

Michał Culepa

Rozdział I. Stanowisko kierownika zamawiającego, specjalisty ds. zamówień publicznych

1. Charakterystyka stanowiska i wymagania kwalifikacyjne

Przepisy ZamPublU nie określają ściśle, jakimi kwalifikacjami powinni dysponować poszczególni pracownicy na określonych stanowiskach oraz jaki jest ich zakres obowiązków. Wynika to z faktu, że materia regulacji tej ustawy są – jak określono w art. 1 – „zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie”.

Nie oznacza to jednak, że ZamPublU w ogóle milczy na temat tego, kto ma zajmować się problematyką zamówień publicznych u poszczególnych pracodawców. Wskazuje na to już art. 2 pkt 3 ZamPublU ustanawiając instytucję kierownika zamawiającego. Ustawa określa go jako osobę lub organ, który – zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową – jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego.

Warto zwrócić uwagę na określenie tej funkcji – bo trudno raczej mówić tu o stanowisku. Podmiot ten może być zarówno osobą jak i organem, przy czym zauważyć należy, że funkcję organu może pełnić jedna osoba, jak i kilka osób, w zależności od tego, czy wspomniany organ składa się z jednej lub kilku osób. Funkcje kierownika zamawiającego teoretycznie może więc pełnić kilka osób – jeżeli organ zarządzający jest złożony z kilku osób, a przepisy prawa, statutu lub umowy nie określają konkretnej osoby, która ma pełnić taką funkcję.

Aby więc uniknąć problemów w zakresie kompetencyjnym, przepisy organizacyjne obowiązujące u zamawiającego muszą przewidywać wprost powierzenie funkcji kierownika zamawiającego konkretnej osobie – jednemu pracownikowi.

Uprawnienie do zarządzania zamawiającym może także wynikać z przepisów ustrojowych. W jednostkach administracji publicznej (zwłaszcza w jednostkach samorządowych lub administracji rządowej) zazwyczaj kierownictwo danej jednostki jest jednoosobowe. W takich warunkach, jeżeli dana osoba pełni określone funkcje zarządzające w stosunku do podmiotu zamawiającego, wówczas niejako z mocy prawa będzie ta osoba pełniła także funkcję kierownika zamawiającego.

Przykładowo, zgodnie z art. 11a ust. 1 SamGminU, organami gminy są rada i wójt (burmistrz, prezydent miasta). W myśl art. 26 ust. 1 SamGminU organem wykonawczym gminy jest wójt, który zarazem kieruje bieżącymi sprawami gminy i reprezentuje ją na zewnątrz (art. 31 SamGminU). Z zasady jednoosobowego kierownictwa wynika zatem, że wójt – jako kierujący gminą i zarządzający mieniem komunalnym pełni, niejako z mocy prawa, także funkcje kierownika zamawiającego w przypadku organizowania i prowadzenia zamówień publicznych, wykonywania przetargów oraz wszelkich innych czynności wskazanych przez przepisy ZamPublU.

Inna sytuacja może występować w jednostkach, których zarząd jest wieloosobowy. Przykładem może być tu powiat, w przypadku którego art. 26 ust. 2 SamPowiatU stanowi, że w skład zarządu powiatu wchodzi starosta jako jego przewodniczący, wicestarosta i pozostali członkowie. Organizację wewnętrzną oraz tryb pracy zarządu określa statut powiatu (art. 32 ust. 4 SamPowiatU). Jednakże istnieje także przepis doprecyzowujący funkcję przewodniczącego zarządu – w tym wypadku starosty. Zgodnie zatem z art. 34 ust. 1 SamPowiatU starosta organizuje pracę zarządu powiatu i starostwa powiatowego, kieruje bieżącymi sprawami powiatu oraz reprezentuje powiat na zewnątrz.

Ważne

W przypadku wieloosobowego organu zarządzającego, nawet gdy członków jest kilku, przepisy mogą wyznaczyć jedną osobę, która jest generalnie odpowiedzialna za prowadzenie bieżących spraw jednostki. Osoba taka pełnić będzie jednocześnie funkcję kierownika zamawiającego w rozumieniu przepisów ZamPublU.

Jeżeli kwestii tych nie regulują przepisy ustawowe, akty wykonawcze lub inne przepisy powszechnie obowiązujące, wówczas wskazane regulacje powinny znajdować się w przepisach statutowych ustanawiających wewnętrzną organizację danej jednostki lub osoby prawnej. Generalnie, jeżeli przepisy wewnętrzne ustanawiają jako osobę wykonującą bieżące funkcje kierownicze np. prezesa zarządów, wówczas to ta osoba powinna pełnić funkcję kierownika zamawiającego. Mogą one jednak wyznaczyć do tej funkcji inną osobę – członka zarządu albo osobę niebędącą członkiem zarządu, ale zatrudnioną na określonym stanowisku w danej jednostce.

Kompetencje kierownika zamawiającego określa art. 18 ZamPublU. Zgodnie z ust. 1 tego przepisu, kierownik zamawiającego jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia. Jest on więc głównym odpowiedzialnym za zorganizowanie i przeprowadzenie przetargów. Jak wcześniej wskazano, funkcję

tę pełni przede wszystkim osoba zarządzająca daną jednostką albo osoba wyznaczona w przepisach organizacyjnych – w szczególności w statucie. Wymagania kwalifikacyjne dla takiej osoby są więc tożsame z kwalifikacjami kierownika danej jednostki. Przykładowo, kierownikiem zamawiającego w rozumieniu ZamPublU w samodzielnym publicznym zakładzie opieki zdrowotnej (spzoz) jest dyrektor tegoż spzoz. W myśl art. 46 ust. 2 DziałLeczU kierownikiem podmiotu leczniczego niebędącego przedsiębiorcą (w tym kierownikiem spzoz) może być osoba, która:

- 1) posiada wykształcenie wyższe,
- 2) posiada wiedzę i doświadczenie dające rękojmię prawidłowego wykonywania obowiązków kierownika,
- 3) posiada co najmniej 5-letni staż pracy na stanowisku kierowniczym albo ukończone studia podyplomowe na kierunku zarządzanie i co najmniej 3-letni staż pracy,
- 4) nie została prawomocnie skazana za przestępstwo popełnione umyślnie.

