

Małgorzata Moras

Horyzontalna klauzula społeczna w świetle nowych regulacji prawnych w zamówieniach publicznych

Roczniki Administracji i Prawa 16/2, 323-339

2016

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Oryginalny artykuł naukowy

Original Article

Data wpływu/Received: **2.09.2016**

Data recenzji/Accepted: **6.11.2016**

Data publikacji/Published: **20.12.2016**

Źródła finansowania publikacji: środki własne Autora

Authors' Contribution:

(A) Study Design (projekt badania)

(B) Data Collection (zbieranie danych)

(C) Statistical Analysis (analiza statystyczna)

(D) Data Interpretation (interpretacja danych)

(E) **Manuscript Preparation (redagowanie opracowania)**

(F) **Literature Search (badania literaturowe)**

Małgorzata Moras¹

HORYZONTALNA KLAUZULA SPOŁECZNA W ŚWIETLE NOWYCH REGULACJI PRAWNYCH W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

WPROWADZENIE

Zmiana podejścia do zamówień publicznych została wskazana jako jeden z priorytetów unijnej strategii „Europa 2020 – Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”, zawartej w komunikacie Komisji Europejskiej z 3.03.2010 r.² Zamówienia publiczne stały się jednym z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego, sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w uchwalonych w 2014 r. nowych dyrektywach, a mianowicie

¹ dr; adiunkt w Katedrze Prawa Administracyjnego i Zamówień Publicznych UEK.

² http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_PL_ACT_part1_v1.pdf [dostęp: 30.09.2016].

dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych³, dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/WE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych⁴, a także dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/WE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania koncesji⁵. Dyrektywa klasyczna i dyrektywa sektorowa zostały w niezbędnym zakresie wdrożone do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw⁶, a dyrektywa koncesyjna ustawą z dnia 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi⁷.

Komisja Europejska w przewodniku dotyczącym możliwości uwzględnienia kwestii społecznych w zamówieniach publicznych⁸ posługuje się terminem społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych lub w skrócie społecznych zamówień publicznych⁹, co stanowi odzwierciedlenie powyżej określonej zmiany, jaka zaszła w postrzeganiu zamówień publicznych. Zgodnie z przewodnikiem termin „społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne” oznacza zamówienia publiczne, w ramach których bierze się pod uwagę co najmniej jedną z następujących kwestii społecznych: możliwości zatrudnienia, godną pracę, zgodność z prawami społecznymi i z prawem do pracy, integrację społeczną (w tym także osób niepełnosprawnych), równość szans, dostępność, projektowanie dla wszystkich, uwzględnianie kryteriów zrównoważonego rozwoju, w tym kwestii etycznego handlu i szerszego dobrowolnego przestrzegania zasad społecznej odpowiedzialności biznesu (*corporate social responsibility* – CSR), z jednoczesnym uwzględnieniem zasad ujętych w Traktacie Unii o Europejskiej¹⁰ oraz w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych.

Rozwiązania na rzecz szerszego uwzględniania celów społecznych w procesie udzielania zamówień publicznych można podzielić na instrumenty wspierające integrację społeczną i zawodową, horyzontalną klauzulę społeczną mającą na celu zapewnienie przestrzegania przepisów prawa socjalnego i prawa pracy, a także in-

³ Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm., dalej jako dyrektywa klasyczna.

⁴ Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm., dalej jako dyrektywa sektorowa.

⁵ Dz.U. UE L Nr 94, poz. 1.

⁶ https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/31781/Tekst-ustawy-o-zmianie-ustawy-Prawo-zamowien-publicznych-oraz-niektorych-innych-ustaw-ustalony-ostatecznie-po-rozpatrzeniu-poprawek-Senatu.pdf [dostęp: 30.09.2016] – zwana dalej znowelizowaną ustawą Pzp.

⁷ Dalej jako ustawa koncesyjna (zob. tekst ustawy na stronie: http://orka.sejm.gov.pl/proc8.nsf/ustawy-/612_u.htm#_ftn1 – dostęp: 29.10.2016). Koncesja definiowana jest jako szczególny rodzaj zamówienia publicznego, od którego różni się źródłem pochodzenia środków finansowych służących do wynagrodzenia wykonawcy oraz przede wszystkim podziałem ryzyk pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

⁸ https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0024/26709/Kwestie_spoeczne_w_zakupach_Przewodnik_KE.pdf [dostęp: 30.09.2016].

⁹ Stosowanie terminu społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych zostało uznane za zbyt szerokie – zob. Z. Mazur, *Klauzule społeczne w polskim prawie zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2015, nr 6, s. 52.

¹⁰ Dziennik Urzędowy C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390 – wersja skonsolidowana dostępna pod linkiem: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT> [dostęp: 30.09.2016].

strumenty wspomagające uwzględnienie w procedurze udzielenia zamówienia publicznego potrzeb osób niepełnosprawnych i etykiet społecznych¹¹.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie zmian w regulacji zamówień publicznych, kładących nacisk na aspekty społeczne, a dokładnie przedstawienie tzw. *cross-cutting „social clause”*¹² – społecznej klauzuli horyzontalnej związanej z przestrzeganiem przepisów prawa pracy, prawa socjalnego i ochrony środowiska, przy czym niniejszy artykuł koncentruje się na aspekcie związanym z przestrzeganiem przepisów z zakresu prawa pracy¹³.

