

Maciej Bendorf-Bundorf

Instrumentalizacja zamówień publicznych w kontekście polityki społecznej Unii Europejskiej

Studia Prawnoustrojowe nr 24, 147-159

2014

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.

Maciej Bendorf-Bundorf

Katedra Prawa Gospodarczego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Instrumentalizacja zamówień publicznych w kontekście polityki społecznej Unii Europejskiej

1. Przez zamówienia publiczne rozumie się uregulowany prawnie system nabywania przez organy administracji publicznej i inne instytucje sektora publicznego dóbr i usług koniecznych do ich właściwego funkcjonowania i efektywnego wykonywania powierzonych tym jednostkom zadań. Ze względu na fakt, iż takie zakupy są w przeważającej części finansowane ze środków publicznych, ich dokonywanie wymaga stosowania przez wskazane podmioty określonych prawem procedur, mających na celu wybór najkorzystniejszej ze złożonych ofert. Co do zasady, najistotniejsza przy zamówieniach publicznych jest korzyść ustalona na podstawie rachunku ekonomicznego, z uwzględnieniem jakości i funkcjonalności nabywanych produktów. Jednakże, zgodnie z ideą społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych¹, instytucje zamawiające powinny również brać pod uwagę potencjalne korzyści natury społecznej, jakie w związku z prowadzonymi przez nie postępowaniami przetargowymi mogą zostać osiągnięte.

Instytucje publiczne stanowią na rynku europejskim istotną grupę konsumentów, wydając blisko 17% PKB Unii Europejskiej. Zasadniczym celem polityki społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych jest wykorzystanie siły nabywczej podmiotów dokonujących zakupów w drodze

¹ Pod pojęciem społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych należy rozumieć zamówienia publiczne, w ramach których uwzględniane są kwestie społeczne, takie jak w szczególności: możliwości zatrudnienia, godna praca, zgodność z prawami społecznymi i z prawem do pracy, integracja społeczna, m.in. osób niepełnosprawnych, równość szans, projektowanie dla wszystkich, z jednoczesnym zastrzeżeniem przestrzegania zasad ujętych w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz w dyrektywach regulujących procedury udzielania zamówień publicznych. Szerzej zob. Podręcznik Komisji Europejskiej *Buying social: A guide to taking account of social considerations in public procurement*, Publications Office of the European Union, Luksemburg 2010, s. 7.

postępowań przetargowych do promocji m.in. możliwości zatrudnienia, godnej pracy, zgodności z prawami społecznymi i z prawem do pracy, integracji lub reintegracji społecznej, równości szans, dostępności i projektowania dla wszystkich. Poprzez wypracowanie możliwie największego zakresu uwzględniania kryteriów społecznych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dąży się do realizacji postulatu zrównoważonego rozwoju krajów członkowskich Unii Europejskiej. Biorąc pod uwagę skalę zakupów dokonywanych każdego roku przez publicznych konsumentów, uwzględnianie przez nich w procedurze przetargowej aspektów społecznych może wpłynąć na wykonawców, zachęcając ich do rozwijania społecznie odpowiedzialnego zarządzania².

2. W marcu 2000 r. w Lizbonie odbyło się posiedzenie Rady Europejskiej, podczas którego przyjęto strategię określającą program rozwoju społeczno-gospodarczego Unii Europejskiej. Jednym z głównych celów Strategii Lizbońskiej było zapewnienie spójności społecznej w drodze kształtowania nowego aktywnego państwa socjalnego. Większość zmian związanych z realizacją założeń Strategii dotyczyła modernizacji polityki zatrudnienia. Postulowane działania na rzecz pełnego urzeczywistnienia zasad wspólnego rynku obejmowały m.in. reformę systemu zamówień publicznych, co doprowadziło do przyjęcia dwóch nowych dyrektyw³, które stanowią obecnie podstawowe źródła europejskiego prawa zamówień publicznych⁴.