Kierownik zamawiającego może jednak powierzyć obowiązki w zakresie przygotowania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego także innym osobom. Dopuszcza to wprost art. 18 ust. 2 ZamPublU, zgodnie z którym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym rozdziale, pracownikom zamawiającego.

Ważne

Dopuszczalne jest powierzenie innym osobom, także innym pracownikom kompetencji w zakresie prowadzenia spraw dotyczących zamówień publicznych.

Przepisy ZamPublU nie określają szczegółów odnoszących się do kwalifikacji osób, którym powierzono czynności w zakresie zamówień publicznych. Nie są także normatywnie określone nazwy stanowisk, które powinny zajmować takie osoby. Generalnie najczęściej używa się określenia typu specjalista do spraw zamówień publicznych lub podobnego, zazwyczaj odpowiadającego nomenklaturze siatki zaszerogowań obowiązującej u danego pracodawcy.

Jeżeli zatrudniane są w ten sposób osoby w jednostkach administracji publicznej – samorządowej lub rządowej – to wówczas powinny być to stanowiska urzędnicze. W takim wypadku osoba zatrudniona powinna dysponować kwalifikacjami odpowiadającymi kwalifikacjom urzędnika samorządowego albo pracownika służby cywilnej.

W przypadku pracownika jednostki samorządowej, urzędnik zajmujący się sprawami zamówień publicznych powinien (art. 6 ust. 1 i 3 PracSamU):

- być obywatelem polskim,
- mieć pełną zdolność do czynności prawnych oraz korzystać z pełni praw publicznych,
- posiadać wykształcenie co najmniej średnie,
- posiadać szczegółowe kwalifikacje zawodowe wymagane do wykonywania pracy na określonym stanowisku,

- posiadać co najmniej wykształcenie średnie,
- nie być skazanym prawomocnym wyrokiem sądu za umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe,
- cieszyć się nieposzlakowaną opinią.

W przypadku osób zajmujących stanowiska kierownicze urzędnicze (np. kierowników komórek organizacyjnych w urzędach) dodatkowo wymaga się:

- posiadania co najmniej 3-letniego stażu pracy lub wykonywania przez co najmniej 3 lata działalności gospodarczej o charakterze zgodnym z wymaganiami na danym stanowisku,
- wykształcenia wyższego I lub II stopnia w rozumieniu przepisów o szkolnictwie wyższym.

W przypadku pracownika lub urzędnika służby cywilnej, osoba zatrudniona na stanowisku ds. zamówień publicznych powinna (art. 4 SłużbaCywilU):

- być obywatelem polskim,
- korzystać z pełni praw publicznych,
- nie być skazaną prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe,
- posiadać kwalifikacje wymagane na dane stanowisko pracy,
- cieszyć się nieposzlakowaną opinią.

Szczegółowe kwalifikacje dla poszczególnych stanowisk określa załącznik nr 1 do StanowiskaSłCywR. W zależności od rodzaju stanowiska wymagane jest wykształcenie wyższe lub średnie.

Przykład

W Urzędzie Wojewódzkim w G. funkcjonuje wydział ds. zamówień publicznych. W takim przypadku naczelnik wydziału musi mieć wyższe wykształcenie. Pozostali zatrudnieni to osoby na stanowiskach: specjaliści ds. zamówień publicznych oraz dwóch inspektorów. Specjalista zatrudniony w tym wydziale musi legitymować się wyższym wykształceniem a pozostali inspektorzy – minimum średnim.

Przepisy nie określają jakie konkretnie ma być to wykształcenie. Z racji jednak charakteru zamówień, istotnej roli kwestii finansowych, dużej ilości regulacji prawnych preferowane powinno być tutaj wykształcenie prawnicze lub ekonomiczne. Osoby dysponujące taką wiedzą specjalistyczną dają bowiem rękojmię, że praca wykonywana przez nie będzie odpowiedniej jakości.

Istotnym elementem będzie też kwestia doświadczenia zawodowego. Niekiedy szczegółowe przepisy wymagają dla poszczególnych stanowisk określonego stażu pracy.

Przykład

Stanowisko głównego specjalisty ds. zamówień publicznych w Urzędzie Miasta M. musi odpowiadać podstawowym kwalifikacjom określonym w przepisach PracSamU. Dodatkowo powinien on legitymować się kwalifikacjami wskazanymi w części F tabeli IV załącznika Nr 3 do WynagPracSamR. Główny specjalista musi więc mieć wyższe wykształcenie i co najmniej 4 lata stażu pracy. Regulamin wynagradzania Urzędu Miasta wskazuje dodatkowo, że kandydat na to stanowisko powinien legitymować się wyższym wykształceniem prawniczym, ekonomicznym lub administracyjnym.

nym i co najmniej 4-letnim stażem pracy, przy czym w ramach wskazanych 4 lat, co najmniej 2 lata muszą być przepracowane w jednostce lub komórce organizacyjnej jednostki sektora finansów publicznych na stanowiskach bezpośrednio zajmujących się problematyką zamówień publicznych.

