosunku pracy, która zapewnia poziom ochrony co najmniej równy ochronie przewidzianej przez polskie prawo pracy.

O ile jednak interpretacja ta rozstrzyga teoretyczną wątpliwość, to jednocześnie wywołuje bardzo poważne trudności praktyczne. Oznacza, że np. w przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia przez zagranicznego oferenta korzystającego z pracowników zatrudnionych na podstawie przepisów prawa obcego, zamawiający powinien co najmniej wezwać takiego wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a być może także przeprowadzić badania porównawcze w celu ustalenia, czy wskazane przez niego podstawy stosun-

¹⁰ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 366 Sejmu VIII kadencji), s. 56.

¹¹ Zarazem jednak wypada zaznaczyć, iż formułując tego rodzaju wnioski autor dostrzega, że istnieją – choć w tym przypadku nie przeważają – argumenty na rzecz tezy przeciwnej, w szczególności oparte na słusznej skądinąd uwadze, że wykładnia funkcjonalna ma swoje granice, a wnioskowania prawnicze nie powinny być postrzegane jako zwyczajne narzędzie niwelowania skutków oczywistych błędów legislacyjnych.

ku pracy mogą zostać zakwalifikowane jako desygnaty użytego w art. 29 ust. 3a pojęcia „umowa o pracę”.

Warto podkreślić, że trudności te mogą obciążyć nie tylko zamawiających i wykonawców, ale przede wszystkim Krajową Izbę Odwoławczą. Po pierwsze, w ocenie autora można przypuszczać, że – przynajmniej w początkowym okresie obowiązywania przepisu – wykonawcy polscy w ramach postępowań odwoławczych będą kwestionowali „zagraniczne umowy o pracę”. Wszak z podobnymi sporami Izba musi się mierzyć już od dawna w odniesieniu do zaświadczeń z zagranicznych rejestrów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania. Z drugiej strony można też przypuszczać, że wykonawcy zagraniczni będą kwestionowali zgodność art. 29 ust. 3a z prawem unijnym, dostrzegając w nim nieuzasadnione ograniczenie swobodnego przepływu usług, podobnie jak miało to miejsce w ramach sporów o zagraniczne regulacje dotyczące płacy minimalnej¹².

Jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy...

Ostatni z analizowanych elementów przepisu ma największe znaczenie dla praktyki, a zarazem wzbudza najpoważniejsze zastrzeżenia. Dla jasności wyводу, przypomnijmy, że obowiązek wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (lub innej podstawie stosunku pracy) odnosi się wyłącznie do osób realizujących czynności, „których wykonanie **polega** na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy”.

Kluczowe znaczenie ma w tym kontekście interpretacja słowa „polega”. Użyty przez prawodawcę tryb oznajmujący wskazuje, iż chodzi o takie czynności, których wykonanie obiektywnie, tj. zawsze, tylko i wyłącznie, polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Wiąże się z tym jednak fundamentalne pytanie: czy zbiór takich czynności, nie jest zbiorem pustym? Chodzi mianowicie o to, **czy w ogóle możliwe jest określenie a priori, że jakaś czynność może być obiektywnie realizowa-**

na wyłącznie w ramach stosunku pracy? Oczywiście jest to zagadnienie niezwykle skomplikowane i również w tym zakresie, w związku z praktycznym charakterem tego komentarza, wypada odesłać Czytelnika do szczegółowych opracowań, w tym wypadku z zakresu prawa pracy.

