



Warszawa, dn. 12.06.2018 r.

**DYREKTOR GENERALNY
URZĘDU DO SPRAW CUDZOZIEMCÓW**

Arkadiusz Szymański

BDG.WZP.261. 5.2018/MK

Dot. postępowania nr 18/USŁUGI EDUKACYJNE/US/18

Szanowni Państwo,

w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na **świadczenie usług edukacyjnych na potrzeby Urzędu do Spraw Cudzoziemców**, Zamawiający informuje, że w dniu 8 czerwca br. wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ. Zgodnie z art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” oraz treścią rozdz. IX pkt 2 a) SIWZ, Zamawiający przedstawia odpowiedź w przedmiotowej kwestii:

Pytanie

W Rozdziale III pkt 10 SIWZ Zamawiający wskazał, iż:

1. Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę:

- a) osób wykonujących bezpośrednio czynności związane z realizacją umowy, w zakresie prowadzenia nauczania języka polskiego, które będą polegały na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 108), w tym nauczycieli prowadzących zajęcia dla dorosłych, zajęcia dla dzieci poprzez pomoc w odrabianiu lekcji i pilotażowe zajęcia przygotowawczo-wyrównawcze,
- b) osób wykonujących bezpośrednio czynności związane z realizacją umowy, w zakresie prowadzenia zajęć edukacyjno- adaptacyjnych dla dzieci w wieku przedszkolnym, które będą polegały na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 108), w tym nauczycieli prowadzących zajęcia.

Mając na względzie powyższe proszę o przedstawienie uzasadnienia dlaczego Zamawiający po dokonanej przez siebie ocenie stwierdził, iż usługi będące przedmiotem ww. zamówienia polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu Pracy?. Do ww. oceny Zamawiający zobowiązany jest na podstawie zapisów ustawy – potwierdza to także opinia Urzędu Zamówień Publicznych (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp>). W opinii Wykonawcy wykonywanie usług edukacyjnych zarówno dla dorosłych i dzieci w zakresie opisanym w SIWZ nie spełnia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 22 § 1 Kodeksu Pracy. W podobnego rodzaju postępowaniach Zamawiający odstępują od przedstawiania ww. wymogów w treści SIWZ. W tym zakresie dostępne jest także szerokie orzecznictwo oraz stanowiska doktryny. Celem art. 38 ust. 1 ustawy pzp nie jest jednak przedstawianie przez Wykonawcę prawidłowości lub nieprawidłowości stanowiska Zamawiającego. Dlatego też składamy pytanie jak na wstępie.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. W ocenie Zamawiającego, potwierdzonej treścią pytania sformułowanego przez Wykonawcę, pytanie to nie odnosi się do treści SIWZ. Jednocześnie Zamawiający, informuje co następuje:

Przedmiotowe zamówienie publiczne jest realizowane z zastosowaniem regulacji ustawy Pzp, zgodnie z którymi zamówienia na usługi społeczne udzielane są zgodnie z art. 138g tejże ustawy. Ponieważ szacunkowa wartość zamówienia na świadczenie usług edukacyjnych na potrzeby Urzędu do Spraw Cudzoziemców przekracza wartość 750.000 EURO, do ich udzielenia zastosowanie będzie mieć art. 138m wskazujący jednoznacznie do zamówień na usługi społeczne przepisy art. 22-22d, art. 24, art. 29-30b oraz art. 32-35.

Art. 29 ust. 3a ustawy Pzp wskazuje, 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. Obowiązek ten powstaje, gdy wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy – Kodeks pracy (dalej k.p.), przy czym w aktualnym stanie prawnym nie jest to uprawnienie, ale właśnie obowiązek Zamawiającego. Artykuł nakłada na zamawiającego obowiązek w postaci "rozpisania" czynności związanych z realizacją zamówienia i przypisania ich do poszczególnych członków personelu zaangażowanego w realizację zamówienia. W związku z tym zamawiający jest zobowiązany zidentyfikować, czy któraś z ww. czynności nosi znamiona stosunku pracy w rozumieniu k.p., a jeśli tak, nakłada to konieczność postawienia w SIWZ wymogu zatrudniania danych pracowników na podstawie umowy o pracę. Dotyczy to wszystkich zamówień, z wyłączeniem zamówień na dostawy.