HORYZONTALNA KLAUZULA SPOŁECZNA

Nowe przepisy dyrektywy klasycznej obejmują kwestię poszanowania w ramach zamówień publicznych obowiązków wynikających z prawa pracy i prawa socjalnego (wcześniej art. 27 ust. 1 i ust. 2 uchylonej dyrektywy z 2004/18/WE). W porównaniu z poprzednio obowiązującą regulacją prawną w ramach art. 18 ust. 2 dyrektywy klasycznej ustanowiono ogólną zasadę dotyczącą podjęcia przez państwa członkowskie odpowiednich środków służących zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków między innymi w dziedzinie prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy. Międzynarodowe prawo socjalne i międzynarodowe prawo pracy obejmuje konwencje Międzynarodowej Organizacji Pracy ratyfikowane przez wszystkie państwa członkowskie UE i wskazane w załączniku X do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych¹⁴. Należy jednak mieć na uwadze treść motywu 37 dyrektywy

¹¹ M. Olejarz (red.), *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, UZP, Warszawa 2014, s. 173. DOI: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0030/24879/UZP_dyrektywy.pdf [dostęp: 30.09.2016].

¹² http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/reform/fact-sheets/fact-sheet-08-social_en.pdf.

¹³ Podstawę do dalszych rozważań stanowi dyrektywa klasyczna, znowelizowana ustawa Pzp oraz w wybranych aspektach ustawa koncesyjna.

¹⁴ Konwencja MOP nr 87 dotycząca wolności związkowej i ochrony praw związkowych, Konwencja MOP nr 98 dotycząca stosowania zasad prawa organizowania się i rokowań zbiorowych, Konwencja MOP nr 29 dotycząca pracy przymusowej lub obowiązkowej, Konwencja MOP nr 105 dotycząca zniesienia pracy przymusowej, Konwencja MOP nr 138 dotycząca najniższego wieku dopuszczenia do zatrudnienia, Konwencja MOP nr 111 dotycząca dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu, Konwencja MOP nr 100 dotycząca jednakowego wynagrodzenia dla pracujących mężczyzn i kobiet za pracę jednakowej wartości, Konwencja MOP nr 182 dotycząca zakazu i natychmiastowych działań na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci, Konwencja wiedeńska o ochronie warstwy ozonowej oraz Protokół montrealcki w sprawie substancji zubożających warstwę ozonową, Konwencja bazylejska o kontroli transgranicznego przemieszczania i usuwania odpadów niebezpiecznych (konwencja bazylejska), Konwencja sztokholmska w sprawie trwałych zanieczyszczeń organicznych, Konwencja w sprawie procedury zgody po uprzednim poinformowaniu w międzynarodowym handlu niektórymi niebezpiecznymi substancjami chemicznymi i pestycydami (UNEP/FAO) (konwencja PIC), sporządzona w Rotterdamie dnia 10 września 1998 r., wraz z trzema protokołami regionalnymi.

klasycznej. Zgodnie z nim warunkiem zastosowania przy udzielaniu zamówień publicznych obowiązków wynikających z krajowych przepisów ustawodawczych i wykonawczych, dekretów i decyzji, obowiązujących układów zbiorowych, jak też przepisów prawa międzynarodowego, jest ich zgodność z zasadą równego traktowania (co oznacza brak jakiegokolwiek dyskryminacji pośredniej lub bezpośredniej w nakładaniu zobowiązań na wykonawców, w szczególności z innych państw członkowskich UE oraz EOG) i przepisami unijnymi, a szczególnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 96/71/WE dotyczącą delegowania pracowników w ramach świadczenia usług¹⁵.

Podkreślić należy, że ustawodawca unijny nie wskazał, jakiego rodzaju środki mogłyby gwarantować realizację dyspozycji art. 18 ust. 2 dyrektywy klasycznej, określając, że stosowne zobowiązania mogłyby znaleźć odzwierciedlenie w klauzulach umownych. Powinna także istnieć możliwość wprowadzenia do umów w sprawie zamówień publicznych klauzul zapewniających przestrzeganie układów zbiorowych zgodnie z prawem unijnym. Nieprzestrzeganie stosownych zobowiązań można uważać za poważne naruszenie przez danego wykonawcę, mogące skutkować wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹⁶. W świetle motywu nr 40 dyrektywy klasycznej monitorowanie przestrzegania przepisów prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy powinno się odbywać na odpowiednich etapach postępowania o udzielenie zamówienia przy stosowaniu zasad ogólnych regulujących wybór uczestników i udzielenie zamówienia, przy stosowaniu kryteriów wykluczenia i przy stosowaniu przepisów dotyczących rażąco tanich ofert. Istotne jest zatem wskazanie regulacji prawnych, w których wyrażona została horyzontalna klauzula społeczna.

WYKLUCZENIE Z POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Wykonawcy, podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, muszą mieć wiedzę na temat wszelkich wymagań, jakie stawia zamawiający, w tym na temat klauzul związanych z przestrzeganiem przepisów prawa pracy i prawa socjalnego. Jest to szczególnie istotne na etapie weryfikacji przesłanek, których wystąpienie może powodować wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. a dyrektywy klasycznej instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy w sytuacji, gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2 dyrektywy klasycznej, a miano-

¹⁵ Dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz.U. L 18 z 21.01.1997, s. 1); M. Olejarsz (red.), *Zamówienia...*, s. 182.

¹⁶ Motyw 39 dyrektywy klasycznej.

wicie m.in. w dziedzinie prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X.

