

OR-10.271.36.2024

**Wykonawcy w postępowaniu**

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług pocztowych w zakresie doręczania przesyłek listowych nierejestrowanych”.

Działając zgodnie z treścią **art. 135 ust. 1, 2 i 6 ustawy** z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), Zamawiający: Gmina Miejska Kraków - Urząd Miasta Krakowa informuje, że w postępowaniu pn.: „Świadczenie usług pocztowych w zakresie doręczania przesyłek listowych nierejestrowanych”, 17 czerwca 2024 r. wpłynęło pytanie od Wykonawcy. Treść pytania w oryginalnym brzmieniu wraz z odpowiedzią Zamawiającego znajdują się poniżej.

**Pytanie:**

1. Zgodnie z postanowieniami pkt 3.9. swz

Zamawiający, na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy, wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę (lub podwykonawcę) w trakcie realizacji zamówienia, na podstawie stosunku pracy osób spośród pracowników zatrudnionych w grupie personelu doręczającego, wykonujących w ramach przedmiotu zamówienia czynności związane z bezpośrednim doręczaniem przesyłek do adresatów. Wykonywanie tych czynności polega na świadczeniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1465 ze zm.)

Powyższy wymóg nie dotyczy składających ofertę: osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą, które zobowiążą się do osobistego świadczenia usług oraz wspólników spółek osobowych, którzy zobowiążą się do osobistego świadczenia usług na rzecz spółki

1.1. W związku z tym proszę o potwierdzenie, że zastrzeżenie zawarte w drugim akapicie, że wymóg nie dotyczy osób świadczących osobiście takie usługi, które prowadzą działalność gospodarczą, dotyczy również podwykonawców, a nie wyłącznie osób składających ofertę.

Gdyby uznać, że wymaganie to dotyczy wszelkich osób wykonujących wskazane czynności, w tym również osób, które prowadzą działalność gospodarczą, to zamawiający wymaga osobistego spełnienia świadczenia przez wykonawcę w tym zakresie. Pozostaje to w niezgodzie z postanowieniami swz dopuszczającymi podwykonawstwo.

Proszę więc o wyjaśnienie w celu usunięcia rozbieżności.

1.2. Proszę o dostosowanie wymagania do przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Czynności z zakresu doręczania przesyłek mogą, ale nie muszą być wykonywane na podstawie umowy o pracę

Zgodnie z art. 22 § 1 kodeksu pracy 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. Stosunek pracy to więc prawna o charakterze dobrowolnym i trwałym, łącząca pracownika i pracodawcę, której treścią jest obowiązek osobistego wykonywania pracy określonego rodzaju przez pracownika pod kierownictwem, na rzecz i na ryzyko pracodawcy oraz obowiązek pracodawcy zatrudnienia pracownika przy umówionej pracy i wypłacanie mu wynagrodzenia za pracę (por. wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 26 czerwca 1996, III AP/ 10/96). Należy przy tym podkreślić, że zatrudnienie nie musi mieć charakteru pracowniczego. Praca może być świadczona także na podstawie umów cywilnoprawnych (orzeczenie Sądu Najwyższego z 9 grudnia 1999 r., I PKN 432/99).

Wiele zadań może być wykonywanych zarówno na podstawie stosunku pracy, jak i na podstawie umów cywilnoprawnych. Nie można powiedzieć, że nie jest dopuszczalne przejście z pracowniczej formy zatrudnienia na niepracowniczą, ani odwrotnie. W tym samym tonie wypowiedział się ten Sąd także w wyroku z 12 grudnia 2001 r., w sprawie o sygn. I PKN 733/00.

O kwalifikacji umowy decyduje w pierwszej kolejności zasada swobody umów (art. 353 § 1 k.c.) polegająca na możliwości wyboru przez strony rodzaju stosunku prawnego, który będzie ich łączył. Dotyczy to także wykonywania stale i za wynagrodzeniem określonych czynności, a więc stosunku prawnego określanego jako wykonywanie zatrudnienia w szerokim tego słowa znaczeniu. Jeżeli w treści stosunku prawnego łączącego strony (ocenianego nie tylko przez treść umowy, ale przede wszystkim przez sposób jego wykonywania) przeważają cechy charakterystyczne dla stosunku pracy określone w art. 22 § 1 k.p., to mamy do czynienia z zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę umowy zawartej przez strony (art. 22 § 11 k.p.; por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 października 1998 r., sygn. I PKN 389/98, z dnia 22 grudnia 1998 r., sygn. I PKN 517/98, z dnia 12 stycznia 1999 r., I PKN 535/98, z dnia 9 lutego 1999 r., sygn. I PKN 562/98, z dnia 7 kwietnia 1999 r., sygn. I PKN 642/98). Odwrotnie, jeżeli w treści stosunku prawnego nie przeważają cechy charakterystyczne dla stosunku pracy, to nie można przyjąć, aby taki stosunek prawny łączył strony. Umowa, na podstawie której jest świadczona praca, nie może więc mieć mieszanego charakteru, łączącego elementy umowy o pracę i umowy cywilnoprawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2002 r., sygn. I PKN 786/00).