Warto jednak w tym miejscu choćby zasygnalizować podstawowe ustalenia formułowane w ramach dyskusji naukowej nad polskim prawem pracy. Niezwykle interesująco relacjonuje ją A. M. Świątkowski, co uzasadnia przytoczenie nieco obszerniejszego fragmentu jego rozważań:

„w piśmiennictwie prawa pracy uważa się, że pewne prace w większym stopniu nadają się do realizacji w ramach stosunku pracy niż inne. Gdyby tak było w rzeczywistości, podział prac na wykonywane w ramach stosunku pracy oraz stosunków cywilnoprawnych mógłby być z łatwością przeprowadzony przez prawodawcę (...) Gdyby było to uzależnione od określonej konwencji, wynikającej z ustalonych w określonym społeczeństwie wyobrażeń i oczekiwań odnośnie do tego, jaka praca powinna być wykonywana w ramach stosunku pracy, a jaka na podstawie umów regulowanych przepisami prawa cywilnego, wprowadzone przez prawodawcę dyrektywy dotyczące podstaw i ram prawnych zatrudnienia mogłyby być oceniane wyłącznie w kontekście zgodności norm prawnych z odczuciem społecznym. Ani w polskim, ani w innym europejskim systemie prawnym nie zastosowano powyższej techniki dyferencjacji rodzajów pracy. Z tej przyczyny można uznać, że rodzaj pracy nie może być wykorzystywany jako decydujące kryterium dyferencjacji pracy wykonywanej w ramach umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej”¹³.

Wydaje się bowiem, że istnienie lub nieistnienie stosunku pracy można ocenić jedynie w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego, w szczególności w oparciu o analizę warunków wykonywania danych czynności i umowy łączącej wykonawcę z pracowni-

kiem. Nie jest natomiast możliwe dokonanie *a priori* takiej abstrakcyjnej oceny, a z treści przepisu mógłby wynikać wniosek, że właśnie tego wymaga prawodawca. W tym zaś kontekście łatwo już przewidzieć praktyczne problemy, jakie generuje treść art. 29 ust. 3a.

Przed wszystkim pojawia się retoryczne pytanie: w jaki sposób zamawiający ma wskazać czynności polegające na wykonywaniu pracy w ramach stosunku pracy, skoro zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny, opartym na orzecznictwie, nie jest możliwe dokonanie takiego obiektywnego przyporządkowania? Należy się przy tym spodziewać, że wszelkie decyzje zamawiającego podejmowane w związku ze stosowaniem art. 29 ust. 3a, będą wywoływały niezwykle skomplikowane spory przed Krajową Izbą Odwoławczą. Wypada więc zastanowić się, czy również w tym kontekście możliwe jest wypracowanie interpretacji racjonalizującej przepis, czy wręcz – by oddać wagę problemu – w ogóle umożliwiającej jego stosowanie.

Czy art. 29 ust. 3a w ogóle da się zastosować?

Wydaje się, że jest to możliwe. W przekonaniu autora art. 29 ust. 3a należałoby interpretować w ten sposób, iż odnosi się on do tych czynności wykonywanych w związku z realizacją zamówienia publicznego, które ze względu na specyfikę konkretnego przedmiotu zamówienia, mogą być wykonywane wyłącznie w ramach stosunku pracy. Specyfika ta będzie oczywiście determinowana potrzebami zamawiającego. Innymi słowy chodzi o sytuację, w której zamawiający jest w stanie wykazać, że możliwe najlepsze zaspokojenie jego uzasadnionych potrzeb wymaga realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wykonywanie (we wskazanym zakresie) pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy. W takim przypadku wskazanie czynności, co do których formułuje się wymagania określone w art. 29 ust. 3a, nie jest już abstrakcyjną próbą kwalifikacji tych czynności z punktu widzenia prawa pracy. Stanowi raczej wskazanie wykonawcy lub podwykonawcy, że tylko zatrudnienie na podstawie stosunku pracy osób uczestniczących w realizacji zamówienia umożliwi jego prawidłową realizację.

Tę niewątpliwie skomplikowaną argumentację warto zobrazować przykładem. Wyobraź-

¹² Zob. wyrok TSUE z dnia 18 września 2014 r., w sprawie C-549/13 Bundesdruckerei GmbH vs Stadt Dortmund.