Powyzsza przesłanka uzasadniająca wykluczenie wykonawcy z postępowania ma charakter fakultatywny, co oznacza, że ustawodawca krajowy może ją wdrożyć do porządku prawnego zarówno jako przesłankę obowiązkowo stosowaną przez zamawiających, jak i jako przesłankę fakultatywną, czyli taką, która będzie stosowana w konkretnym postępowaniu obligatoryjnie, tylko gdy zamawiający zdecyduje się ją wprowadzić do warunków zamówienia. W znowelizowanej ustawie Pzp występuje podział na przesłanki obligatoryjne, czyli mające zastosowanie w przypadku każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przesłanki o charakterze fakultatywnym, których zastrzeżenie przez zamawiającego w dokumentacji postępowania (np. w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) uzasadnia wykluczenie wykonawcy z postępowania¹⁷.

W ramach przesłanek obligatoryjnych związanych z przestrzeganiem prawa pracy i prawa socjalnego przewidziano (art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a ustawy Pzp), że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 218–221 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny¹⁸, czyli przeciwko prawom osób wykonujących prace zarobkowe¹⁹. W przypadku wykonawcy niebędącego osobą fizyczną wykluczenie będzie możliwe, jeżeli urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego wykonawcy, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za wspomniane powyżej przestępstwo. Podkreślić należy, że w poprzednim stanie prawnym istniała podobna regulacja, w ramach nowelizacji została ona jednak preredagowana i doprecyzowana, w szczególności poprzez wskazanie, które przestępstwa z k.k. uzasadniają wykluczenie.

Dodatkowo w zakresie przesłanek obligatoryjnych można wskazać, że na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp wyklucza się wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem m.in. opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał ich płatności wraz z odsetkami lub grzywnami, lub też zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności²⁰. Jest to związane są z przestrzeganiem obowiązków z zakresu ubezpieczenia społecznego, lecz nie stanowi wdrożenia art. 57 ust. 4 lit.

¹⁷ Zob. więcej na temat przesłanek uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – K. Puchacz, *Zamówienia publiczne po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r.*, Gdańsk 2016, s. 29-38 oraz A. Sołtysińska, *Fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tle dyrektyw europejskich*, „Kwartalnik PZP” 2016, nr 2, s. 33-43.

¹⁸ Tekst jedn. z dnia 5 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1137) – dalej jako k.k.

¹⁹ W ustawie koncesyjnej nie zawarto odesłania do art. 218-221 k.k. – por. art. 32 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz pkt 2.

²⁰ Analogiczne uregulowanie zawarto w art. 32 ust. 1 pkt 3 ustawy koncesyjnej.

a dyrektywy klasycznej, tylko art. 57 ust. 2 tej dyrektywy. Przesłanka ta została zawężona w porównaniu do dotychczasowych przepisów, gdyż aktualnie wymaga się prawomocnego wyroku lub decyzji administracyjnej, a wcześniej wystarczające było wystąpienie zaległości. Natomiast możliwe będzie jej uzupełnienie o przesłankę fakultatywną, zgodnie z którą już samo naruszenie przez wykonawcę obowiązków dotyczących płatności, m.in. opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, będzie uzasadniało wykluczenie wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 8 ustawy Pzp). Wykluczenie wykonawcy na tej podstawie nie będzie uzależnione od wydania ostatecznej decyzji lub prawomocnego wyroku, lecz konieczne jest jej uwzględnienie w warunkach zamówienia²¹.

W znowelizowanej ustawie Pzp zdecydowano się także na zastosowanie konstrukcji fakultatywnych przesłanek wykluczenia, zakładając racjonalne działanie zamawiających w tym zakresie. W oparciu o nowe przepisy zamawiający będzie mógł dokonać wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny nie niższą niż 3000 złotych (art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Pzp). W przypadku wykonawcy niebędącego osobą fizyczną wykluczenie będzie możliwe, jeżeli urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego wykonawcy, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za wspomniane powyżej wykroczenie (art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp). Będzie też możliwe wykluczenie wykonawcy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych (art. 24 ust. 5 pkt 7). Możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przesłanek jest jednak, jak wyżej wspomniano, obwarowana warunkiem zastrzeżenia ich w dokumentacji postępowania²².

Trudno wskazać, czym kierował się polski legislator, wprowadzając pułap 3000 złotych dla kary pieniężnej. Za niektóre wykroczenia związane z naruszeniem przepisów prawa pracy mogą być nałożone kary od 1000 złotych (art. 281-283 KP)²³. W uzasad-

²¹ Podobna regulacja została zawarta w art. 32 ust. 2 pkt 8 ustawy koncesyjnej.

²² Tożsame fakultatywne przesłanki wykluczenia przewidziane zostały w art. 32 ust. 2 pkt 5-7 ustawy koncesyjnej.

²³ Można w tym miejscu wskazać za A. Świątkowskim, że „wszystkie wykroczenia przeciwko prawom pracownika wymienione w katalogu wykroczeń zamieszczonym w art. 281 § 1 KP podlegają karze grzywny od 1 tys. do 30 tys. zł. W taki sam sposób są penalizowane wykroczenia pracodawcy, który dopuszcza się wykroczeń wymienionych w art. 282 i 283 KP. Rozpiętość kar pieniężnych, jakie mogą być nakładane na pracodawców naruszających prawa pracownicze chronione sankcjami karno-administracyjnymi, jest duża. Ustawodawca umożliwia instytucjom wykonującym funkcje policji oraz organom sprawującym wymiar sprawiedliwości w sprawach z zakresu prawa pracy różnicowanie wysokości grzywien w zależności od rodzaju, stopnia naruszenia praw pracowniczych i winy.” – za: A. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2016, komentarz do art. 281 KP, Legalis.

nieniu do nowelizacji ustawy Pzp nie ma informacji w tym zakresie. Podkreślić należy, że w ślad za dyrektywą klasyczną w znowelizowanej ustawie Pzp wprowadzono ograniczenie czasowe – wykluczenie wykonawcy na podstawie jednej z przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 4 pkt 5-7 nie może przekraczać 3 lat od dnia uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, chyba że w wyroku wskazano inny okres, lub od dnia, w którym decyzja potwierdzająca zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia stała się ostateczna (art. 24 ust. 7 pkt 2 lit c ustawy Pzp)²⁴. Tożsame rozwiązanie przewidziano w przypadku zaistnienia obligatoryjnej podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp (zob. uwagi powyżej), a wskutek prawomocnego skazania za przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących prace zarobkowe (art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a ustawy Pzp) okres ten wydłużono do lat 5, licząc od dnia uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, chyba że w tym wyroku został określony inny okres²⁵.

