

Zabrze, dnia 16 grudnia 2019 r.

Numer postępowania: ZKR/01/2019/PN

ZKR.270.01.2019.AB

## WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Obsługa ratownika krytych basenów w Zabrzeńskim Kompleksie Rekreacji w okresie od stycznia do 31 grudnia 2020 roku” Zamawiający udziela wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

### Pytanie:

Zamawiający w SIWZ napisał:

3. Określenie wymagań zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji niniejszego zamówienia.  
1) Zamawiający wymaga, aby w ramach realizacji zamówienia osoby wykonujące czynności ratowników wodnych były zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze co najmniej pół etatu każda, niezależnie od tego, czy prace te będzie wykonywał Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca.

### Pytanie 1:

1. Na rynku brakuje ratowników wodnych. Jedynym rozwiązaniem na zapewnienie ciągłości obsady ratowniczej jest wprowadzenie do Zabrze Ratowników Wodnych, którzy będą pracowali nieregularnie i nie nawiążą z Wykonawcą stosunku pracy, o którym mowa w art. 22. § 1. Kodeksu pracy. Czy Zamawiający w stosunku do osób, które nie będą wykonywali pracy w myśl art. 22. § 1. Kodeksu pracy będzie wymagał zatrudnienia ich na podstawie umowy o pracę?

### Odpowiedź na pytanie 1:

Zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający jest zobowiązany określić w opisie przedmiotu zamówienia na usługi 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. Wykonywanie czynności ratownictwa wodnego polega na wykonywaniu pracy, ponieważ osoba ratownika wodnego osobiście wykonuje pracę określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Zatem Zamawiający podtrzymuje wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności ratownika wodnego zgodnie z rozdziałem V pkt 3 SIWZ.

### Pytanie 2:

2. Na jaką część etatu Wykonawca ma zatrudnić ratownika wodnego, który będzie wypracowywał 250 godzin w trybie nieregularnym?

**Odpowiedź na pytanie 2:**

Pytanie to nie dotyczy wątpliwości w zakresie treści SIWZ, lecz sposobu prowadzenia działalności przez Wykonawcę i jej organizacji, w zakresie czego Zamawiający nie jest uprawniony ingerować.

**Pytanie 3:**

3. Czy przedsiębiorca prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą, ma sam siebie zatrudnić na umowę o pracę w swojej jednoosobowej działalności?

**Odpowiedź na pytanie 3:**

Zgodnie z poglądem wyrażonym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zatrudnienie samego siebie przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą, podlegającą wpisowi do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej nie jest konieczne. Przykładowo warto wskazać wyrok z dnia 24 listopada 2016 r. (sygn. akt: KIO 2101/16), w którym Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, 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. Art. 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 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.”

**Pytanie 4:**

4. Zgodnie z w art. 22. § 1. Kodeksu pracy - Przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem. Zamawiający w załączniku nr 7 do SIWZ wskazał bezpośrednio przełożonego – kierownika zespołu ratowników Bartosza Kwestorowskiego oraz pracodawcę, przełożonego Dyrektor Agnieszkę Bober. Z powyższego jasno wynika, że ratownicy będą pracowali pod kierownictwem pracowników Zamawiającego, a nie Wykonawcy. Ponadto praca będzie wykonywana na rzecz Zabrzańskiego Kompleksu Rekreacji, a nie Wykonawcy, którego kierownictwo będzie przebywało w innym miejscu. Wobec powyższego Zamawiający nie może stawiać w SIWZ wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, jeśli nie zostanie spełniona przesłanka określona w art. 22. § 1. Kodeksu pracy. Czy Zamawiający dokona stosownych zmian w SIWZ?

**Odpowiedź na pytanie 4:**

Zamawiający nie zmienia treści SIWZ.

W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że podporządkowanie pracownika obejmuje prawo wydawania przez pracodawcę poleceń. W aktualnym orzecznictwie Sądu Najwyższego zauważa się, że zasadniczym przejawem podporządkowania pracownika wobec pracodawcy jest jego zależność w sferze przedmiotu świadczenia, w ramach której pracodawca wskazuje zadania do wykonania, doprecyzowuje sposób ich realizacji, a także metody i środki, za pomocą których zostaną one wykonane (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2015 r., sygn. akt: II PK 189/14). Z kolei w wyroku z dnia 16 maja 2019 r. (sygn. akt: II PK 27/18) Sąd Najwyższy stwierdził, iż pracodawca wskazuje zadania oraz proces ich realizacji. Innymi słowy, istotą pracy umownie podporządkowanej jest możliwość codziennego konkretyzowania pracownikowi jego obowiązków, a w szczególności określenia czynności mieszczących się w zakresie uzgodnionego rodzaju pracy i sposobu ich wykonywania. Pracowniczego podporządkowania nie można utożsamiać z permanentnym nadzorem (obserwacją) przełożonego nad sposobem czy też właściwym tempem wykonywanych czynności, wystarczy bowiem wskazanie zadania i określenie terminu jego wykonania, a następnie kontrola jakości i terminowości wykonanej pracy. Powyższej charakterystyki świadczeń osób wykonujących czynności ratowników wodnych nie zmienia fakt, że w załączniku nr 7 do SIWZ przypisano określone uprawnienia osobom ze strony Zamawiającego (ich nazewnictwo jest wyłączenie umowne), ponieważ zastrzeżono, iż pod pojęciem „pracownika” użytym w tym załączniku należy rozumieć odpowiednio Wykonawcę albo ratownika wodnego skierowanego przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego.