Jak wynika z powyższego – Zamawiający nie powinien narzucać ograniczeń w zasadzie swobody zawierania umów mających za przedmiot doręczanie przesyłek. W Wyrokach SA w Katowicach o sygn. 1749/17 oraz 1390/17, jak też w wyroku SA 1808/15 sądy badały konkretne umowy mające za przedmiot doręczanie przesyłek. W tych przypadkach sądy stwierdziły, że nie są to umowy o dzieło, ale uznały że są to umowy o świadczenie usług (oparte o koncept zlecenia).

Jak wynika z powyższego w obrocie prawnym funkcjonują ważne i legalne umowy o doręczanie przesyłek zawarte z osobami fizycznymi na podstawie przepisów kodeksu cywilnego. W sytuacji gdy czynność może być wykonywana na podstawie umów cywilnoprawnych zamawiający nie może wymagać aby były one wykonywane na podstawie umowy o pracę. Uprawnienie wynikające z art. 95 ustawy Pzp dotyczy tylko takich czynności, które nie mogą być w świetle prawa wykonywane w oparciu o umowę cywilnoprawną. Celem przepisów art. 95 ustawy Pzp było zabezpieczenie przed umowami bez opłacania składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Jak wynika z powołanych wyroków sądów – przy doręczaniu przesyłek nie da się zawrzeć umowy o dzieło, która by zwalniała z konieczności opłacenia składek.

Proszę więc o usunięcie rozbieżności i wskazanie, że czynności doręczania powinny być wykonywane przez osoby zatrudnione w oparciu o stosunek pracy lub odpowiednią umowę cywilnoprawną.

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy SWZ. Wyjaśnia przy tym, iż:

- 1.1. Uwaga zawarta w pkt 3.9. SWZ odnosi się wyłącznie do Wykonawcy. Intencją i zamysłem Zamawiającego jest, aby Wykonawca składający ofertę zatrudniał pracowników z grupy personelu doręczającego, wykonujących w ramach przedmiotu zamówienia czynności związane z bezpośrednim doręczaniem przesyłek do adresatów na podstawie stosunku pracy. W sytuacji gdy wykonawcą składającym ofertę będzie osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą, która zobowiąże się do osobistego świadczenia czynności związane z bezpośrednim doręczaniem przesyłek do adresatów, nie będzie ona objęta wymogiem opisanym w ww. punkcie SWZ (i odpowiednimi zapisami umowy). W każdym innym przypadku, Wykonawca lub podwykonawca (lub nawet dalszy podwykonawca) zobowiązani będą do zatrudnienia w trakcie realizacji zamówienia, na podstawie stosunku pracy osób spośród pracowników zatrudnionych w grupie personelu doręczającego, wykonujących w ramach przedmiotu zamówienia czynności związane z bezpośrednim doręczaniem przesyłek do adresatów. Umowy o pracę nie mogą być zastępowane

umowami cywilnoprawnymi, a relacja pracodawca – pracownik, relacją pracodawca – samozatrudniony w ramach jednoosobowej działalności gospodarczej.

- 1.2. Zgodnie z komentarzem Urzędu Zamówień Publicznych do art. 95 ustawy, dostępnym na stronie <https://ekomentarzpzp.uzp.gov.pl/prawo-zamowien-publicznych/art-95>, celem jego wprowadzenia było nałożenie na zamawiających szczególnych obowiązków związanych „z formułowaniem wymagań związanych z realizacją zamówienia. Przepis stanowi implementację art. 18 ust. 2 dyrektywy klasycznej oraz art. 36 ust. 2 dyrektywy sektorowej, które zobowiązują państwa członkowskie do zapewnienia w prawie krajowym, aby przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków, m.in. w dziedzinie prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa pracy wymienionych we właściwych załącznikach do dyrektyw klasycznej i sektorowej. Dla prawidłowej implementacji tego przepisu prawa unijnego wystarczające są uregulowania zawarte w przepisach krajowych właściwych dla poszczególnych dziedzin wymienionych w regulacji unijnej, w tym konkretnym przypadku – w przepisach prawa pracy. Niemniej jednak, **ustawodawca krajowy, zważywszy na szczególny problem występujący na krajowym rynku pracy, który wpłynął również na praktyki stosowane w zamówieniach publicznych, zdecydował się na wprowadzenie tego rodzaju regulacji, aby wesprzeć działania mające na celu zwalczanie nieprawidłowych praktyk rynkowych polegających na nadużywaniu umów cywilnoprawnych w warunkach, w których zgodnie z Kp wymagane jest zawarcie umowy o pracę**”.