Brak podstaw do wykluczenia zamawiający będzie weryfikował na podstawie aktualnego na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia wykonawcy w zakresie wskazanym przez zamawiającego w dokumentacji postępowania. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie m.in. tego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu. Oświadczenie to, gdy szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, składane jest w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia²⁶. Na podstawie Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z 27.07.2016 r.²⁷ zamawiający ma prawo wymagać informacji z Krajowego Rejestru Karnego (§ 5 pkt 1 Rozporządzenia), zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz

²⁴ Podobny okres przyjęto w ustawie koncesyjnej – art. 32 ust. 4 pkt 2 lit. c.

²⁵ Na marginesie należy wskazać, że wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20, a także ust. 5, jeżeli przedstawi odpowiednie dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, a zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające przedstawione dowody, tzw. *self-cleaning*, zob. więcej art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp. Konstrukcja ta zawarta została także w ustawie koncesyjnej – art. 32 ust. 5 i 6.

²⁶ Jednolity europejski dokument zamówienia jest oświadczeniem własnym wykonawcy, stanowiącym dowód wstępny, zastępujący zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie (art. 59 dyrektywy klasycznej). Wykonawca, składając go, oświadcza, że nie znajduje się w żadnej z sytuacji, w przypadku której wykonawcy muszą lub mogą zostać wykluczeni, że spełnia stosowne kryteria kwalifikacji oraz że w stosownych przypadkach spełnia obiektywne zasady i kryteria ustalone na potrzeby ograniczenia liczby kwalifikujących się kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do udziału. Wprowadzony został przez rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Zob. więcej na ten temat B. Nuzzo, *Jednolity europejski dokument zamówienia*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2016, nr 1, s. 102-111.

²⁷ Dz.U. z 2016 r., poz. 1126 – zwane dalej Rozporządzeniem.

z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami. Można także wymagać oświadczenia o braku wydania wobec wykonawcy ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Tożsama regulacja dotyczy przesłanek wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i pkt 6 ustawy Pzp²⁸.

WYMAGANIE ZATRUDNIENIA NA PODSTAWIE UMOWY O PRACĘ W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Obowiązki związane z przestrzeganiem przepisów prawa pracy wprowadzono do ustawy Pzp w ramach postanowień dotyczących sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że w tym wypadku ustawodawca polski nie ograniczył się do powielania przepisów unijnych, lecz podjął próbę wprowadzenia do przepisów z zakresu zamówień publicznych instrumentu służącego realizacji polityki społecznej państwa, uwzględniając postulaty zrównoważonego rozwoju. W świetle art. 29 ust. 3a ustawy Pzp²⁹ zamawiający został bowiem zobowiązany do określenia, sporządzając opis przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane³⁰, wymagań 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 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm. – dalej jako k.p.)³¹. Wcześniej obowiązek ten mógł być określony na podstawie uchylonego art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający mógł określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę

²⁸ Z uwagi na mniejszy formalizm postępowania koncesyjnego to na zamawiającym spoczywa ciężar określenia, jakie dokumenty będą potwierdzały brak podstaw do wykluczenia (art. 35 ust. 2 ustawy koncesyjnej). Zastrzeżono jednak, że sposób przedłożenia dokumentów oraz ich zakres musi być niedyskryminacyjny i proporcjonalny do przedmiotu umowy koncesji oraz służyć wyłącznie wykazaniu braku podstaw wykluczenia (art. 35 ust. 3 ustawy koncesyjnej). *Ex lege* nałożono natomiast obowiązek złożenia przez wykonawcę oświadczenia o braku podstaw wykluczenia na zasadach określonych w ogłoszeniu o koncesji (art. 35 ust. 1 ustawy koncesyjnej).

²⁹ Zob. też art. 26 ust. 6 ustawy koncesyjnej.

³⁰ W przypadku zamówień publicznych na dostawy obowiązek ten nie występuje. Zob. też P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 29 ustawy Pzp, Warszawa 2016, Legalis.

³¹ Istotnymi elementami decydującymi o tym, czy dane czynności można zakwalifikować jako wykonywane w ramach umowy o pracę są: osobiste świadczenie pracy, odpłatność za wykonywaną pracę, zobowiązanie do starannego działania przy wykonywaniu powierzonych czynności, a nie osiągnięcie ustalonego przez strony rezultatu, podporządkowanie przełożonemu nadzorującemu wykonywane pracy polegające m.in. na wykonywaniu pracy na stanowisku wskazanym przez pracodawcę i w czasie wskazanym przez pracodawcę. Zob. więcej B.M. Ćwiertniak [w:] *Kodeks pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. K.W. Baran, Warszawa 2013, s. 133 i nast. Zob. też wyrok Sądu Najwyższego z 7.10.2009 r. (III PK 38/09, Legalis).

osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli było to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności. Regulacja ta wprowadzała jednak wyłącznie uprawnienie zamawiającego³².