Kryzys zniweczył wyniki wielu lat postępu gospodarczego i społecznego oraz odsłonił strukturalne słabości europejskiej gospodarki. W związku z koniecznością wprowadzenia zmian w czerwcu 2010 r. Rada Europejska przyjęła nową Strategię na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu „Europa 2020”. Zastąpiła ona Strategię Lizbońską. Podstawowym jej założeniem jest doprowadzenie do stanu, w którym gospodarka Unii Europejskiej będzie zrównoważona, a jednocześnie przyjazna włączeniu społecznemu. Postuluje się osiągnięcie wysokich wskaźników zatrudnienia i wydajności oraz większą spójność społeczną. Wśród trzech priorytetów strategii „Europa 2020” wymienia się rozwój sprzyjający włączeniu społecznemu, obejmujący wspieranie gospodarki o wysokim

² Podręcznik Komisji Europejskiej, op. cit., s. 5.

³ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, s. 114) oraz dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, s. 1).

⁴ A. Górczyńska, *Zasady wspólnotowego prawa zamówień publicznych*, [w:] M. Królikowska-Olczak (red.), *Prawo europejskie w systemie polskiej gospodarki*, Difin, Warszawa 2005, s. 25–26.

poziomie zatrudnienia, zapewniającej spójność społeczną i terytorialną. Jednym z instrumentów, które mogą być wykorzystane w celu urzeczywistnienia wskazanych postulatów, są niewątpliwie zamówienia publiczne.

Unia Europejska podejmuje działania mające na celu upowszechnienie uwzględniania kryteriów społecznych w praktyce udzielania zamówień publicznych. W 2001 r. Komisja Europejska opracowała Komunikat dotyczący ustawodawstwa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych oraz możliwości zintegrowanego społecznego podejścia do zamówień⁵. Stanowi on kontynuację Komunikatu Komisji z 1998 r. – Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej⁶. Zasadniczym celem komunikatu jest wykazanie w odniesieniu do prawa Unii Europejskiej możliwości połączenia aspektów społecznych i zamówień publicznych w najbardziej efektywny sposób. Aspekty społeczne w tym kontekście należy rozumieć jako środki podjęte w celu zapewnienia zgodności procedur udzielania zamówień publicznych z podstawowymi zasadami i przepisami odnoszącymi się do niedyskryminacji, równego traktowania np. kobiet i mężczyzn czy z ustawodawstwem krajowym państw członkowskich UE w zakresie polityki społecznej. Aspekty społeczne przyjmować mogą również postać klauzul, które mają na celu integrację osób bezrobotnych lub niepełnosprawnych, zapobiegając ich społecznemu wykluczeniu. Komunikat wskazuje możliwości zintegrowania aspektów społecznych z zamówieniami publicznymi na różnych etapach procedur udzielania zamówień, począwszy od stadium opracowania opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie warunków, jakie muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o dane zamówienie, oraz ustalenie kryteriów oceny złożonych ofert aż do stadium realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei w Komunikacie Komisji z 2008 r. – Odnowiona agenda społeczna: możliwości, dostęp i solidarność w Europie XXI wieku⁷ wskazano, że Unia Europejska wspiera podejście oparte na uwzględnianiu wpływów społecznych przy opracowywaniu prawa i środków dotyczących rynku wewnętrznego. W tym kontekście podkreślono, iż unijne zasady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych pozostawiają władzom wiele możliwości uwzględniania aspektów społecznych przy wyborze najkorzystniejszej oferty⁸.

3. Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozpoczyna się od dokonania opisu przedmiotu zamówienia. Zasadniczo zamawiający może swobodnie definiować przedmiot zamówienia publicznego, tak aby w pełni zaspokajał jego potrzeby. Przepisy regulujące udzielanie

⁵ KOM (2001) 566.

⁶ KOM (98) 143.

⁷ KOM (2008) 412.

⁸ „Społeczne (Społecznie Odpowiedzialne) Zamówienia Publiczne”, dokument [online] <www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1247>.

zamówień koncentrują się głównie na tym, jak się kupuje, a nie na tym, co jest kupowane. Żadna z dyrektyw odnoszących się do udzielania zamówień publicznych nie wprowadza ograniczeń odnośnie do przedmiotu zamówienia jako takiego⁹.