¹³ A. M. Świątkowski, Cywilnoprawne zatrudnienie niepracownicze, [w:] K. Baran (red.), System prawa pracy. Tom VII Zatrudnienie niepracownicze, Warszawa 2015, s. 86-88.

my sobie, że przedmiotem zamówienia jest usługa przewozu osób, członków delegacji wizytujących zamawiającego. Zapewne nie jest kontrowersyjne stwierdzenie, że uzasadnioną potrzebą zamawiającego jest w takim przypadku, aby kierowcy zatrudniani przy realizacji zamówienia, wykonywali swoją pracę pod ścisłym kierownictwem, w precyzyjnie określonych miejscach i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, czy nawet w określonym przez zamawiającego stroju. Jeśli zamawiający opisze przedmiot zamówienia z uwzględnieniem tych potrzeb, to wyko-

Rewolucja czy jednak ewolucja?

Z perspektywy polskiego obserwatora jest przy tym szczególnie istotne, że zaproponowana interpretacja jest spójna z wcześniejszym stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych (UZP), a także orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej¹⁵ sformułowanymi w odniesieniu do poprzednio obowiązującego art. 29 ust. 4 ustawy Pzp. Przypomnijmy, że na jego podstawie zamawiający byli uprawnieni („mogli”) do określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia, dotyczących

stosunku pracy”¹⁶. UZP trafnie wyjaśniał, iż zamawiający mogli skorzystać z omawianego uprawnienia „tylko, jeśli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem czynności, do których realizacji zatrudniane są te osoby. Innymi słowy możliwość taka istnieje, jeśli przedmiot zamówienia lub charakter czynności wymagają, aby były one wykonywane w warunkach charakterystycznych dla stosunku pracy, tj. pod kierownictwem pracodawcy oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę i za wynagrodzeniem”¹⁷.

Wydaje się, że przez użyte w przepisie wyrażenie „umowa o pracę”, należy rozumieć także – wbrew literalnemu brzmieniu przepisu – inne podstawy stosunku pracy.

nywanie czynności przez kierowców, przy realizacji takiego konkretnego zamówienia, obiektywnie polegać będzie na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

Tego rodzaju interpretacja wydaje się praktycznie możliwa do zastosowania, a przy tym wolna od zastrzeżeń co do zgodności z Konstytucją i prawem Unii Europejskiej. Na jej poparcie można przywołać także treść preambuły nowych dyrektyw zamówieniowych, w których prawodawca wyraźnie podkreśla, że niezależnie od generalnej aprobaty co do uwzględniania aspektów społecznych przy udzielaniu zamówienia, działania zamawiającego w tym zakresie muszą pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia¹⁴.

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.

Komentując ten przepis UZP akcentował, że uprawnienie do wymagania umów o pracę uwarunkowane było przedmiotem lub charakterem czynności, których dotyczyło. W szczególności jako niedopuszczalne oceniano „narzucanie przez zamawiającego wykonawcy i/lub podwykonawcy obowiązku zatrudniania na podstawie umowy o pracę, jeżeli w świetle obowiązujących przepisów (nieuregulowanych w ustawie Pzp) zaangażowanie w świadczenia wykonywane przez pracowników wykonawcy i/lub podwykonawcy w ramach zamówienia, nie ma cech

Zatem o ile poprzednio obowiązujący art. 29 ust. 4 dawał uprawnienie dla zamawiającego, by dodatkowo – niezależnie od norm prawa pracy – zobowiązywał zamawiającego do zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, co do któ-

¹⁶ UZP, *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)*, [online; dostęp z dnia 1.08.2016] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/mozliwosc-zobowiazania-wykonawcow-lub-podwykonawcow-do-zatrudniania-na-podstawie-umowy-o-prace-osob-wykonywujacych-czynnosci-w-trakcie-realizacji-zamowienia-na-roboty-budowlane-lub-uslugi-art.-29-ust.-4-pkt-4-ustawy-pzp>.

¹⁷ UZP, *Informator Urzędu Zamówień Publicznych*, nr 3/2015, s. 3-4.