Konstrukcja art. 29 ust. 3a ustawy Pzp powoduje wątpliwości interpretacyjne. Po pierwsze, posłużenie się zwrotem „wymagania zatrudnienia na umowę o pracę” może oznaczać nie tylko ustanowienie wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, lecz także określenia konkretnych „wymagań zatrudniania” na podstawie umowy o pracę. W toku prac legislacyjnych użycie liczby mnogiej uzasadniano koniecznością podkreślenia, że nie należy mówić o „wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w ogóle wszystkich osób przy zamówieniach, tylko sam zamawiający ma wskazać czynności ograniczone treścią art. 22 kodeksu pracy”³³. Kolejny mankament w konstrukcji omawianego przepisu to ograniczenie się do wymogu zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę, w sytuacji gdy w świetle art. 2 k.p. pracownikiem jest osoba zatrudniona także w oparciu o powołanie, wybór, mianowanie lub spółdzielczą umowę o pracę. Inne zastrzeżenie dotyczy umów o pracę zawieranych na podstawie praw obcych, co w praktyce może oznaczać konieczność wezwania o wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie i przeprowadzenia analiz prawno-porównawczych, co z pewnością spowoduje przestoje w postępowaniu³⁴.

Dodatkowo zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp zamawiający zobowiązany został do określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, m.in. sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli oraz stosowania sankcji, a także wskazania rodzajów czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie wykonywania zamówienia³⁵. Ostatni z wymienionych obowiązków jest problematyczny. Zamawiający musi bowiem przeanalizować całe zamówienie i zastanowić się, jakie czynności będą w jego ramach realizowane. Wydaje się, że w przypadku usług będzie to łatwiejsze do ustalenia, np. usługi ochroniarskie, usługi sprzątanania, lecz w odniesieniu do robót budowlanych obejmujących szeroki zakres prac jest to zadanie wymagające znacznego nakładu pracy³⁶. Wątpliwości

³² Zob. więcej na ten temat w opinii Urzędu Zamówień Publicznych: „Możliwość zobowiązania wykonawców lub podwykonawców do zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi (art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp). https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0017/26603/Opinia_prawna_3.pdf [dostęp: 30.09.2016].

³³ Posiedzenie Podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 366) z 20.4.2016 r. – http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/transmisje_arch.xsp?unid=C0E827BD75232DABC1257F96002F9776 – 14 min. i następane transmisji.

³⁴ Zob. więcej na ten temat: R. Baczewski, *Naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzone w wyniku kontroli*, „Zamawiający” 2015, nr 14, s. 12, a także J. Kola, *Wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, „Zamawiający” 2016, nr 19, s. 53-55.

³⁵ Por. art. 26 ust. 7 ustawy koncesyjnej.

³⁶ Na stronie Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczona została opinia w sprawie stosowania

budzi też kwestia sposobu dokumentowania zatrudnienia z uwagi na przepisy zawarte w ustawie z dnia 29.08.1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2015 r., poz. 2135, ze zm.) oraz konstrukcją przepisów zawartych w ustawie Pzp. Zgodnie ze stanowiskiem Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych nie jest dopuszczalne żądanie od wykonawców niezanonimizowanych kopii umów o pracę z pracownikami wykonawcy, jako sposobu udokumentowania ich zatrudnienia³⁷.

Warto wskazać, że poglądy ustawodawcy w odniesieniu do ostatecznego kształtu art. 29 ust. 3a ustawy Pzp ewoluowały. W projekcie nowelizacji w styczniu 2016 r. przepis ten brzmiał następująco: „Jeżeli przedmiot zamówienia na usługi lub roboty budowlane obejmuje wykonywanie pracy określonej w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1976 r. – Kodeks pracy, zamawiający wymaga, aby osoby wykonujące czynności przy realizacji zamówienia były zatrudnione przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę.” Zamawiający nie był zatem zobowiązany do określenia rodzajów czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie wykonywania zamówienia. Interpretacja przepisów wskazuje, że weryfikacja stosowania się przez wykonawcę do obowiązku wskazanego w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp następować będzie na etapie realizacji umowy, poprzez monitoring i kontrolę, którą ma sprawować zamawiający.

Omawiany obowiązek nałożony na zamawiających ma ograniczyć realizację zamówień publicznych w oparciu o umowy cywilnoprawne oraz zlikwidować pracę „na czarno”. W uzasadnieniu do projektu ustawy o zmianie ustawy Pzp podkreślono, że celem jest też wzmocnienie praw pracowników.

ETAP BADANIA I OCENY OFERT A KLAUZULA HORYZONTALNA

Po dokonaniu czynności przygotowawczych (np. sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia) zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Może to uczynić m.in. przez ogłoszenie o zamówieniu w odpowiednim publikatorze. W odpowiedzi na nie wykonawcy składają oferty, które podlegają badaniu i ocenie przez zamawiającego. Na tym etapie zamawiający weryfikują, czy przestrzegane są przez wykonawców przepisy prawa socjalnego i prawa pracy w związku z badaniem ofert pod kątem rażąco niskiej ceny.

W świetle art. 69 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej instytucje zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli

art. 29 ust. 3a ustawy Pzp: <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>.