Dalszą kwestią dotyczącą kwalifikacji zawodowych jest – wskazany we wszystkich przepisach pragmatyk urzędniczych – wymóg posiadania polskiego obywatelstwa. Wymóg ten dotyczy wszystkich osób zatrudnionych na stanowiskach urzędniczych w samorządzie, służbie cywilnej, jednostkach administracji państwowej i w wymiarze sprawiedliwości. W przypadku służby cywilnej i pracowników samorządowych dopuszcza się zatrudnienie obywatela innego państwa na stanowisku, na którym wykonywana praca nie polega na bezpośrednim lub pośrednim udziale w wykonywaniu władzy publicznej i nie dotyczy funkcji mających na celu ochronę generalnych interesów państwa, jeżeli posiada znajomość języka polskiego potwierdzoną dokumentem określonym w odrębnych przepisach (zob. art. 11 ust. 3 PracSamU, art. 5 ust. 2 SłużbaCywilU). Ze względu na charakter pracy w komórkach organizacyjnych zajmujących się zamówieniami publicznymi oraz fakt, że mają one udział w ochronie interesów państwowych, należy uznać wymóg obywatelstwa polskiego dla takich osób za obowiązkowy. Wiele z przetargów przeprowadzanych przez jednostki administracji publicznej może wymagać dostępu do informacji ważnych z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa. Tym samym budzi wątpliwości możliwość zatrudnienia osób niemających obywatelstwa polskiego w jednostkach administracji publicznej.

Mimo spełnienia warunków kwalifikacyjnych i zatrudnienia w jednostce lub komórce organizacyjnej zajmującej się zamówieniami publicznymi, a także mimo skutecznego powierzenia czynności z zakresu zamówień publicznych poszczególne osoby mogą być jednak wykluczone z jakiegokolwiek udziału w danym postępowaniu przetargowym.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ZamPublU osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli:

- 1) same ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- 2) pozostają z wykonawcą bądź jego zastępcą prawnym, członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w:
 - związku małżeńskim,
 - stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej,
 - stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do II stopnia,
 - związku z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli;
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia:
 - pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą,
 - były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób; w przypadku tego warunku wyłączającego może chodzić o zawarcie jakiegokolwiek innej umowy niż wymieniona powyżej (np. pożyczki, darowizny), albo pozostawanie w związku osobistym, nieuregulowanym prawnie (np. w konkubinacie);

- 5) zostały prawomocnie skazane za:
- przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
 - przestępstwo przekupstwa,
 - przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu,
 - inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

W przypadku tego ostatniego warunku należy zauważyć, że zatrudnienie takich osób na stanowiskach urzędniczych jest praktycznie niewykonalne, gdyż jednym z podstawowych wymogów jest brak prawomocnego skazania. Osoby takie w ogóle nie będą mogły pełnić funkcji urzędniczych w jednostkach administracji publicznej.

Brak powyższych okoliczności wyłączających dane osoby z uczestnictwa w procedurze zamówień publicznych powinien być wykazany na piśmie, pod rygorem odpowiedzialności za złożenie fałszywego oświadczenia (art. 17 ust. 2 ZamPublU).

Oświadczenie składane na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia – Prawo zamówień publicznych przez:

[zaznaczyć właściwe z listy poniżej]

- kierownika zamawiającego
- pracownika zamawiającego, któremu kierownik zamawiającego powierzył wykonanie zastrzeżonych dla siebie czynności
- członka komisji przetargowej
- biegłego
- innej osoby wykonującej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia
- w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.

.....
[nazwa postępowania]

.....
prowadzonym przez

[nazwa zamawiającego]

Ja niżej podpisany:

Imię (imiona).....

Nazwisko.....

Upředzony o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywego oświadczenia oświadczam, że:

- 1) nie ubiegam się o udzielenie zamówienia;
- 2) nie pozostaję w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia oraz nie jestem związany z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia nie pozostawałem w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą i nie byłem członkiem organów zarzą-

dzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

- 4) nie pozostają z żadnym wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do mojej bezstronności;
- 5) nie zostałem prawomocnie skazany za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

..... dnia r.

.....

(podpis)

Uprzedzony o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywego oświadczenia, oświadczam, że w związku z zaistnieniem okoliczności, o której mowa w pkt.....[wskazać odpowiedni punkt z listy wskazanej powyżej], podlegam wyłączeniu z niniejszego postępowania.

..... dnia r.

.....

(podpis)

2. Podstawa zatrudnienia – stosunek pracy

Przepisy ZamPublU nie określają wprost podstawy zatrudnienia osób zajmujących się sprawami zamówień publicznych, jednakże z art. 18 ust. 2 ZamPublU wynika, że będzie to jednak chodziło o osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy – czyli pracowników. Przepis stanowi bowiem – w odniesieniu do osób, którym powierzono sprawy związane z zamówieniami publicznymi – że kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym rozdziale, pracownikom zamawiającego. Tym samym osoby, które będą wykonywały zadania powierzone przez kierownika zamawiającego powinny być pracownikami jednostki zamawiającej.

Ważne

Powierzenie czynności z zakresu zamówień publicznych, osobom zatrudnionym na innej podstawie niż stosunek pracy, będzie w świetle art. 18 ust. 2 zd. 2 ZamPublU nieprawidłowe.

Wynika to przede wszystkim z faktu, że stosunek pracy cechuje silniejsze powiązanie organizacyjno-prawne pracownika z pracodawcą. Trwałość i niektóre cechy charakteryzujące stosunek pracy stanowią bowiem o lepszym i bardziej efektywnym wykorzystaniu wiedzy i umiejętności osób odpowiedzialnych za zamówienia publiczne. Ponieważ z realizacją zamówień publicznych wiąże się wydatkowanie środków budżetowych, istotna staje się wówczas kontrola i nadzór nad osobami zajmującymi się tą problematyką. W tym zakresie zatrudnienie pracownicze jest także lepszą podstawą, z uwagi na podporządkowanie pracownika pracodawcy i kierowniczą rolę tego ostatniego.