Wypełniając zobowiązanie określone powyżej, Zamawiający zidentyfikował czynności polegające na świadczeniu pracy i nałożył w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia obowiązek zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę:

- a) osób wykonujących bezpośrednio czynności związane z realizacją umowy, w zakresie prowadzenia nauczania języka polskiego, które będą polegały na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 k.p., w tym nauczycieli prowadzących zajęcia dla dorosłych, zajęcia dla dzieci poprzez pomoc w odrabianiu lekcji i pilotażowe zajęcia przygotowawczo-wyrównawcze,
- b) osób wykonujących bezpośrednio czynności związane z realizacją umowy, w zakresie prowadzenia zajęć edukacyjno- adaptacyjnych dla dzieci w wieku przedszkolnym, które będą polegały na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 k.p, w tym nauczycieli prowadzących zajęcia.

Jak stanowi art. 22 § 1 k.p., przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonych przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Oznacza to, że w przypadku wykonywania pracy w miejscu i w czasie wskazanych przez pracodawcę oraz pod jego kierownictwem, należy stosować umowy o pracę. Najważniejszą cechą umowy o pracę jest pozostawanie pracownika pod kierownictwem pracodawcy, co nie występuje w umowach cywilnoprawnych. Jak wskazuje wyrok Sądu Najwyższego (SN) z 12.05.2011 r. sygn.akt II UK 20/11 , świadczą o tym takie elementy, jak:

- określony czas pracy;
- miejsce wykonywania czynności;
- podpisywanie listy obecności;
- podporządkowanie pracownika regulaminowi pracy;
- podległość poleceniom kierownictwa co do miejsca, czasu i sposobu wykonywania pracy;
- obowiązek przestrzegania norm pracy;
- obowiązek wykonywania poleceń przełożonych;
- wykonywanie pracy zmianowej;
- stała dyspozycyjność;
- dokładne określenie miejsca i czasu realizacji powierzonego zadania oraz jego wykonywania pod nadzorem kierownika.

Należy zauważyć, że zgodnie z opisem zamówienia, zajęcia z języka polskiego mają być prowadzone w „ujednoliconym systemie prowadzonych zajęć w zakresie metodologicznym, programowym i organizacyjnym”, w określonym czasie i miejscu oraz pod kierownictwem osoby która weryfikuje przestrzeganie tegoż ujednoliconego systemu i ma prawo do wydawania poleceń służbowych. Wskazuje to, że czynności nauczania spełniają przesłanki czynności objętych umową o pracę i co do osób wykonujących tą część zamówienia powinna być stosowana klauzula społecznym zatrudnienia na umowę o pracę.

Podobne przesłanki wskazują, że nauczyciele zajęć edukacyjno- adaptacyjnych dla dzieci w wieku przedszkolnym również powinni być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Od nauczycieli wymagać się będzie prowadzenia zajęć w określonych godzinach i miejscach, według ustalonego planu uwzględniającego określone bloki tematyczne – pod nadzorem koordynatora. Dodatkowo należy zauważyć, że stosunek pracy istnieje nawet wtedy, gdy strony w dobrej wierze zawierają umowę cywilnoprawną, lecz jej treść lub sposób realizacji odpowiada cechom stosunku pracy. Jeżeli praca (zatrudnienie) była wykonywana na warunkach charakterystycznych dla stosunku pracy, bez znaczenia pozostaje to, czy strony formalnie zawarły jakąkolwiek umowę o pracę, a także bez względu na to, jak ją nazwały. Z punktu widzenia art. 22 § 1 k.p. istotne jest bowiem jedynie to, czy faktycznie była ona świadczona w warunkach określonych w tym przepisie, a kwestią wtórną i nieobjętą art. 22 § 1 k.p. jest natomiast ocena skutków prawnych określenia umowy, na podstawie której była wykonywana praca, inną nazwą niż „umowa o pracę” lub formalnego jej ukształtowania jako umowy cywilnoprawnej.

W związku z powyższym, Zamawiający zobowiązany był do uwzględnienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na świadczenie usług edukacyjnych na potrzeby Urzędu do Spraw Cudzoziemców wymogów zatrudnienia nauczycieli zajęć z języka polskiego oraz nauczycieli zajęć edukacyjno- adaptacyjnych dla dzieci w wieku przedszkolnym **na podstawie umów o pracę.**

DYREKTOR GENERALNY
Urzędu do Spraw Cudzoziemców

Arkadiusz SZYMAŃSKI

NACZELNIK
WYDZIAŁU ZAMOWIEN PUBLICZNYCH
BIURA DYREKTORA GENERALNEGO
Urzędu do Spraw Cudzoziemców

ul. Taborowa 33
02-699 Warszawa

tel. 22 601 74 01-03
fax 22 601 74 13

Z-CIA DYREKTORA
BIURA DYREKTORA GENERALNEGO
Urzędu do Spraw Cudzoziemców

Maria MAZUR

kierownictwo@udsc.gov.pl
www.udsc.gov.pl

URZĄD DO SPRAW
CUDZOZIEMCÓW