³⁷ Zob. więcej opinia z 23.09.2016 r. – https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0023/32864/Opinia-Generalnego-Inspektora-Ochrony-Danych-Osobowych.pdf.

oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług, sprawdzając m.in. zgodność rozwiązań zaproponowanych w ofercie z obowiązkami w dziedzinie prawa pracy i prawa socjalnego, o których mowa w art. 18 ust. 2 dyrektywy klasycznej. W przypadku stwierdzenia, że oferta jest rażąco niska z uwagi na niegodność z obowiązującym prawem unijnym lub zgodnym z nim prawem krajowym w dziedzinach prawa socjalnego, prawa pracy lub z przepisami międzynarodowego prawa pracy (ponownie art. 18 ust. 2 dyrektywy klasycznej), zamawiający obligatoryjnie odrzuca ofertę³⁸.

Odpowiednie postanowienia w tym zakresie zostały wdrożone do ustawy Pzp, zgodnie z którą jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu m.in. w zakresie wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (art. 90 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Jest on odpowiedzialny za przedstawienie odpowiednich dowodów na potwierdzenie braku podstaw do odrzucenia oferty z tej przyczyny. Ostatecznie zamawiający zobowiązany został do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Co ciekawe, ustawodawca polski zdecydował się już wcześniej, a dokładnie nowelizacją ustawy Pzp z października 2014 r.³⁹, na uwzględnienie przy weryfikacji rażąco niskiej ceny kosztów pracy. Wyjaśnienia wykonawcy w przypadku wątpliwości w tym zakresie mogą bowiem dotyczyć oszczędności odnośnie do metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę⁴⁰.

Przepis ten powoduje wątpliwości interpretacyjne choćby z tego względu, że nakazano porównywać w nim koszty pracy z minimalnym wynagrodzeniem za pracę lub

³⁸ Zamawiający, weryfikując inne elementy wskazane w art. 69 ust. 2 dyrektywy klasycznej, posiada swobodę w tym zakresie.

³⁹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r., poz. 1232).

⁴⁰ Dz.U. z 2015 r., poz. 2008 oraz z 2016 r., poz. 1265. Należy zaznaczyć, że przepisy określające wysokość minimalnej stawki godzinowej wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2017 r., a wprowadzone zostały do ustawy Pzp z dniem 1 września 2016 r. Dotyczą one osób wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia oraz umowy o świadczenie usług.

odpowiednio minimalną stawką godzinową. Do kosztów pracy poza wynagrodzeniem pracowników wlicza się m.in. składki opłacane przez pracodawcę na ubezpieczenie społeczne pracowników, koszty szkolenia zawodowego oraz inne wydatki (np. wydatki na odzież roboczą)⁴¹. Interpretacja literalna mogłaby wskazywać, że wykonawca obowiązany jest przyjąć do ustalenia ceny tylko wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę (aktualnie też minimalną stawkę godzinową), co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie⁴². Zaaprobowanie takiego rozumowania prowadziłyby jednak do wniosków nie do zaakceptowania na gruncie prawa pracy, mogłoby bowiem powodować, iż pracownicy *de facto* nie otrzymywaliby wynagrodzenia minimalnego (z kwoty tej należałoby bowiem uiszczać również zobowiązania pracodawcy). W konsekwencji uzasadnione zdaje się zastosowanie w tym wypadku wykładni systemowej (uwzględniającej zobowiązania pracodawcy wynikające z innych ustaw i związane z zatrudnianiem pracowników) i w oparciu o dyrektywę *a cohaerentia* i *a completudine* uwzględnić koszty obowiązkowych składek, jakie ponosi pracodawca, niezależnie od formy zatrudnienia⁴³. Na taką interpretację wskazuje także omówiony wcześniej art. 90 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Inna wątpliwość związana jest z minimalnym wynagrodzeniem pracowników podwykonawców z innego państwa. Podkreślić należy, że TS UE w sprawie C-549/13 Bundesdruckerei z 18.09.2014 r.⁴⁴ badał dopuszczalność stosowania przepisów krajowych dotyczących płacy minimalnej przy wykorzystaniu wyłącznie pracowników zatrudnionych przez podwykonawcę mającego siedzibę w państwie członkowskim innym niż zamawiający. W omawianej sprawie państwem zamawiającym były Niemcy, a podwykonawcą był z Polski i jego pracownicy wykonywali prace w Polsce. Trybunał oparł swe orzeczenie o art. 56 TFUE⁴⁵, zgodnie z którym „ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii są zakazane w odniesieniu do obywateli Państw Członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w Państwie Członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia” i wskazał, że zacytowany przepis sprzeciwia się stosowaniu przepisów prawa państwa członkowskiego, do którego należy instytucja zamawiająca, zobowiązujących tego podwykonawcę do zapłaty swoim pracownikom minimalnego wynagrodzenia określonego przez te przepisy (w tym wypadku niemieckie)⁴⁶.

⁴¹ K.p. nie wprowadza definicji kosztów pracy. Składniki kosztów pracy zostały natomiast wskazane w Rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1737/2005 z dnia 21.10.2005 r., Dz. U.UE L 279/11, rysunek 1.

⁴² Tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 25.04.2016 r., sygn. akt: KIO 482/16. Wskazała, że do obliczenia elementu kosztotwórczego ceny całkowitej oferty, a takim są wynagrodzenia, wykonawca obowiązany jest przyjąć co najmniej kwoty wynagrodzeń minimalnych (najmniej) i nie ma znaczenia, czy będzie zatrudniał pracowników na podstawie umowy o pracę, czy też zlecał będzie wykonanie prac na podstawie innych stosunków cywilnoprawnych. Podobnie w wyroku z 24.03.2016 r., sygn. akt: 372/16 i w wyroku z 14.07.2015 r., sygn. akt: 1368/15.

⁴³ Zob. wyrok z 18.03.2015 r., sygn. akt: KIO 398/15, wyrok z 9.2.2015 r., sygn. akt: KIO 189/15.