2.1. Stosunek pracy – definicja, podstawy nawiązania

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 (art. 22 § 1 KP). Warto wskazać, że Kodeks pracy w wielu miejscach posługuje się pojęciem „stosunku pracy”, które nie jest tożsame z umową o pracę. Zgodnie bowiem z art. 2 KP pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie nie tylko umowy o pracę, ale także:

- powołania,
- wyboru,
- mianowania,
- spółdzielczej umowy o pracę.

Stosunek pracy z powołania, mianowania i wyboru muszą regulować odrębne przepisy.

W przypadku mianowania, taki sposób nawiązania stosunku pracy dotyczy obecnie niemal wyłącznie pracowników administracji publicznej, w szczególności urzędników służby cywilnej.

Wybór odnosi się do pracowników obieralnych, obecnie funkcje z wyboru pełnią najwyżsi pracownicy samorządów – wójtowie, burmistrzowie i prezydenci miast oraz starostowie powiatów i marszałkowie województw.

Ważne

Pracownicy z wyboru pełnią zasadniczo funkcje osób zarządzających, a więc kierowników zamawiającego w rozumieniu przepisów ZamPublU.

2.2. Powołanie do pełnienia funkcji a zatrudnienie na podstawie powołania

Stosunek pracy z powołania jest nawiązywany w przypadkach wskazanych przepisami ustawowymi. Dotyczy on najczęściej kierowników jednostek, wskazanych w przepisach, w jednostkach samorządu terytorialnego na podstawie powołania zatrudniani są skarbnicy gminni, powiatowi i wojewódzcy oraz – tylko w urzędach gmin oraz miast – zastępcy wójtów (burmistrzów, prezydentów miast).

Jako typowy przykład powołania można podać sposób zatrudnienia dyrektora instytucji kultury. Przepisy art. 15 ust. 1 DziałKultU stanowią, że dyrektora instytucji kultury powołuje organizator na czas określony po zasięgnięciu opinii związków zawodowych działających w tej instytucji kultury oraz stowarzyszeń zawodowych i twórczych właściwych ze względu na rodzaj działalności prowadzonej przez instytucję; odwołanie dyrektora następuje w tym samym trybie.

Jeżeli powołanie następuje bez stosownej podstawy prawnej (np. będzie to powołanie na stanowisko naczelnika wydziału ds. zamówień publicznych), ewentualnie dojdzie do powołania w skład określonego organu pracodawcy wskazanego w przepisach (np. po-

wołanie do komisji przetargowej), to wówczas wskazane *quasi*-powołanie będzie miało charakter wyłącznie powierzenia obowiązków. Gdy dotyczy ono już zatrudnionego pracownika, to wówczas należy takie powołanie potraktować jako zmianę treści umowy o pracę (w tym zmianę zakresu obowiązków, stanowiska, wynagrodzenia, itp.) – czyli sytuację podobną do wypowiedzenia, względnie porozumienia zmieniającego umowę o pracę (por. w tej kwestii wyr. SN z 26.7.2011 r., I PK 23/11, OSNAPiUS 2012, Nr 19–20, poz. 236).

W praktyce regułą w nawiązywaniu stosunku pracy pomiędzy pracodawcą – zamawiającym, w rozumieniu przepisów ZamPublU, a osobami będącymi specjalistami z zakresu zamówień publicznych będzie zawieranie umów o pracę. W przypadku służby cywilnej możliwe jest także zatrudnienie na podstawie mianowania, ale ono dotyczy już osób wcześniej zatrudnionych w służbie cywilnej, które posiadają odpowiednie kwalifikacje i zdały egzamin urzędniczy.

2.3. Podstawowe zasady stosunku pracy

Najważniejszymi elementami stosunku pracy – i co za tym idzie – także umowy o pracę jest więc:

- 1) po stronie pracownika:
 - podporządkowanie pracodawcy i – co za tym idzie – obowiązek wykonywania pracy w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę,
 - bezwzględny obowiązek osobistego wykonania pracy,
- 2) po stronie pracodawcy obowiązek zapłaty wynagrodzenia (odpłatność pracy).

Należy zauważyć, że praca będąca przedmiotem umowy pracowniczej powinna być wykonywana w sposób ciągły. Istota ciągłości świadczenia pracy w ramach stosunku pracy tkwi w tym, że zobowiązanie pracownika nie polega na jednorazowym wykonaniu pewnej czynności lub na wykonaniu ich zespołu składającego się na określony rezultat lecz wiąże się z wykonywaniem określonych czynności w powtarzających się odstępach czasu, w okresie istnienia trwałej więzi łączącej pracownika z pracodawcą (por. wyr. SN z 14.12.1999 r., I PKN 451/99, OSNP 2001, Nr 10, poz. 337).

2.4. Podporządkowanie pracownika, osobiste świadczenie pracy

Elementem przedmiotowo istotnym umowy o pracę jest podporządkowanie pracownika pracodawcy. Jest to praktycznie warunek niezbędny istnienia stosunku pracy i zasadnicza cecha tego stosunku. Podporządkowanie pracownika jest bardziej istotne, gdy pracodawca chce zachować kontrolę bieżącą i całościową nad określonym procesem pracy, zwłaszcza gdy dotyczy ono wydatkowania dużych sum pieniężnych. Dzięki temu pracodawca uzyskuje pełną kontrolę nad działaniami pracownika i może je modyfikować na bieżąco, używając do tego specyficznych dla prawa pracy konstrukcji, takich jak polecenie pracodawcy wykonania określonej pracy lub czynności albo nawet powstrzymanie się od nich (polecenie służbowe). Dlatego też powszechną w jednostkach publicznych formą zatrudnienia jest właśnie stosunek pracy.

