Kolejne dwa artykuł związane z klauzulami społecznymi w zamówieniach publicznych poświęcę omówieniu tzw. Klauzuli społecznej zatrudnieniowej.

Pierwszy, zamieszczony poniżej dotyczy aspektów prawnych stosowania tego przepisu.

Drugi, będzie omawiał liczne problemy, które pojawiają się w praktyce, w sytuacji gdy zamawiający stosuje art. 29 ust. 3a ustawy prawo zamówień publicznych.

Przed przejściem do meritum przypomnę, że zgodnie z motywem 39 dyrektywy 2014/24/UE konieczne jest zobowiązanie wykonawców zamówienia publicznego do przestrzegania prawa pracy oraz prawa socjalnego. Zobowiązania takie powinny znaleźć się w zapisach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast motyw 40 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, wprost stwierdza, że ,,monitorowanie przestrzegania tych przepisów prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy powinno się odbywać na odpowiednich etapach postępowania o udzielenie zamówienia przy stosowaniu zasad ogólnych regulujących wybór uczestników i udzielenie zamówienia, przy stosowaniu kryteriów wykluczenia i przy stosowaniu przepisów dotyczących rażąco tanich ofert.

Realizacją zapisów motywu 39 i motywu 40 dyrektywy 2014/24/UE jest treść art. 18 ust. 2.

W ustawie prawo zamówień publicznych obecnie treść a*rt. 29 ust. 3a dodanego przez art. 1 pkt 42 lit. b ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz.U.2016.1020) zmieniającej nin. ustawę z dniem 28 lipca 2016 roku brzmi następująco:*

Art.  29. [Zasady opisywania przedmiotu zamówienia]

Ust. 3a. 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](https://sip.lex.pl/#/dokument/16789274#art(22)par(1)) ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.).

Aktualne brzmienie przepisu jest zupełnie inne, niż treść przepisu art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych, obowiązujący od dnia 19 października 2014 roku do *28 lipca 2016 roku, który dawał prawo*  zamawiającym wskazywanie w treści opisu przedmiotu zamówienia wymagań dotyczących realizacji umowy w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są czynności niezbędne do realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, których wykonywanie odpowiada warunkom wykonywania pracy, określonym w przepisach kodeksu pracy.

Przywołany w treści przepisu art. 29 ust. 3a ustawy prawo zamówień publicznych przepis [art. 22 § 1](https://sip.lex.pl/#/dokument/16789274#art(22)par(1)) ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.) ustanawia podstawowe obowiązki stron stosunku pracy definiują ten stosunek pracy następująco:

Art.  22. [Stosunek pracy]

§  1. Przez 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.

Przepis ten 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.

Należy zgodzić się z poglądami wyrażanymi w piśmiennictwie, że art. 29 ust. 3a ustawy prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek ustalenia, czy któraś z czynności w zakresie realizacji zamówienia publicznego polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w [art. 22 § 1](https://sip.lex.pl/#/dokument/16789274#art(22)par(1)) ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.). W sytuacji gdy zamawiający uzna, iż czynności takie występują zamawiający jest zobowiązany w SIWZ wskazać wymóg zatrudniania danych pracowników na podstawie umowy o pracę. [[1]](#footnote-1)

Ponieważ, z treści przepisów art. 29 ust. 3a oraz 36 ust. 2 pkt. 8a ustawy prawo zamówień publicznych wynika, że podmiotem zobowiązanym do oceny i stwierdzenia, czy dane czynności w zakresie realizacji zamówienia mogą być wykonywane w ramach stosunku pracy, spoczywa na zamawiającym. Zatem zamawiający, opisując przedmiot zamówienia rozstrzyga, czy wykonanie konkretnych czynności musi być wykonywane w ramach stosunku pracy czy też może być wykonane na podstawie umowy cywilnoprawnej. [[2]](#footnote-2)

Obecnie, treść art. 29 ust. 3a ustawy prawo zamówień publicznych jak wyżej wspomniałam obliguje zamawiającego do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy.

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. [[3]](#footnote-3)

Uważam, ze jest możliwe i zgodne z treścią art. 29 ust. 3a ustawy prawo zamówień publicznych 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](https://sip.lex.pl/#/dokument/16789274#art(22)par(1)) ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.) na podstawie umowy o pracę tymczasową, która stanowi szczególny 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 wyżej cytowanej ustawy ustawie z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych wynika, że co do zasady do agencji pracy tymczasowej, pracownika tymczasowego i pracodawcy użytkownika stosuje się przepisy prawa pracy dotyczące odpowiednio pracodawcy i pracownika.

Tak więc w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym będzie spoczywał ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia. Oczywistym, jest bowiem, że przepis ten nie dotyczy zamówień publicznych na dostawy, co wynika wprost z jego brzmienia.

Z treści przepisu art. 29 ust. 3a cyt. wyżej ustawy prawo zamówień publicznych nie wynika też, aby zamawiający miał możliwość określania ilości osób zatrudnionych przez wykonawcę na podstawie umowy o prace.

Stanowi on, iż zamawiający musi wymagać zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich 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](https://sip.lex.pl/#/dokument/16789274#art(22)par(1)) ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.).

 Barbara Kunysz – Syrytczyk, 10. 2016 roku

1. Sawicka Paulina, Siedlecki Tomasz, Zatrudnienie na umowę o pracę - M.Zam.Pub. 2016/10/16-18 [↑](#footnote-ref-1)
2. Zatyka Piotr, Klauzule społeczne w teorii i w praktyce - Zam.Pub.Dor. 2016/11/6-13 [↑](#footnote-ref-2)
3. <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp> [↑](#footnote-ref-3)