⁴⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX:62013CJ0549> [dostęp: 30.9.2016].

⁴⁵ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) z dnia 7 czerwca 2016 r. (Dz. Urz. UE.C 2016, nr 202, s. 47), Legalis.

⁴⁶ Niniejsze opracowanie nie wyczerpuje problemów interpretacyjnych związanych z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a jedynie wskazuje przykładowe.

Dyrektywa klasyczna (art. 56) przewiduje dodatkowo, że zamawiający mogą postanowić o nieudzieleniu zamówienia oferentowi, który złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, jeżeli ustalono, że ta oferta nie jest zgodna z mającymi zastosowanie obowiązkami, o których mowa w przytaczanym wcześniej art. 18 ust. 2 dyrektywy klasycznej. Oznacza to, że odrzucenie oferty może nastąpić nawet bez związku z przesłanką rażąco niskiej ceny⁴⁷.

PODWYKONAWCY

Dyrektywa klasyczna zwraca także uwagę na przestrzeganie przepisów prawa socjalnego i prawa pracy przez podwykonawców. Podkreśla się (motyw 105 dyrektywy klasycznej) znaczenie kontroli przeprowadzanej przez właściwe organy krajowe – w Polsce będzie to Państwowa Inspekcja Pracy⁴⁸. Mają one zapewnić przestrzeganie obowiązków m.in. w dziedzinie prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w postanowieniach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy. Zostało to następnie powtórzono w art. 71 ust. 1 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym przestrzeganie przez podwykonawców obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2 dyrektywy klasycznej, zapewnia się za pomocą odpowiednich działań podejmowanych przez właściwe organy krajowe działające w zakresie ich obowiązków i kompetencji. Dyrektywa klasyczna wskazuje na dwa możliwe rozwiązania. Jedno z nich może mieć zastosowanie, gdy przepisy krajowe państwa członkowskiego przewidują mechanizm wspólnej odpowiedzialności między podwykonawcami a głównym wykonawcą. Ustawodawca unijny posłużył się ogólnikową wytyczną wskazującą na zapewnienie stosowania odpowiednich przepisów zgodnie z warunkami określonymi w art. 18 ust. 2 dyrektywy klasycznej. Z kolei drugie rozwiązanie jest niezależne od obowiązywania przepisów ustanawiających solidarną odpowiedzialność wykonawcy i podwykonawcy w danym państwie członkowskim i dotyczy możliwości wykluczenia podwykonawcy z postępowania zgodnie z art. 57 dyrektywy klasycznej⁴⁹.

Zgodnie z brzmieniem art. 71 ust. 8 dyrektywy klasycznej, jeżeli państwa członkowskie zdecydują się na wprowadzenie powyżej wskazanych rozwiązań, zobowiązane zostały do określania warunków wykonania tych środków w drodze odpowiednich przepisów i z uwzględnieniem prawa unijnego. Państwa członkowskie mogą

⁴⁷ Zob. też na ten temat: J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, komentarz do art. 18, pkt IV.

⁴⁸ Zgodnie z art. 1 ustawy o Państwowej Inspekcji Pracy z 13.04.2007 r. (tekst jedn. z 21.04.2015 r., Dz.U. z 2015 r. poz. 640) Państwowa Inspekcja Pracy jest organem powołanym do sprawowania nadzoru i kontroli przestrzegania prawa pracy, w szczególności przepisów i zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, a także przepisów dotyczących legalności zatrudnienia i innej pracy zarobkowej w zakresie określonym w ustawie.

⁴⁹ M. Olejarz (red.), *Zamówienia...*, s. 185.

przy tym ograniczyć możliwość stosowania tych przepisów, np. do określonych rodzajów zamówień, określonych kategorii instytucji zamawiających lub wykonawców lub wprowadzając dolny limit kwoty⁵⁰.

Postanowienia dotyczące przestrzegania przez podwykonawców prawa pracy zostały uwzględnione przez ustawodawcę polskiego w omawianym wcześniej art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, zgodnie z którym 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 KP⁵¹. Ustawodawca krajowy przewidział także możliwość zweryfikowania podwykonawcy i jego wykluczenia. Zgodnie bowiem z art. 25a ust. 5 ustawy Pzp na żądanie zamawiającego, wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu składa JDDP dotyczący podwykonawców, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, lub zamieszcza informacje o podwykonawcach w oświadczeniu o braku podstaw do wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (art. 25a ust. 1 ustawy Pzp), jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Brak podstaw do wykluczenia można zweryfikować odpowiednimi dokumentami zgodnie z § 9 ust. 3 Rozporządzenia. Wskazano bowiem, że zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 rozporządzenia, a dotyczących podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia. Powierzenie części zamówienia jest przesłanką wystarczającą⁵². Zamawiający może zażądać m.in. oświadczenia o braku wydania wobec podwykonawcy ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Tożsama regulacja dotyczy przesłanek wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i pkt 6 ustawy Pzp⁵³.

Regulacje prawne zawarte w ustawie Pzp, a dotyczące weryfikacji podmiotowej podwykonawców m.in. w zakresie przestrzegania przez nich przepisów z zakresu prawa pra-

⁵⁰ Zob. też uwagi zawarte w: W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 71 ust. 6 dyrektywy klasycznej, pkt 6, Warszawa 2015, Legalis.

⁵¹ Por. art. 26 ust. 6 ustawy koncesyjnej.

⁵² Podwykonawca nie musi być podmiotem, na którego zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp. Problematyka ta jest złożona i wykracza poza ramy niniejszego artykułu.