Praktyka realizacji tego wymogu jest różna. W orzecznictwie wskazywano, że Kodeks pracy nie określa w jaki sposób ma być realizowane podporządkowanie pracownicze, a tym bardziej czy musi ono polegać na faktycznym podporządkowaniu danej osoby innej konkretnej osobie. Podporządkowanie pracownicze należy więc oceniać, uwzględniając specyficzne w stosunku do prawa pracy oraz utartych na tym gruncie poglądów uregulowania prawne (zob. uzasadnienie wyr. NSA z 20.12.2005 r., II FSK 114/05, Przegł. Pod. 2006, Nr 7, s. 50).

Próbę wskazania realizacji tej cechy stosunku pracy podjął jednak Sąd Najwyższy. Wskazywał więc, że podporządkowanie pracownika wskazane w art. 22 § 1 KP może polegać na określeniu przez pracodawcę czasu pracy i wyznaczeniu zadań. Jednak co do sposobu ich realizacji pracownik ma pewien zakres swobody, zwłaszcza jeżeli wykonuje zawód twórczy (por. wyr. SN z 7.9.1999 r., I PKN 277/99, OSNP 2001, Nr 1, poz. 18).

W innym orzeczeniu (wyr. z 12.5.2011 r., II UK 20/11, OSP 2012, Nr 65, poz. 65) SN stwierdził jednak, że dla stwierdzenia, iż pracownicze podporządkowanie pracownika pracodawcy występuje w treści stosunku prawnego z reguły wskazuje się na takie elementy jak:

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

Wystąpienie jednej z powyższych cech umownych, choćby faktycznie wykonywanych, sugeruje zatem wprost zawarcie umowy o pracę.

Warto wspomnieć, że jednym ze sposobów realizacji zasady podporządkowania pracownika pracodawcy w procesie pracy jest system kar porządkowych określony w przepisach KP, do których nakładania uprawniony jest pracodawca. Jest to specyficzna instytucja prawa pracy służąca dyscyplinowaniu zatrudnionych. Kary te (upomnienie, nagana) mogą być bowiem nakładane przez pracodawcę wprost na podstawie kodeksowej, jednostronną decyzją pracodawcy (oczywiście po przeprowadzeniu procedury konsultacyjnej i wysłuchaniu pracownika) za nieprzestrzeganie przez pracownika ustalonej organizacji i porządku w procesie pracy, przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy, przepisów przeciwpożarowych, a także przyjętego sposobu potwierdzania przybycia i obecności w pracy oraz usprawiedliwiania nieobecności w pracy (art. 108 § 1 KP). Z kolei za nieprzestrzeganie przez pracownika przepisów bhp i ppoż., opuszczenie pracy bez usprawiedliwienia, stawienie się do pracy w stanie nietrzeźwości lub spożywanie alkoholu w czasie pracy – pracodawca może dodatkowo zastosować karę pieniężną w wysokości 1 dniówki za 1 wykroczenie, nie więcej jednak niż 1/10 wynagrodzenia za pracę netto (art. 108 § 2–3 KP).

Kolejną cechą, podstawową dla istnienia stosunku pracy, jest obowiązek osobistego świadczenia pracy. Inaczej mówiąc, dopuszczenie w umowie możliwości zastępstwa

w wykonywaniu pracy powoduje, że nie możemy mieć do czynienia ze stosunkiem pracy. Brak bezwzględnego obowiązku osobistego świadczenia pracy wyklucza bowiem możliwość zakwalifikowania stosunku prawnego jako umowy o pracę (por. wyr. SN z 28.10.1998 r., I PKN 416/98, OSNP 1999, Nr 24, poz. 775).

Zakaz zlecania pracy podwykonawcom przez pracownika jest bardzo istotny z punktu widzenia interesów pracodawcy zamawiającego. Oznacza to, że w przypadku powierzenia obowiązków lub wykonywania czynności w zakresie zamówień publicznych, wykonywać je będą wyłącznie te osoby, które zostały w tym celu zatrudnione. Ich odpowiedzialność za należyte wykonanie pracy będzie także odpowiedzialnością pracowniczą.

2.5. Wynagradzanie – podstawowy obowiązek pracodawcy

Wreszcie trzecią zasadniczą cechą stosunku pracy jest jego odpłatność. W każdej umowie o pracę muszą się znaleźć stosowne postanowienia dotyczące wysokości wynagrodzenia za pracę oraz sposobu jego ustalania (a przynajmniej składników płacowych). Umowa o pracę powinna bowiem określać wynagrodzenie za pracę odpowiadające rodzajowi pracy, ze wskazaniem składników wynagrodzenia.

Brak określenia w umowie wynagrodzenia za pracę (konkretnej kwoty albo przynajmniej parametrów do jego ustalenia, np. stawki za godzinę pracy czy stawki za jednostkę pracy – towar lub usługę) jest poważną nieprawidłowością, nie zwalnia to jednak pracodawcy z obowiązku wypłaty wynagrodzenia za pracę. Niewypłacenie wynagrodzenia w ogóle lub rezygnacja z wypłaty jakiegokolwiek składnika płacowego bez wypowiedzenia stanowi poważne naruszenie obowiązków pracodawcy wobec pracownika. Pracodawca popełnia wówczas wykroczenie z art. 282 § 1 pkt 1 KP zgodnie z którym kto, wbrew obowiązkowi:

- nie wypłaca w ustalonym terminie wynagrodzenia za pracę lub innego świadczenia przysługującego pracownikowi albo uprawnionemu do tego świadczenia członkowi rodziny pracownika,
- wysokość tego wynagrodzenia lub świadczenia bezpodstawnie obniża albo dokonuje bezpodstawnych potrąceń,

podlega karze grzywny od 1000 zł do 30 000 zł.