**Pytanie 5:**

5. Zamawiający narzuca Wykonawcy konieczność zatrudnienia ratowników na podstawie umów o pracę i jednocześnie w projekcie umowy zastrzega sobie prawo ograniczenia liczby godzin i dni świadczenia usługi. Zawierając stosunek pracy Wykonawca będzie musiał płacić ratownikom nawet jeśli Zamawiający ograniczy usługę np. podczas przerwy technologicznej, awarii, itd. W związku z faktem, że sposób rozliczania zaproponowany przez Zamawiającego jest nieadekwatny do konieczności zatrudnienia ratowników na podstawie umów o pracę, czy Zamawiający zmieni sposób rozliczania z Wykonawcą na miesięczny ryczałt w równych kwotach, wypłacany Wykonawcy bez względu na liczbę godzin świadczenia usługi?

**Odpowiedź na pytanie 5:**

Zamawiający nie zmienia sposobu rozliczenia z Wykonawcą.

**Pytanie 6:**

6. Zamawiający wymaga zatrudnienia ratowników na podstawie umów o pracę, co oznacza że akceptuje zapisy zawarte w kodeksie pracy. W projekcie umowy Zamawiający określił kary umowne za niezapewnienie wymaganej umową liczby ratowników. Czy Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną, jeśli ratownik przed zmianą przedłoży zwolnienie lekarskie lub weźmie urlop na żądanie i nie zostanie zachowana wymagana umową liczba

ratowników? Obecny zapis jest bardzo niekorzystny dla Wykonawcy, Zamawiający naraża Wykonawców na płacenie ogromnych kar finansowych. W przypadku umów cywilnoprawnych ratownik musi stawić się do pracy lub załatwić zastępcę. Albo umowy o pracę albo kary finansowe, proszę o specyzowanie zapisu umownego, aby był korzystny dla Zamawiającego i Wykonawcy.

**Odpowiedź na pytanie 6:**

Zamawiający będzie analizował każdy przypadek indywidualnie, dlatego obecnie nie jest możliwe podanie, czy w wymienionych przez Wykonawcę w pytaniu sytuacjach zażąda zapłaty kary umownej. Zamawiający nie wprowadza zmian do SIWZ.

**Pytanie 7:**

7. W przedmiotowym postępowaniu wymóg zatrudnienia na umowę o pracę określony przepisem art. 29 ust. 3a Prawa zamówień publicznych nie ma zastosowania, ponieważ osoby (ratownicy) wykonujące czynności składające się na przedmiot zamówienia:

- 1) muszą posiadać indywidualne, szczególne uprawnienia do świadczenia usługi ratownictwa wodnego, zgodnie z ustawą z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych oraz do świadczenia pomocy przedlekarskiej zgodnie z ustawą z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym w wymaganym zakresie KPP (rzadka specjalizacja, wysoki poziom kompetencji),
  - 2) wykonują czynności bez nadzoru bezpośredniego - praca nie jest wykonywana pod kierownictwem pracodawcy w rozumieniu art. 22 1§ ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r – Kodeks pracy (Dz.U. z 2016 r. poz. 1666) – ratownik samodzielnie podejmuje decyzje o podjęciu akcji ratowniczej i jej przebiegu,
  - 3) odpowiadając za wykonane czynności osobiście w zakresie i na zasadach określonych w aktach prawnych powyżej powołanych,
  - 4) może zawrzeć indywidualną umowę o świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia bezpośrednio ze Zleceniodawcą, uwzględniając powyższe, w zakresie realizacji zamówienia nie występują czynności polegające na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22§1 Kodeksu pracy.
- Mając powyższe na uwadze, czy Zamawiający odstąpi od wymogu zatrudnienia ratowników na podstawie umów o pracę?

**Odpowiedź na pytanie 7:**

Zamawiający nie rezygnuje z wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności ratowników wodnych z uwagi na uzasadnienia podane w odpowiedzi na pytanie 1 i 4.

**Pytanie 8:**

8. Zgodnie z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych – przez ratownika wodnego – rozumie się osobę posiadającą wiedzę i umiejętności z zakresu ratownictwa i technik pływackich oraz inne kwalifikacje przydatne w ratownictwie wodnym i spełniającą wymagania określone w art. 13

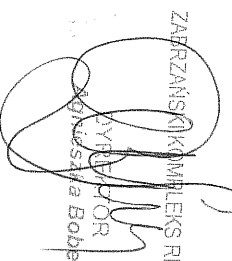
ust. 1 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz. U. z 2013 r. poz. 757, z późn. zm.2)), zatrudnioną lub pełniącą służbę w podmiocie uprawnionym do wykonywania ratownictwa wodnego lub będącą członkiem tego podmiotu. Dlaczego Zamawiający podważył definicję ratownika wodnego określoną w ww. ustawie? Czy Wykonawca będzie mógł realizować usługę ratownikami, które pełnią służbę lub są członkami podmiotu uprawnionego do wykonywania ratownictwa wodnego? Zgodnie z interpretacją Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji poprzez zatrudnienie można uznać zawarcie z ratownikiem umowy cywilnoprawnej.

**Odpowiedź na pytanie 8:**

Zamawiający nie podważył definicji ratownika wodnego, lecz wykonuje obowiązek określony w art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca powinien realizować zamówienie zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Z poważaniem

ZABRZAŃSKI KOMPLEKS REKREACJI



KATARZYNA BODER

ZABRZAŃSKI KOMPLEKS REKREACJI

KIEROWNIK ZEPOLU RATOWNICZEGO  
mgr ~~Barbara~~ Kwestorowski

ZABRZAŃSKI KOMPLEKS REKREACJI  
41-800 Zabrze, al. Wojciecha Korfańskiego 18  
ING BANK SŁĄSKI S.A.  
39 1050 1230 1000 0023 5388 4998  
NIP 648-20-92-675 ID 273528258

-1-

1. Dokument zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego,
2. Dokument zamieszczono na Tablicy Ogłoszeń Zamawiającego.