¹⁴ Zob. np. motyw 98 Preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

¹⁵ Zob. Wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 685/15.

rych zamawiający żąda by były realizowane w warunkach odpowiadających stosunkowi pracy, to obowiązujący obecnie art. 29 ust. 3a – *expressis verbis* zobowiązuje zamawiającego by z tego uprawnienia skorzystał. Innymi słowy obowiązkiem zamawiającego jest, by opisując przedmiot zamówienia zawsze zastanowił się, czy specyfika jego potrzeb nie przesądza o konieczności jej zaspokojenia poprzez wykonanie czynności w warunkach odpowiadających stosunkowi pracy.

W tym kontekście należy ocenić, że polski prawodawca nie dokonał jakiejś rewolucyjnej zmiany, lecz dostrzegając znikomą popularność art. 29 ust. 4 wśród polskich zamawiających oraz realizując określoną politykę ochrony pracowników na rynku zamówień publicznych¹⁸ zmodyfikował istniejący już mechanizm, w szczególności poprzez zmianę jego charakteru z fakultatywnego na obligatoryjny.

Wskazówki praktyczne

Skoro ustalono, że art. 29 ust. 3a jest możliwy do zastosowania, to w świetle przedstawionych rozważań należy konsekwentnie rozstrzygnąć zasygnalizowaną uprzednio wątpliwość, że zbiór czynności do których odnosi się analizowany przepis nie jest zbiorem pustym. W ocenie autora nie oznacza to jednak, że będzie on stosowany znacznie częściej niż wcześniejsze rozwiązania.

Przede wszystkim wydaje się, że zamawiający, stosując art. 29 ust. 3a, nie powinien ograniczać się jedynie do wymienienia czynności, co do których wymaga by osoby je wykonujące były zatrudniane w ramach stosunku pracy. Skoro zaznaczono, że okolicznością warunkującą stosowanie art. 29 ust. 3a jest powiązanie wskazanego w nim wymogu z uzasadnionymi potrzebami, to zamawiający – chcąc uniknąć zarzutów formułowania nieproporcjonalnych wymagań niezwiązanych z przedmiotem zamówienia – powinien szczegółowo wyjaśnić swoje motywacje i potrzeby. Warto podkreślić, że w tym zakresie dysponuje on licznymi instru-

mentami. Najbardziej oczywistym środkiem jest szczegółowe opisanie przedmiotu zamówienia. Odnosząc tę uwagę do praktyki można by rzec, że zamawiający powinien zawrzeć w SIWZ informacje podobne do tych, które podaje się w ramach powszechnie stosowanych „opisów stanowiska pracy”. Ponadto zamawiający może w szczególności informować wykonawców o powodach zastosowania art. 29 ust. 3a także w ramach dialogu technicznego, w dodanych ostatnią nowelizacją planach, o których mowa w art. 31a ust. 1, czy nawet na etapie udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców i wyjaśnień treści SIWZ.

W przeciwnym razie, tj. gdy zamawiający poprzestanie na lakonicznym wymienieniu katalogu czynności, powinien spodziewać się odwołań wykonawców. W takiej sytuacji za zasadne należałoby bowiem uznać twierdzenie, że samo wymienienie czynności, bez poinformowania wykonawców o zdeterminowanym potrzebami zamawiającego oczekiwany sposób ich realizacji, stanowi niezwiązane z przedmiotem zamówienia, nieproporcjonalne zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, a więc nieuprawnione ograniczenie konkurencji. Wypada też powtórzyć – być może oczywistą lecz szczególnie ważną w tym kontekście konstatację – iż potrzeby zamawiającego, które miałyby skłaniać do sformułowania wymogu o którym mowa w art. 29 ust. 3a, muszą być obiektywnie uzasadnione i związane z przedmiotem zamówienia, a ujmując rzecz prościej – nie mogą być fanaberią.