Natomiast pracownik ma prawo do natychmiastowego rozwiązania umowy o pracę, bez wypowiedzenia na podstawie art. 55 § 1¹ KP; dodatkowo w takim przypadku pracownikowi przysługuje odszkodowanie w wysokości wynagrodzenia za okres wypowiedzenia, a jeżeli umowa o pracę została zawarta na czas określony lub na czas wykonania określonej pracy, pracownik ma otrzymać odszkodowanie w wysokości wynagrodzenia za okres 2 tygodni.

O ile wypłata wynagrodzenia jest prawnym obowiązkiem pracodawcy, o tyle kwestia wysokości wynagrodzenia pozostaje zasadniczo w gestii stron umowy. Jednak należy pamiętać, że pracodawcę wiążą w takim wypadku co najmniej przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz jego własne uregulowania płacowe, zawarte w przepisach statutowych lub w regulaminie wynagradzania. Inaczej mówiąc, pracodawca nie może ustalać wynagrodzenia niższego niż określone dla danego stanowiska w regulaminie wynagra-

dzania, rozporządzeniu lub innym akcie określającym sprawy płacowe. Ponadto pracownik nie może mieć ustalonego wynagrodzenia za dany miesiąc w kwocie niższej niż wskazana w przepisach o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

3. Uregulowania prawne stosunku pracy w zależności do rodzaju jednostki zamawiającej

Sposób zatrudnienia pracownika odpowiedzialnego za sprawy zamówień publicznych jest uzależniony od rodzaju jednostki zatrudniającej. Wynika to z faktu, że większość pracodawców publicznych posiada własne, odrębne regulacje prawne rangi ustawowej. Dlatego różne mogą być zasady zatrudniania ze względu na rodzaj jednostki.

3.1. Jednostki samorządu terytorialnego

Status prawny osób zatrudnionych w jednostkach samorządu terytorialnego – biurach, urzędach i jednostkach organizacyjnych – regulują obecnie przepisy PracSamU. Ustawa ta określa przede wszystkim kategorie pracodawców, zaliczanych do pracodawców samorządowych i tym samym zatrudniających pracowników samorządowych, ale także podstawy nawiązania stosunku pracy w samorządzie.

Do pracodawców samorządowych zalicza się zatem (art. 2 PracSamU):

- urzędy marszałkowskie,
- wojewódzkie samorządowe jednostki organizacyjne,
- starostwa powiatowe,
- powiatowe jednostki organizacyjne,
- urzędy gmin (miast),
- jednostki pomocnicze gmin,
- gminne jednostki budżetowe i samorządowe zakłady budżetowe,
- biura (ich odpowiedniki) związków jednostek samorządu terytorialnego oraz samorządowe zakłady budżetowe utworzone przez te związki,
- biura (ich odpowiedniki) jednostek administracyjnych, jednostek samorządu terytorialnego.

Jedynie osoby zatrudnione w tych jednostkach są pracownikami samorządowymi. Nie należy zaliczać zatem do tej grupy osób zatrudnionych w osobach prawnych utworzonych przez te jednostki (np. w spółkach komunalnych, samorządowych instytucjach kultury). Przepisów PracSamU do tej kategorii zatrudnionych się nie stosuje.

W wyżej wymienionych jednostkach organizacyjnych samorządu terytorialnego zatrudniani są pracownicy na trzech zasadniczych podstawach prawnych:

- wyboru,
- powołania,
- umowy o pracę.

W przypadku wyboru i powołania, zatrudnione na tych stanowiskach są wyłącznie osoby piastujące funkcje kierownicze, tj. wójtowie (burmistrzowie, prezydenci miast), starosto-

wie oraz marszałkowie województwa. Na podstawie wyboru zatrudniani są także pozostali członkowie zarządów powiatów i województw. Tym samym, na podstawie wyboru zatrudniane są osoby, które pełnią funkcję kierowników zamawiającego – osoby odpowiedzialne całościowo za funkcjonowanie całej jednostki.

Zatrudnienie na podstawie powołania

Na podstawie powołania zatrudniani są:

- w urzędach miast i gmin – zastępcy wójta (burmistrza, prezydenta miasta) oraz skarbnicy gminni (miejscy),
- w starostwach powiatowych – skarbnicy powiatowi,
- w urzędach marszałkowskich – skarbnicy wojewódzcy.

Stanowisko skarbnika jako osoby odpowiedzialnej za finanse i budżet jednostki może być również obsadzone przez osobę, która pełni funkcję kierownika zamawiającego. Statut gminy (ale też powiatu lub województwa) może bowiem powierzyć problematykę zamówień publicznych np. jednemu z członków zarządu jednostki, zastępcy wójta, czy skarbnikowi. Podobnie wójt, burmistrz, prezydent miasta, starosta lub marszałek województwa może przekazać kompetencje kierownika jednej ze wskazanych wyżej osób, pełniących najwyższe funkcje kierownicze.

Osoby niepełniące funkcji najwyższych funkcji kierowniczych w urzędach jednostek samorządowych oraz osoby kierujące innymi samorządowymi jednostkami organizacyjnymi są zatrudniane na podstawie umów o pracę (art. 4 ust. 1 pkt 3 PracSamU). Dlatego pozostałe osoby zajmujące się problematyką zamówień publicznych również powinny być zatrudnione na podstawie umów o pracę. To samo dotyczy także osób będących kierownikami jednostek organizacyjnych samorządu, innych niż urzędy gminne (miejskie), starostwa powiatowe lub urzędy marszałkowskie. Ci kierownicy również są zatrudniani na podstawie umów o pracę.