Jednym z podstawowych przejawów powiązania aspektów społecznych z procesem udzielania zamówień publicznych jest uwzględnianie przy opisywaniu przedmiotu zamówienia kryterium spełniania przez zamawiane dostawy, usługi lub roboty budowlane określonych standardów społecznych. Zgodnie bowiem z tezą 29 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE¹⁰, zamawiający powinni w miarę możliwości określać specyfikacje techniczne w sposób uwzględniający kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub przeznaczenie dla wszystkich użytkowników. Przykładowo chodzi tu o wprowadzenie odpowiednich zapisów, mających na celu zapewnienie osobom niepełnosprawnym dostępu do budynków publicznych, transportu publicznego, usług i informacji publicznych. Zamówienia publiczne mogą w tym kontekście stanowić istotny instrument służący promowaniu „dostępności i projektowania dla wszystkich”¹¹.

Należy jednak pamiętać, że swoboda definiowania przedmiotu zamówienia publicznego, w tym w zakresie wprowadzania wymagań natury prospołecznej, jest ograniczona przez obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. W związku z tym określone wymagania w zakresie standardów społecznych nie mogą stanowić środka, który bezpośrednio lub pośrednio utrudnia dostęp zagranicznym wykonawcom do krajowego rynku zamówień publicznych. Oznacza to przede wszystkim, że standardy społeczne, których spełnienia się wymaga, muszą pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia. Dopuszczalność wprowadzania omawianych warunków do opisu przedmiotu zamówienia uzależniona jest ponadto od sformułowania ich w sposób niedyskryminujący, umożliwiający spełnienie wymogów przez wszystkich wykonawców, niezależnie od kraju ich pochodzenia lub siedziby¹².

⁹ Podręcznik Komisji Europejskiej, op. cit., s. 24.

¹⁰ Analogicznie teza 42 preambuły do dyrektywy 2004/17/WE.

¹¹ Zgodnie z Konwencją ONZ o prawach osób niepełnosprawnych, dostępność stanowi jedną z podstawowych zasad zagwarantowanych w jej art. 3. Dodatkowo art. 9 Konwencji nakłada na państwa-strony obowiązek zapewnienia dostępu do środowiska fizycznego, transportu, informacji i komunikacji, w tym do technologii oraz systemów informacyjnych i komunikacyjnych, a także innych udogodnień i usług otwartych dla społeczeństwa lub udostępnianych społeczeństwu zarówno na obszarach miejskich, jak i wiejskich. Konwencja wzywa ponadto do podejmowania działań mających na celu „projektowanie uniwersalne”. W Europie koncepcja ta często jest określana jako „projektowanie dla wszystkich”. Szerzej zob. Podręcznik Komisji Europejskiej, op. cit., s. 9.

¹² Ibidem, s. 23–24.

4. Na etapie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia zamawiający mają dodatkowo możliwość wykorzystania instrumentu uregulowanego w art. 26 dyrektywy 2004/18/WE¹³, który może mieć istotne znaczenie w kontekście realizacji polityki społecznej Unii Europejskiej, w szczególności w zakresie postulowanego wzrostu zatrudnienia oraz promocji m.in. godnej pracy, zgodności z prawami społecznymi oraz integracji lub reintegracji społecznej. Wskazany przepis przyznaje instytucjom zamawiającym prawo do określenia warunków szczególnych związanych z realizacją zamówienia publicznego, które mogą w szczególności dotyczyć kwestii społecznych. Wprowadzane warunki muszą być jednak zgodne z przepisami prawnymi Unii Europejskiej oraz konieczne jest ich wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacjach technicznych.

Teza 33 preambuły do wskazanej dyrektywy¹⁴ doprecyzowuje powyższy przepis, stanowiąc, iż warunki realizacji zamówienia publicznego, pod warunkiem że nie są one bezpośrednio lub nawet pośrednio dyskryminujące oraz zostały przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w jego dokumentacji, mogą w szczególności motywować podmioty ubiegające się o publiczne kontrakty do organizacji wewnętrznych szkoleń zawodowych, zwalczania bezrobocia, a także zatrudniania osób mających wyjątkowe trudności z integracją. Przykładowo wskazuje się na możliwość wprowadzenia wymogów dotyczących zatrudnienia osób długotrwale poszukujących pracy, przeprowadzenia szkoleń dla bezrobotnych lub młodocianych, zatrudnienia większej liczby osób niepełnosprawnych, niż przewiduje to ustawodawstwo krajowe, a także przestrzegania postanowień Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy, o ile przepisy te nie zostały wdrożone do prawa krajowego.