Za nieproporcjonalne działania zamawiającego należałoby uznać sytuację, w której narzuca on wykonawcy formalny obowiązek zatrudniania pracowników w ramach stosunku pracy, skoro opis przedmiotu zamówienia wcale nie wskazuje na konieczność wykonywania pracy określonego rodzaju, pod ścisłym kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Wszak zamawiający nie może dowolnie ingerować w swobodę przedsiębiorców co do sposobu zorganizowania swojej działalności gospodarczej, która jest jednym z podstawowych atrybutów chronionej konstytucyjnie wolności działalności gospodarczej.

Z powyższych względów, dla zabezpieczenia się przed ewentualnymi kontrolami oraz odwołaniami wykonawców oczekujących formułowania wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, warto by zamawiający potrafił także uzasadnić (np. w protokole postępowania), że charakter przedmiotu zamówienia nie uzasadnia formułowania tego rodzaju wymagań.

Ostatecznie należałoby więc stwierdzić, że czynności, o których mowa w art. 29 ust. 3a nie są jednak zbyt liczne. Wydaje się bowiem, że wcale nie tak często wykonanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane lub usługi będzie wymagało wykonywania pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Prawdopodobieństwo występowania sytuacji, w których dla realizacji przedmiotu zamówienia niezbędne jest wykonywanie czynności w ramach stosunku pracy, nie wydaje się szczególnie wysokie.

Podsumowanie

Przeprowadzone rozważania skłaniają do sformułowania wniosków dotyczących zarówno praktycznych konsekwencji przyjętego przepisu, jak i podejmujących nieco ogólniejszą ocenę działań prawodawcy prowadzących do instrumentalizacji systemu zamówień publicznych w Polsce.

Po pierwsze, przeprowadzona analiza art. 29 ust. 3a wskazuje, że jego redakcja jest co najmniej niedoskonała. Wydaje się, że dostrzeżone kontrowersje nie mają znaczenia jedynie dla akademików, lecz mogą powodować bardzo istotne trudności interpretacyjne dla wszystkich podmiotów zainteresowanych prawem zamówień publicznych. Autor ma oczywiście nadzieję, że niniejsze opracowanie zyska aprobatę Czytelników i okaże się praktycznie pomocne. Jednak niezależnie od tego, w jaki sposób uczestnicy polskiego rynku zamówień publicznych „poradzą sobie” z art. 29 ust. 3a, należy ocenić, że jego interpretacja wywołuje zbyt wiele, zbyt poważnych wątpliwości, co uzasadnia krytyczną jego ocenę.

Wnioski

Do najważniejszych wniosków praktycznych, jakie wypływają z podjętych rozważań należy zaliczyć następujące spostrzeżenia:

¹⁸ Do czego zresztą jest zobowiązany na podstawie innych przepisów, w szczególności art. 24 oraz 65 Konstytucji RP.

1. Zakres zastosowania art. 29 ust. 3a nie jest zbiorem pustym. W szczególności – wbrew argumentom podnoszonym niekiedy w debacie publicznej możliwe jest wskazanie czynności w zakresie realizacji konkretnego zamówienia, których wykonanie **polega** na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Możliwość ta zachodzi jednak wyłącznie w sytuacji powiązania ww. wymogu z uzasadnionymi potrzebami zamawiającego.
2. Obowiązkiem zamawiającego jest, by opisując przedmiot zamówienia zawsze zastanowił się, czy specyfika jego potrzeb nie przesądza o konieczności jej zaspokojenia poprzez wykonanie czynności w warunkach odpowiadających stosunkowi pracy.
3. Wydaje się, że przez użyte w przepisie wyrażenie „umowa o pracę”, należy rozumieć także – wbrew literalnemu brzmieniu przepisu – inne podstawy stosunku pracy, w tym podstawy regulowane normami praw obcych, o ile zapewniają one poziom ochrony pracownika co najmniej równy poziomowi wyznaczonemu przepisami prawa polskiego, w szczególności Kodeksu pracy.