Ważne

Wszyscy pracownicy samorządowi, poza wskazanymi w art. 4 ust. 1 pkt 1–2 PracSamU oraz w przepisach szczególnych, są pracownikami zatrudnionymi na podstawie umów o pracę.

Ustawa wprowadza więc zasadniczo domniemanie zawarcia umowy o pracę i tym samym wyklucza inne podstawy prawne zawarcia stosunków pracy. Oznacza to również, że powołanie na stanowisko niewskazane w przepisach art. 4 PracSamU i innych przepisach należy rozumieć jako powierzenie stanowiska, względnie zmianę treści dotychczasowej umowy o pracę.

Pracownicy samorządowi mogą być zatrudniani wyłącznie na podstawie umów o pracę na czas określony lub na czas nieokreślony. Ustawa o pracownikach samorządowych nie przewiduje w tym względzie zatrudniania na podstawie umów na okres próbny. Przewiduje natomiast możliwość zatrudnienia na podstawie umowy na zastępstwo, przy uproszczonej formule zatrudnienia w przypadku urzędników samorządowych (pominięcie procedury naboru konkursowego).

Stanowiska urzędnicze, w tym także stanowiska specjalistów ds. zamówień publicznych, podlegają naborowi konkursowemu. Nabór ten jest otwarty i konkurencyjny (art. 11 ust. 1 PracSamU). Naboru jednak nie przeprowadza się w przypadku, gdy dana osoba ma być zatrudniona na zastępstwo za nieobecnego urzędnika (art. 12 ust. 2 PracSamU).

Zatrudniony w powyższy sposób urzędnik obowiązany jest odbyć służbę przygotowawczą, według programu ustalonego przez kierownika jednostki. Osobę taką można zatrudnić wówczas na czas określony nie dłuższy niż 6 miesięcy. Po odbyciu służby, pracownik powinien złożyć egzamin urzędniczy, przy czym niezdanie tego egzaminu skutkuje brakiem możliwości dalszego zatrudnienia na stanowisku urzędniczym.

Po zdaniu egzaminu możliwe jest dalsze zatrudnienie, ale ustawodawca nie określa już jakiego rodzaju umowa o pracę mogłaby to być, zatem z literalnego brzmienia przepisu można wnosić, że pracodawca samorządowy posiada w tym zakresie swobodę, a tym samym może zatrudnić pracownika na czas określony lub też na czas nieokreślony (por. w tej kwestii A. Szewc (red.), *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Warszawa 2011 – komentarz nr 5 do art. 19 PracSamU; szerzej A. Giedrewicz-Niewińska, *Nowe przepisy o podstawach nawiązania stosunku pracy z pracownikami samorządowymi*, MoPr 2009, Nr 4).

Umowy o pracę zawierane z pracownikami samorządowymi nie różnią się zasadniczo od umów o pracę uregulowanych w przepisach KP. Każda z umów powinna zawierać te same elementy, wskazane w art. 29 § 1 KP, tj.:

- strony umowy,
- rodzaj umowy,
- datę zawarcia umowy,
- warunki pracy i płacy, w szczególności: rodzaj pracy, miejsce wykonywania pracy, wynagrodzenie za pracę odpowiadające rodzajowi pracy (ze wskazaniem składników wynagrodzenia), wymiar czasu pracy, termin rozpoczęcia pracy.

Należy pamiętać, że w razie zatrudnienia na czas określony obecnie obowiązujące przepisy KP limitują okres takiego zatrudnienia. Maksymalna długość umowy na czas określony wynosi obecnie 33 miesiące, a w ramach tego okresu można zawrzeć nie więcej niż 3 umowy na czas określony (art. 25¹ § 1 KP). Limitów tych nie stosuje się jednak w przypadku zatrudnienia:

- 1) w celu zastępstwa pracownika w czasie jego usprawiedliwionej nieobecności w pracy,
- 2) w celu wykonywania pracy o charakterze dorywczym lub sezonowym,
- 3) w celu wykonywania pracy przez okres kadencji,
- 4) w przypadku, gdy pracodawca wskaże obiektywne przyczyny leżące po jego stronie – jeżeli ich zawarcie w danym przypadku służy zaspokojeniu rzeczywistego okresowego zapotrzebowania i jest niezbędne w tym zakresie w świetle wszystkich okoliczności zawarcia umowy.

Jeżeli pracodawca zdecyduje się zawrzeć umowę lub umowy na okres dłuższy niż 33 miesiące lub więcej niż 3 umowy terminowe, mając za podstawę obiektywne przyczyny leżące po jego stronie, wspomniane przyczyny powinny być wpisane do umowy o pracę. Ponadto pracodawca obowiązany jest zawiadomić właściwego okręgowego inspektora

pracy, w formie pisemnej lub elektronicznej, o zawarciu takiej umowy o pracę, wraz ze wskazaniem przyczyn zawarcia takiej umowy, w terminie 5 dni roboczych od dnia jej zawarcia. Nie istnieje żaden katalog przyczyn leżących po stronie pracodawcy, uzasadniający dłuższy termin umowy lub ich liczbę większą niż 3. Jednakże można przyjąć, że zatrudnienie specjalisty zajmującego się sprawami zamówień publicznych przez dłuższy okres niż 33 miesiące lub na podstawie większej liczby umów niż 3 byłoby dopuszczalne, jeżeli np. chodziłoby o uczestnictwo w przygotowywaniu albo przeprowadzeniu serii wysokospecjalistycznych przetargów, które to zadania lub inwestycje miałyby charakter jednorazowy.