Implementacja powyższych regulacji do polskiego porządku prawnego nastąpiła nowelizacją ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.), dokonaną ustawą z dnia 7 maja 2009 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach socjalnych oraz o zmianie niektórych innych ustaw¹⁵. Wprowadzony art. 29 ust. 4 p.z.p. wyposażył zamawiających w uprawnienie do wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia szczególnych wymogów związanych z jego realizacją, które mają na celu wspieranie polityki socjalnej państwa¹⁶.

Zgodnie z omawianym przepisem, zamawiający może zobowiązać wykonawców ubiegających się o dane zamówienie do spełnienia warunku w postaci zatrudnienia do realizacji zamówienia publicznego osób z określonych grup społecznych. Prawo zamówień publicznych wskazuje, iż taka klauzula może dotyczyć następujących kategorii osób:

¹³ Odpowiednio art. 38 dyrektywy 2004/17/WE.

¹⁴ Odpowiednio teza 44 preambuły do dyrektywy 2004/17/WE.

¹⁵ Dz.U. nr 91, poz. 742.

¹⁶ M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 200.

- bezrobotnych¹⁷ lub młodocianych zatrudnianych w celu przygotowania zawodowego¹⁸,
- niepełnosprawnych¹⁹,
- innych, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego²⁰.

Wymagania w zakresie polityki zatrudnieniowej powinny być określone przy uwzględnieniu zarówno polskich, jak i zagranicznych uwarunkowań prawnych. W przypadku zatem wskazywania kategorii osób, których zatrudnienia do wykonywania zamówienia publicznego się wymaga, właściwe wydaje się odwołanie do pojęć „pracownika znajdującego się w niekorzystnej sytuacji” lub „pracownika niepełnosprawnego” w rozumieniu rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu (ogólne rozporządzenie w sprawie wyłączeń blokowych)²¹.

¹⁷ Zgodnie z ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. nr 99 poz. 1001 z późn. zm.), pod pojęciem bezrobotnego należy rozumieć osobę, która poszukuje pracy, jest zarejestrowana w powiatowym urzędzie pracy oraz spełnia kryteria wymienione w art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy.

¹⁸ Warunek zatrudnienia młodocianych w celu przygotowania zawodowego odnosi się, w świetle art. 190 § 1 oraz art. 191 § 2 kodeksu pracy (Dz.U. z 1998 r., nr 21, poz. 94 z późn. zm.) do osób pomiędzy 16 a 18 rokiem życia, które nie posiadają kwalifikacji zawodowych. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie przygotowania zawodowego młodocianych i ich wynagradzania (Dz.U. nr 60, poz. 278) oraz rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 5 grudnia 2002 r. w sprawie przypadków, w których wyjątkowo jest dopuszczalne zatrudnianie młodocianych, którzy nie ukończyli gimnazjum, osób niemających 16 lat, które ukończyły gimnazjum, oraz osób niemających 16 lat, które nie ukończyły gimnazjum (Dz.U. nr 14, poz. 1808) zatrudnienie młodocianego w celu przygotowania zawodowego następuje w drodze zawarcia umowy o pracę w celu przygotowania zawodowego.

¹⁹ Pod pojęciem osoby niepełnosprawnej należy rozumieć osobę, która spełnia przesłanki niepełnosprawności określone w ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. nr 123, poz. 776). Zgodnie z art. 2 pkt 10 wskazanej ustawy, niepełnosprawność oznacza trwałą lub okresową niezdolność do wypełniania ról społecznych z powodu stałego lub długotrwałego naruszenia sprawności organizmu, w szczególności powodującą niezdolność do pracy. Status osoby niepełnosprawnej uzyskuje się na mocy orzeczenia o niepełnosprawności wydanego przez powiatowy lub wojewódzki zespół do spraw orzekania o niepełnosprawności lub orzeczenia o całkowitej lub częściowej niezdolności do pracy wydanego przez lekarza orzecznika Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