⁵³ Brak podstaw do wykluczenia weryfikuje się także w odniesieniu do podmiotu udostępniającego potencjał wykonawcy zgodnie z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp.

cy, obejmują także etap realizacji zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 36ba ust. 1 ustawy Pzp w przypadku, gdy powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (art. 25a ust. 1 ustawy Pzp), lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy. Jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca obowiązany jest zastąpić tego podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Co istotne, powyższe zasady można stosować wobec dalszych podwykonawców, jeżeli zamawiający przewidział to w warunkach zamówienia⁵⁴.

PODSUMOWANIE

W świetle art. 18 ust. 2 dyrektywy klasycznej państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali obowiązków mających zastosowanie w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X do dyrektywy klasycznej. W przepisach znowelizowanej ustawy Pzp wprowadzono przepis, który nakłada na zamawiających obowiązek wskazania w warunkach zamówienia czynności, których wykonanie ma nastąpić w ramach stosunku pracy rozumianego zgodnie z § 22 ust. 1 k.p. Przepis ten obejmuje swym zakresem także podwykonawców. Co więcej, sprawdzenie przestrzegania obowiązków wynikających z przytoczonych przepisów następować ma także na etapie badania i oceny ofert, przy okazji weryfikacji rażąco niskiej ceny. Z kolei weryfikacji pod względem wystąpienia podstaw wykluczenia z postępowania przetargowego można dokonać zarówno w odniesieniu do wykonawcy, jak i podwykonawcy na etapie postępowania, a także podczas realizacji umowy.

Stosowanie przedmiotowej klauzuli horyzontalnej ma na celu przeciwdziałanie patologicznym praktykom występującym na rynku zamówień publicznych. Instrumenty prawne zaproponowane polskim zamawiającym służyć mają realizacji polityki społecznej państwa. Mają przeciwdziałać nieprzestrzeganiu przepisów prawa pracy i braku zabezpieczenia społecznego. W praktyce jednak ich stosowanie może być problematyczne zarówno dla zamawiających, jak i dla wykonawców.

⁵⁴ W ramach rozdziału 7 – „Umowy koncesji” także przewidziano podstawę dla weryfikacji podwykonawcy według przesłanek uzasadniających wykluczenie wykonawcy wskazanych w art. 32 ustawy koncesyjnej. W przypadku, gdy zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca jest obowiązany zastąpić tego podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia mu wykonania części umowy. Zamawiający może przeprowadzić weryfikację dalszych podwykonawców, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o koncesji, wstępnym ogłoszeniu informacyjnym albo w zaproszeniu do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji (art. 48 ust. 7 ustawy koncesyjnej).

Bibliografia

- Baczewski R., *Naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzone w wyniku kontroli*, „Zamawiający” 2015, nr 14.
- Ćwiertniak B.M., [w:] *Kodeks pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. K.W. Baran, Warszawa 2013.
- Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 29 ustawy Pzp, Warszawa 2016.
- Hartung W., Bağlaj M., Michalczyk T., Wojciechowski M., Krysa J., Kuźma K., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 71 ust. 6 dyrektywy klasycznej, pkt 6, Warszawa 2015, Legalis.
- Kola J., *Wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, „Zamawiający” 2016, nr 19.
- Mazur Z., *Klauzule społeczne w polskim prawie zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2015, nr 6.
- Nuzzo B., *Jednolity europejski dokument zamówienia*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2016, nr 1.
- Olejarz M. (red.), *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, UZP, Warszawa 2014, DOI: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0030/24879/UZP_dyrektywy.pdf.
- Puchacz K., *Zamówienia publiczne po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r.*, Gdańsk 2016.
- Pawelec J., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, komentarz do art. 18, pkt IV.
- Sołtysińska A., *Fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tle dyrektyw europejskich*, „Kwartalnik PZP” 2016, nr 2.
- Świątkowski A., *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2016, komentarz do art. 281 KP, Legalis.

Streszczenie: Nowe regulacje prawne z zawarte w dyrektywie 2014/24/WE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych oraz w znowelizowanej ustawie Pzp zawierają rozwiązania na rzecz szerszego uwzględniania celów społecznych w procesie udzielania zamówień publicznych. Jednym z nich jest horyzontalna klauzula społeczna. Ustanawia ona zasadę poszanowania stosownych obowiązków w zakresie ochrony środowiska, przepisów socjalnych, a także prawa pracy wypływających z prawa unijnego, prawa krajowego, układów zbiorowych lub prawa międzynarodowego, przy czym niniejszy artykuł koncentruje się na aspekcie związanym z przestrzeganiem przepisów z zakresu prawa pracy na poszczególnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a dotyczących weryfikacji braku podstaw do wykluczenia, opisu przedmiotu zamówienia, badania i oceny ofert pod kątem rażąco niskiej ceny.

Słowa kluczowe: klauzule społeczne, zamówienie publiczne, prawo pracy, koncesja

CROSS-CUTTING ‚SOCIAL CLAUSE’ ACCORDING TO THE NEW PUBLIC PROCUREMENT REGULATION

Summary: The new regulations of the directive 2014/24/EU of 26 February 2014 on public procurement and the amended Public Procurement Act include solutions for a broader consideration of social goals in the procurement process. One of them is the *Cross-cutting ‘social clause’* based on respecting applicable environmental, social or labour law obligations under EU and national rules, collective agreements or international law. The article focuses on aspects related to the compliance with labour law at various stages of public procurement procedure, and on the verification of the absence of grounds for exclusion, the description of the public procurement’s subject, research and evaluation of tenders for abnormally low prices.

Keywords: social clauses, public procurement, labour law, concession