Przykład

Urząd Miasta O. zatrudnił na stanowisku głównego specjalisty ds. zamówień publicznych pracownika A., który był wybitnym specjalistą z zakresu techniki budowlanej i transportu. Wiązało się to z trzema przetargami na budowę sieci tramwajowej, nieistniejącej wcześniej w tym mieście. Przetargi były organizowane w kolejnych 3 latach, a zakładając możliwe odwołania, przewidziano końcowe rozstrzygnięcie ostatniego przetargu po upływie 5 lat od daty ogłoszenia pierwszego przetargu. W tej sytuacji Urząd zatrudnił pracownika A. na czas określony – 5 lat, wskazując jako przyczynę tak długiej umowy o pracę na czas określony konieczność zatrudnienia specjalisty z zakresu transportu szynowego (a A. był jednym z nielicznych specjalistów w tej dziedzinie) tylko na potrzeby 3 kolejnych przetargów, nie wyłączając procedur odwoławczych oraz brak możliwości późniejszego zatrudnienia (w perspektywie najbliższych 10 lat nowa sieć nie była planowana do dalszej rozbudowy).

3.2. Urzędy administracji rządowej

W jednostkach i urzędach administracji rządowej zatrudnieni pracownicy mają inne wymogi kwalifikacyjne oraz mogą być zatrudniani na innych podstawach prawnych niż umowa o pracę. To samo dotyczy także specjalistów z zakresu zamówień publicznych.

W zdecydowanej większości przypadków będą to osoby zatrudnione w ramach korpusu służby cywilnej.

Zgodnie z art. 4 Służba Cywilna, w służbie cywilnej może być zatrudniona osoba, która

- jest obywatelem polskim (na stanowiskach niezwiązanych z wykonywaniem władzy publicznej dopuszcza się zatrudnianie obcokrajowców),
- korzysta z pełni praw publicznych,
- nie była skazana prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe,
- posiada kwalifikacje wymagane na dane stanowisko pracy,
- cieszy się nieopozłakowaną opinią.

Natomiast w myśl art. 53 Służba Cywilna wyższe stanowisko w służbie cywilnej może zajmować osoba, która:

- posiada tytuł zawodowy magistra lub równorzędny;
- nie była skazana prawomocnym wyrokiem orzekającym zakaz zajmowania stanowisk kierowniczych w urzędach organów władzy publicznej lub pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi,

- posiada kompetencje kierownicze,
- spełnia wymagania określone w opisie stanowiska pracy oraz w przepisach odrębnych.

Z kolei na podstawie art. 99 pkt 2 SłużbaCywilU, Prezes Rady Ministrów w drodze rozporządzenia określa kwalifikacje zawodowe pracowników wymagane do wykonywania pracy na stanowiskach urzędniczych, w zakresie nieuregulowanym w przepisach szczególnych. Ponieważ jak już wcześniej wskazano, przepisy nie określają szczegółowo wymogów kwalifikacyjnych w zakresie stanowisk zajmujących się problematyką zamówień publicznych (szczególnie specjalistów ds. zamówień publicznych) wymogi te powinny co najmniej odpowiadać zasadniczym wymogom stanowiskowym w służbie cywilnej. Poza wyżej wymienionymi w art. 4 lub 53 SłużbaCywilU warunkami kwalifikacyjnymi, osoba aplikująca na stanowisko w służbie cywilnej powinna zatem co najmniej legitymować się wykształceniem lub poziomem kwalifikacji określonym w StanowiskaSłCywR.

Przykład

Osoba kandydująca na stanowisko starszego specjalisty ds. zamówień publicznych w urzędzie wojewódzkim musi legitymować się – poza wymogami z art. 4 SłużbaCywilU – także wyższym wykształceniem, co wynika z umiejscowienia stanowiska w grupie stanowisk specjalistycznych zgodnie z tabelą I załącznika Nr 1 do StanowiskaSłCywR. Ponieważ tabela nie określa rodzaju wykształcenia, w ogłoszeniu o naborze należy wskazać o jakie konkretnie wykształcenie chodzi, w zakresie wymagań dodatkowych, o których mowa w art. 23 ust. 2 pkt 3 SłużbaCywilU. W przypadku starszego specjalisty ds. zamówień publicznych wskazać należy w takim wypadku – jako wymóg dodatkowy – wykształcenie wyższe o profilu ekonomicznym, administracyjnym lub prawniczym. Można też wskazać stosowny do stanowiska staż pracy na stanowiskach w administracji publicznej lub na stanowiskach, w ramach których wykonywana była praca związana z przygotowaniem lub nadzorem nad postępowaniem w sprawach zamówień publicznych.

W służbie cywilnej jako korpusie urzędniczym, zatrudnienie następuje wyłącznie na podstawie stosunku pracy, czyli na podstawie umowy o pracę, mianowania lub – w przypadku wyższych stanowisk służby cywilnej – powołania.

Pracownicy służby cywilnej zatrudniani są wyłącznie na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony lub na czas określony, przy czym umowa o pracę na czas nieokreślony może być zawarta z tylko z osobą, która (art. 35 ust. 2 SłużbaCywilU):

- po odbyciu służby przygotowawczej otrzymała pozytywną pierwszą ocenę w służbie cywilnej;
- była wcześniej zatrudniona w służbie cywilnej na podstawie umowy na czas nieokreślony;
- była wcześniej zatrudniona w urzędach administracji państwowej na podstawie mianowania zgodnie z zasadami określonymi w przepisach PracUrzPU;
- była osobą zatrudnioną w służbie cywilnej na podstawie art. 34 ust. 1 SłużbaCywilU, tj. byłym zawodowym żołnierzem, który wcześniej pełnił służbę na stanowisku służbowym w Ministerstwie Obrony Narodowej lub terenowym organie administracji rządowej podległym Ministrowi Obrony Narodowej i został w ten sposób zatrudniony wskutek likwidacji stanowiska oraz wypowiedzenia stosunku służbowego.