²⁰ Są to osoby niebędące niepełnosprawnymi, bezrobotnymi lub młodocianymi zatrudnianymi w celu przygotowania zawodowego, które zostały wymienione w art. 1 ust 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (Dz.U. nr 122, poz. 1143). Są to w szczególności: osoby bezdomne realizujące indywidualny program wychodzenia z bezdomności w rozumieniu przepisów o pomocy społecznej, osoby uzależnione od alkoholu po zakończeniu programu psychoterapii w zakładzie leczenia odwykowego, osoby uzależnione od narkotyków lub innych środków odurzających po zakończeniu programu terapeutycznego w zakładzie opieki zdrowotnej, osoby chore psychicznie w rozumieniu przepisów o ochronie zdrowia psychicznego, osoby zwalniane z zakładów karnych mające trudności w integracji ze środowiskiem w rozumieniu przepisów o pomocy społecznej.

²¹ Dz.U. z 2008 r., L214, s. 3. Zob. zalecenia Ministra Rozwoju Regionalnego oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące stosowania „klauzul społecznych” w zamówieniach publicznych, dokument [online] <www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1248>.

Należy podkreślić, że spełnienie przez wykonawców wprowadzonego na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 1 p.z.p. wymagania w zakresie zatrudnienia określonych osób nie może polegać na zatrudnieniu danych grup pracowników w ogóle, lecz zatrudnieniu ich do realizacji konkretnego zamówienia publicznego. Celem omawianej regulacji jest bowiem powiązanie kwestii zatrudnienia wskazanych kategorii osób z realizacją danego zamówienia. Nie będziemy mieli do czynienia ze spełnieniem warunku wynikającego z tej klauzuli społecznej w przypadku samego zatrudnienia danych osób przy jednoczesnym braku ich uczestnictwa w wykonywaniu zamówienia publicznego²².

Zgodnie z art. 29 ust. 4 p.z.p., zamawiający może również zawrzeć w opisie przedmiotu zamówienia wymagania w zakresie szkoleniowym, które będą zobowiązywać wykonawców ubiegających się o dane zamówienie do:

a) utworzenia funduszu szkoleniowego, w którym wpłaty pracodawców stanowić będą co najmniej czterokrotność najniższej wpłaty określonej w odpowiednich przepisach²³, lub

b) zwiększenia wpłat na fundusz szkoleniowy do wysokości równej czterokrotności najniższej dopuszczalnej wpłaty.

Należy jednak pamiętać, że dopuszczalność wprowadzenia dodatkowych warunków realizacji zamówienia publicznego istnieje wyłącznie w sytuacji, gdy taki zabieg nie będzie bezpośrednio lub pośrednio dyskryminujący w stosunku do wykonawców zagranicznych. W związku z tym wymagania w zakresie szkoleniowym powinny zostać określone w sposób, który umożliwić będzie ich spełnienie przez podmioty mające siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Polski. Instytucja funduszu szkoleniowego może bowiem nie występować w porządkach prawnych państw członkowskich ich siedziby lub pochodzenia. Dlatego też zamawiający powinien umożliwić wykonawcom zagranicznym spełnienie tego warunku przez zwiększenie wpłat na szkolenia pracowników do wysokości zgodnej z wymaganiami wynikającymi z polskich regulacji. Ponadto specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna obejmować wskazówki dla wykonawców odnośnie do sposobu obliczenia wysokości takich wpłat, tak aby wprowadzony wymóg nie stanowił dla nich utrudnienia w udziale w postępowaniu oraz późniejszej realizacji zamówienia²⁴.

Procedurę określania wymagań na podstawie art. 29 ust. 4 p.z.p. reguluje art. 36 ust. 2 pkt 9 p.z.p. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku gdy zamawiający decyduje się na wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia

²² Zob. ww. zalecenia Ministra Rozwoju Regionalnego.

²³ Zgodnie z art. 67 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2008 r., nr 69, poz. 415 z późn. zm.), pracodawcy, w ramach posiadanych środków, mogą tworzyć zakładowy fundusz szkoleniowy, który jest przeznaczony na finansowanie lub współfinansowanie kosztów kształcenia ustawicznego pracowników i pracodawców. Z kolei art. 68 wskazanej ustawy stwierdza, iż dochody funduszu szkoleniowego obejmują wpłaty pracodawców w wysokości nie niższej niż 0,25% funduszu płac.