Głównym wyznacznikiem postawienia wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy jest ustalenie, czy dana czynność nosi znamiona czynności opisanej w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1465 ze zm.). Jak wskazał Urząd Zamówień Publicznych w wyżej przytoczonym komentarzu, „zgodnie 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. Kodeksowa definicja stosunku pracy była przedmiotem analizy w wyrokach sądowych, które stanowią istotną wskazówkę pomagającą zidentyfikować cechy charakteryzujące umowy o pracę i wskazać czynności w zamówieniu, które podlegać będą obowiązkowi zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Na ich podstawie można wskazać następujące czynniki, które zamawiający powinien wziąć pod uwagę, analizując, czy dana czynność ma cechy stosunku pracy:

- 1) czy ma ona charakter czynności wykonywanej w określonych godzinach i miejscu oraz warunkach podporządkowania określonym normom porządkowym (np. regulamin pracy), czy też czynności doraźnej, której efektem ma być osiągnięcie określonego rezultatu, oraz
- 2) czy ma być realizowana pod kierownictwem i zgodnie z poleceniami i konkretnymi wytycznymi wykonawcy, czy też osoba wykonująca tę czynność w ramach realizacji zamówienia będzie miała swobodę odnośnie do organizacji swojej pracy oraz doboru metod służących osiągnięciu oczekiwanego rezultatu”.

Zamawiający mając na względzie powyższe uznał, iż zasadnym i koniecznym w świetle art. 95 ustawy jest postawienie wymogu opisanego w pkt 3.9 SWZ i wprowadzenie odpowiednich do tego wymogu zapisów wzoru umowy (patrz § 8 wzoru umowy).

Zamawiający zwraca przy tym uwagę, iż przywołane przez Wykonawcę orzeczenia sądów powszechnych nie były wydawane na gruncie ustawy (Prawo zamówień publicznych), ani aktualnie obowiązującej ani poprzednio obowiązującej, lecz odnosiły się do przepisów ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych. Innymi słowy, orzeczenia te nie odnosiły się do kwestii, czy czynności wykonywane przez osoby doręczające przesyłki pocztowe polegają na wykonywaniu pracy

w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy - w kontekście przepisu art. 95 ustawy. Istota sporu w sprawach, w których zapadły wymienione przez Wykonawcę orzeczenia, sprowadzała się do rozstrzygnięcia, czy objęte zaskarżonymi decyzjami Zakładu Ubezpieczeń Społecznych umowy zawarte przez płatnika z ubezpieczonym miały charakter umów o dzieło, czy też umów o świadczenie usług, do których na podstawie art. 750 k.c. stosuje się odpowiednio przepisy o umowie zlecenia, a w konsekwencji, czy ubezpieczony z tytułu ich wykonywania podlegał ubezpieczeniom społecznym. Sądy nie czyniły badania dalej idącego, czy umowy te mogą być traktowane jako umowy o pracę - gdyż w tym zakresie sądy związane były żądaniem pozwu.

Ponadto wskazać należy, że ocena tych umów przez sądy orzekające dokonywana była w oparciu o konkretne ich postanowienia w zakresie opisu przedmiotu umowy. Nie była wykonywana in abstracto i nie miała w związku z tym charakteru generalnego.

Przedstawiając powyższe, Zamawiający wskazuje, że zapisy SWZ w zakresie pkt 3.9. są zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi, a w szczególności przepisem art. 95 ustawy.

Zapisy SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu pozostają bez zmian.

z up. PREZYDENTA MIASTA

(-)

*Anna Szeliga*

Kierownik Oddziału

w Wydziale Organizacji i Nadzoru

**Urząd Miasta Krakowa**

**WYDZIAŁ ORGANIZACJI I NADZORU**

Oddział Zamówień Publicznych

tel. +48 12 616 17 57, fax +48 12 616 12 36, [info@um.krakow.pl](mailto:info@um.krakow.pl)

31-004 Kraków, pl. Wszystkich Świętych 3-4

[www.krakow.pl](http://www.krakow.pl)

