

Wyjaśnienia

odnośnie stosowania art. 29 ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) w przetargach na świadczenie usług ubezpieczeniowych

Zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” wprowadzonym uchwaloną w dniu 22 czerwca 2016 r. ustawą o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *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 (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm. dalej jako „ustawa kp”)*. Oznacza to, że artykuł, w nowym brzmieniu, ustanawia po stronie zamawiającego obowiązek określenia w OPZ wymagań odnośnie zatrudnienia osób wykonujących czynności stanowiące przedmiot zamówienia wtedy, gdy posiadają one cechy konstytutywne dla stosunku pracy. W innym przypadku zamawiający nie będzie więc zobligowany do określenia wymagań dotyczących zatrudnienia, które statuuje w/w przepis. Każdorazowo, zbadanie czy obowiązek określenia zatrudnienia ma charakter obligatoryjny spoczywa na zamawiającym. Taka interpretacja tego przepisu wynika również z opinii, która została wydana w tej sprawie przez Urząd Zamówień Publicznych¹. Z kolei kryteria, jakimi zamawiający powinien się kierować przy dokonywaniu ustaleń wynikają z art. 22 § 1 kp, który określa cechy stosunku pracy a którymi są:

- wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy,
- wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy,
- wykonywanie pracy w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę,
- wykonywanie pracy w czasie wyznaczonym przez pracodawcę,
- wykonywanie pracy za wynagrodzeniem.

Wyjaśniamy, iż w ocenie zamawiającego, w przypadku przetargu na usługi ubezpieczeniowe zamawiający nie ma konieczności przedstawiania wymogów odnośnie zatrudniania osób na umowę o pracę. Zgodnie bowiem z art. 805 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny Dz.U.2016.380 j.t.: *Przez umowę ubezpieczenia ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swego*

¹ <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>

przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. **Usługa ubezpieczeniowa polega więc na zapewnieniu ubezpieczającemu ochrony ubezpieczeniowej na okoliczność zajścia wypadku oznaczonego w umowie ubezpieczenia.** Aby bardziej zobrazować istotę ubezpieczenia można odwołać się do istniejącego w doktrynie sporu odnośnie tego, czy umowa ubezpieczenia ma charakter umowy wzajemnej. Istnieją co do tego dwie koncepcje, z czego jedna zakłada, że świadczenie ubezpieczyciela jest świadczeniem pieniężnym a więc polega na kompensacie straty finansowej. Zwolennicy drugiej twierdzą, że świadczenie ubezpieczyciela polega na ponoszeniu ryzyka ubezpieczeniowego, a w razie przedterminowego rozwiązania umowy, na zwrocie składki za okres niewykorzystanej ochrony ubezpieczeniowej. Niezależnie jednak od tego, którą koncepcję przyjęlibyśmy jako właściwą, w opinii zamawiającego, świadczenie wykonawcy nie polega na świadczeniu pracy ponieważ nie posiada cech, które przesądzałyby o takim charakterze świadczenia. W przypadku samego ponoszenia ryzyka ubezpieczeniowego nie mamy do czynienia z żadnym działaniem wykonawcy lub jego podwykonawców, w przypadku wypłaty świadczenia pieniężnego zarówno sam proces likwidacji jak i wypłata mają charakter jednorazowy i incydentalny, uzależniony w pełni od ziszczenia się warunku jakim jest zajście zdarzenia objętego ochroną. Prawdą jest, że aby doszło do zawarcia umowy, konieczne jest podjęcie niezbędnych czynności materialnotechnicznych po stronie wykonawcy takich jak: wystawienie polis, podpisanie umów, przesłanie dokumentów itp. Jednakże, powyższe czynności również nie wymagają stałego zaangażowania osób a jedynie jednostkowego wkładu i mogą być wykonywane przez osoby pozostające z wykonawcą w stosunkach innych aniżeli stosunek pracy.