²⁴ Zalecenia Ministra Rozwoju Regionalnego.

wymagań o charakterze zatrudnieniowym, powinien w fakultatywnych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia określić:

- liczbę osób bezrobotnych, młodocianych, niepełnosprawnych lub innych, których zatrudnienia wymaga do realizacji danego zamówienia;
- okres wymaganego zatrudnienia wskazanych kategorii osób, który jednak nie może być dłuższy od okresu realizacji zamówienia publicznego;
- sposób dokumentowania zatrudnienia wymaganych osób;
- uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełnienia przez wykonawcę wymagań zatrudnieniowych oraz sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań.

W przypadku natomiast wprowadzenia wymagań w zakresie szkoleniowym, specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać:

- a) sposób dokumentowania przez wykonawcę utworzenia albo zwiększenia funduszu szkoleniowego,
- b) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań dotyczących funduszu szkoleniowego oraz sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań.

Podkreślenia wymaga fakt, iż określony w art. 36 ust. 2 pkt 9 p.z.p. katalog postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia związanych z klauzulą społeczną z art. 29 ust. 4 p.z.p. nie ma charakteru katalogu zamkniętego. Przepis bowiem wskazuje, że powyższe postanowienia powinny znaleźć się w specyfikacji „w szczególności”, co oznacza, że zamawiający może w niej umieścić dodatkowe zapisy, których ustawa nie przewiduje. Przykładowo, specyfikacja może obejmować kwestie dotyczące wymogu, aby określone osoby zatrudnione były na podstawie stosunku pracy lub aby były to osoby skierowane przez powiatowy urząd pracy. Dopuszczalne jest również umieszczenie w specyfikacji postanowienia, zgodnie z którym zatrudnienie ma dotyczyć osób zwalnianych na podstawie ustawy z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników²⁵ lub wydanych w związku z dyrektywą Rady nr 98/59/WE z dnia 20 lipca 1998 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do zwolnień grupowych²⁶, analogicznych aktów prawnych państwa członkowskiego UE, w którym wykonawca ma siedzibę albo miejsce zamieszkania²⁷.

5. Najbardziej restrykcyjną oraz budzącą kontrowersje w praktyce klauzulę społeczną przewiduje art. 19 dyrektywy 2004/18/WE²⁸. Przyznaje on państwom członkowskim Unii Europejskiej prawo do ustanowienia w we-

²⁵ Dz.U. nr 90, poz. 844 z późn. zm.

²⁶ Dz.U.E z 1998 r. L 225, s. 16.

²⁷ Zalecenia Ministra Rozwoju Regionalnego.

²⁸ Analogicznie art. 28 dyrektywy 2004/17/WE.

wewnętrznych porządkach prawnych regulacji, na podstawie których zamawiający mogą ograniczyć krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne wyłącznie do tych spełniających warunki zatrudniania określonej ilości osób niepełnosprawnych. Chodzi mianowicie o możliwość wprowadzenia klauzul zastrzegających prawo uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zakładom pracy chronionej²⁹ lub umożliwiającym realizację zamówień w ramach programów pracy chronionej, w których większość pracowników stanowią osoby niepełnosprawne, które z uwagi na charakter lub stopień niepełnosprawności nie są w stanie wykonywać swojej pracy w normalnych warunkach.

Zgodnie z tezą 28 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE³⁰, zatrudnienie i praca stanowią fundamentalne elementy, od których uzależnione jest zapewnienie wszystkim obywatelom Unii Europejskiej równych szans oraz doprowadzenie do pełnej integracji społeczeństwa. W tym kontekście zakłady pracy chronionej i programy pracy chronionej stanowią podstawę do skutecznej integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych na rynku pracy. Jednakże w normalnych warunkach konkurencji, uzyskanie przez przedsiębiorstwa zatrudniające osoby niepełnosprawne lub zakłady pracy chronionej zamówień publicznych może być w znacznym stopniu utrudnione.

