

## Podwykonawca nie musi być pracownikiem

Dodano: 13.02.2017

Czy podwykonawcy podlegają obowiązkowi zatrudnienia? Prawnik Łukasz Bąk odpowiada.



Pewnego styczniowego wieczoru, kiedy już bardziej myślałem o wypoczynku, niż o sprawach prawnych, otrzymałem interesujący telefon. Skontaktowała się ze mną właścicielka firmy leśnej i opisała swoje zmagania z nadleśnictwem dotyczące kwestii współpracy z podwykonawcami w kontekście obowiązku zatrudniania pracowników.

Temat zatrudnienia jest zagadnieniem cieszącym się szczególną uwagą w tym sezonie przetargowym, przede wszystkim z powodu ubiegłorocznych zmian w prawie zamówień publicznych.

Pisałem o nim m.in. w poprzednich dwóch artykułach opublikowanych na portalu firmylesne.pl.

Przypomnijmy, że ustawodawca nakazał zamawiającemu wymagać od wykonawców, aby ci posługiwali się pracownikami tam, gdzie charakter robót wymaga współpracy na zasadzie umowy o pracę. Urząd Zamówień Publicznych przychylił się do restrykcyjnego rozumienia tych reguł i oczekuje od zamawiających precyzji w opisywaniu stanowisk objętych nakazem zatrudnienia.

Z moich analiz wynika, że w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia oferowanych przez nadleśnictwa, obowiązek ten dotyczy prac przy pozyskaniu i zrywce drewna. Lasy Państwowe przyjmują zatem, że osoba wykonująca czynności składające się na te prace, biorąc pod uwagę ich specyfikę i charakter, musi być zatrudniona na umowę o pracę.

Obraz sprawy dodatkowo komplikują tzw. aspekty społeczne, tj. uzupełniająca punktacja oceny ofert za wykonywanie pewnych robót, np. pielęgnacyjnych, przez pracowników, a nie osoby współpracujące z wykonawcą na innych zasadach. Zamawiający dąży w ten sposób do promowania rozwiązań wynikających z kodeksu pracy.

Wspomniana przeze mnie rozmowa telefoniczna dotyczyła tego, czy powyższe obowiązki zatrudnienia obejmują także podwykonawcę w tym sensie, że realizując prace objęte obowiązkiem zatrudnienia, sam miałby być pracownikiem zwycięzcy przetargu. Z relacji mojej rozmówczynie wynikało, że takie oczekiwania niespodziewanie formułują pracownicy nadleśnictwa.

Moim zdaniem podwykonawca **nie podlega obowiązkowi zatrudnienia** w powyższym rozumieniu.

Przyjmuje się, że podwykonawcą jest podmiot, któremu wykonawca odpłatnie i na podstawie pisemnych ustaleń zleca realizację wycinka prac objętych zamówieniem. Tym samym oferent przenosi część ryzyka wynikającego z wygranego przetargu na inną osobę. Taka firma jest w stosunku do wykonawcy podmiotem niezależnym, prowadzącym działalność na własne ryzyko. Odpowiada ona, na zasadach uzgodnionych w umowie, za to, że prace objęte zamówieniem będą realizowane tak, jak wymaga tego kontrakt z zamawiającym.

Wykonawca mógłby dla przykładu obciążać podwykonawcę takimi samymi karami, jakie grożą mu z tytułu umowy z zamawiającym, podczas gdy takie praktyki są niedozwolone w stosunku do pracownika. Istota współpracy dwóch firm nie sprowadza się do bieżącego kontrolowania podwykonawcy i wydawania mu poleceń tak, jakby był podwładnym.

Nie na tym bowiem polega kooperacja niezależnych przedsiębiorców.

Odrębność podwykonawcy znajduje potwierdzenie w przepisach przetargowych.

Zamawiającego interesuje bowiem, czy oferent zamierza współpracować z innymi firmami. Jeżeli tak, taką informację przekazuje w formularzu JEDZ.

W uproszczeniu rzecz ujmując, w interesie zamawiającego jest, aby mieć pewność, że podmiot pomagający oferentowi jest równie wiarygodny jak główny wykonawca. Ustawa nie dawałaby możliwości żądania JEDZ-a od podwykonawcy, gdyby ten miał być wyłącznie osobą podporządkowaną jak pracownik.

Od pracowników wszakże wypełnienia tego formularza nie wymaga się.

Zauważmy w tym miejscu, że ustawa oczekuje zatrudniania pracowników nie tylko od wykonawcy, ale również od podwykonawcy. Odnosząc się zatem do treści SIWZ obowiązujących w nadleśnictwach trzeba przyjąć, że podwykonawca realizujący pozyskanie lub zrywkę z pomocą osób trzecich, musi je zatrudniać na umowy o pracę.

Taki obowiązek byłby zupełnie nieracjonalny gdybyśmy przyjęli, że sam podwykonawca także jest pracownikiem.

W przetargach organizowanych przez Lasy Państwowe, przynajmniej w znanych mi przypadkach, nie pojawia się zakaz korzystania z pomocy podwykonawców. Zamawiający akceptuje tym samym fakt ich ewentualnego zaangażowania w realizację umów, mając pełną świadomość idei niezależności podwykonawstwa.

Opisana powyżej zasady wykluczają w moim przekonaniu oczekiwanie zatrudniania podwykonawców. Byłoby to całkowicie sprzeczne z istotą tej formy działalności.



Łukasz Bąk, adwokat

Wspólnik w Kancelarii Jaskot, Bąk - Adwokaci

Komentarze (0)

Nie dodano jeszcze żadnego komentarza.