Na koniec wypada jeszcze wyrazić generalną ocenę działań podjętych przez prowadzącą w ramach nowelizacji prawa zamówień publicznych w zakresie ochrony stosunku pracy. Oczywiście nie ulega wątpliwości, że dla wielu osób zatrudnionych na polskim rynku zamówień publicznych wprowadzona zmiana wywołała pozytywne skutki. Jednak wydaje się, że podjęte działania opierały się na zasadzie „trzeba

celować ponad cel, żeby trafić do celu”. O ile bowiem sam cel jest słuszny i powinien być jednoznacznie aprobowany to jednak sposób jego realizacji obarczony jest poważnymi wadami.

Obawy

Trudno obecnie prognozować jaki będzie los przyjętej regulacji. Biorąc jednak pod uwagę ustalony zakres zastosowania art. 29 ust. 3a, nie należy spodziewać się lawinowego wzrostu liczby osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Zarazem nie jest niestety wykluczone dalsze pogarszanie sytuacji pracowników na rynku zamówień publicznych. W tym kontekście, jedynie sygnałnie wypada wyrazić co najmniej kilka obaw.

Po pierwsze, nie jest jasne jak art. 29 ust. 3a wpłynie na faktyczną sytuację polskiego rynku pracy z uwagi na fakt, iż zgodnie z art. 25¹ § 1 Kodeksu pracy okres zatrudnienia na podstawie umowy o pracę na czas określony, a także łączny okres zatrudnienia na podstawie umów o pracę na czas określony zawieranych między tymi samymi stronami stosunku pracy, nie może przekraczać 33 miesięcy, a łączna liczba tych umów nie może przekraczać trzech. Wydaje się, że istnieje ryzyko, że może to wpłynąć na rotacyjność miejsc pracy.

W konsekwencji należy zastanowić się, czy wprowadzona regulacja nie doprowadzi do wzrostu liczby osób samozatrudnionych w ramach dostrzeganego – owszem niekorzystnego – zjawiska unikania zatrudniania pracowników na podstawach wskazanych w kodeksie pracy. Z tych samych wzglę-

dów pojawia się pytanie, czy paradoksalnie przepis nie doprowadzi do powiększenia jeszcze skali *outsourcingu* w zakresie najprostszych prac, wykonywanych przez niewykwalifikowanych pracowników.

Wreszcie nie sposób uniknąć pytania fundamentalnego: czy pracodawca rzeczywiście powinien wprzęgać zamawiających w system ochrony stosunku pracy, skoro istnieją organy administracji publicznej wyspecjalizowane w tym zakresie?

Oczywiście wskazane wątpliwości i obawy to dziś „gdybanie”. Jednak zdaniem autora wyraźne, acz ostrożne i powściągliwe ich sformułowanie jest konieczne. Choćby po to, by zawnoczyć sobie potencjalne konsekwencje wprowadzonych regulacji.

Podsumowując należałoby więc sformułować następujący wniosek: oczywiście ochrona pracowników jest obowiązkiem pracodawcy i powinien on podejmować wszelkie możliwe środki w celu poprawy sytuacji pracowników na rynku pracy, w tym na rynku zamówień publicznych. Jednakże podstawowym jego obowiązkiem jest analiza tychże środków w odniesieniu do szerszego kontekstu, w którym mają funkcjonować. W przeciwnym razie może się okazać, że niezależnie od dobrych chęci i włożonego trudu, uzyskane rezultaty nie tylko nie prowadzą do wyznaczonych celów, lecz wywołują nowe niekorzystne zjawiska. Zapewne w niedługiej perspektywie uzyskamy odpowiedź na pytanie, czy taki scenariusz nie ziści się w związku z wprowadzeniem art. 29 ust. 3a. ■

reklama

NAJWIĘKSZA KONFERENCJA ZAKUPOWA W POLSCE PROCON/POLZAK 2016

18-19.10.2016, Warszawa

Sesje dedykowane
dla Zamawiających Sektora Publicznego

18.10 - ZAKUPY IT
19.10 - ZAKUPY W SEKTORZE PUBLICZNYM

www.konferencja-procon.pl

PROCON
POLZAK
2016

ORGANIZATORZY

OptiBuy