Komentowany przepis stanowi istotne odstępstwo od wynikającej z art. 18 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³¹ zasady równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne bez względu na ich przynależność państwową. Zasadniczo państwa członkowskie UE mają prawo samodzielnie ustalać zasady, na jakich zakłady pracy chronionej mogą brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednak w związku z ogólnym zakazem dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej przyjąć należy, że niedopuszczalne jest wprowadzanie warunków, które skutkowałyby rozróżnieniem sytuacji prawnej zakładów pracy

²⁹ W polskim porządku prawnym pojęcie zakładu pracy chronionej definiuje art. 28 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. nr 123, poz. 776 z późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem jest to zakład utworzony przez pracodawcę, u którego zatrudnionych jest nie mniej niż 25 pracowników, z czego określona liczba to osoby niepełnosprawne. Ustawa wymaga, aby nie mniej niż 50%, a w tym co najmniej 20% ogółu zatrudnionych stanowiły osoby zaliczone do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności bądź było co najmniej 30% niewidomych lub psychicznie chorych, lub upośledzonych umysłowo zaliczonych do znacznego albo umiarkowanego stopnia niepełnosprawności. Uzyskanie statusu pracodawcy prowadzącego zakład pracy chronionej uzależnione jest dodatkowo od dysponowania obiektami i pomieszczeniami, które odpowiadają przepisom i zasadom bezpieczeństwa i higieny pracy, a także uwzględniają potrzeby osób niepełnosprawnych w zakresie przystosowania stanowisk pracy, pomieszczeń higieniczno-sanitarnych i ciągów komunikacyjnych oraz spełniają wymagania dostępności do nich. Ponadto to pracodawca ma obowiązek zapewnić pracownikom niepełnosprawnym doraźną i specjalistyczną opiekę medyczną, poradnictwo oraz usługi rehabilitacyjne.

³⁰ Analogicznie teza 39 preambuły do dyrektywy 2004/17/WE.

³¹ Dawny art. 12 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

chronionej pochodzących z różnych państw członkowskich. Bezpośrednimi adresatami przepisu art. 19 dyrektywy są państwa członkowskie, co oznacza, że sam zamawiający, bez powołania się na obowiązujące przepisy prawa krajowego, nie ma możliwości udzielać zamówień publicznych, które byłyby zastrzeżone całkowicie lub w części dla zakładów pracy chronionej³².

Polski ustawodawca dokonał implementacji powyższego przepisu w art. 22 ust. 2 p.z.p., który przyznaje zamawiającemu prawo zastrzeżenia w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie dla wykonawców, u których ponad 50% pracowników stanowią osoby niepełnosprawne. Zasadniczym celem wprowadzenia tej regulacji było zwiększenie dostępu do rynku zamówień publicznych dla wykonawców zatrudniających osoby niepełnosprawne, przez co dąży się do osiągnięcia, postulowanego w tezie 28 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE, wyższego poziomu integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych na rynku pracy³³.

Może się jednak pojawić pytanie o słuszność wprowadzenia art. 22 ust. 2 p.z.p., jeżeli weźmiemy pod uwagę podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. Stanowi ona fundamentalną zasadę prawa zamówień publicznych i wykazuje szczególne znaczenie ze względu na realizację podstawowych celów ustawy, tj. efektywnego wydatkowania środków publicznych oraz zagwarantowania dostępu do zamówień publicznych wszystkim podmiotom dającym rękojmię ich należytego wykonania³⁴. Z punktu widzenia wykonawców, którzy nie spełniają wskazanego warunku zatrudnieniowego, zastosowanie art. 22 ust. 2 p.z.p. zamyka bowiem definitywnie dostęp do danego zamówienia. Dodatkowo należy wskazać, że tak znaczące ograniczenie konkurencji może również pociągać za sobą negatywne konsekwencje dla zamawiającego. Zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców określonego zamówienia publicznego rodzi bowiem ryzyko, że zamawiający nie otrzyma żadnej oferty, w związku z czym będzie zmuszony do ponownego przeprowadzenia postępowania o udzielenie danego zamówienia³⁵.

6. Z punktu widzenia uwzględniania kwestii społecznych w procedurach udzielania zamówień publicznych istotną regulację zawierają przepisy dotyczące podmiotowej kwalifikacji wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne. Zarówno przepisy dyrektyw unijnych, jak i ustawa – Prawo zamówień publicznych określają mechanizm ograniczenia dostępu do rynku zamó-

³² A. Sołtyśńska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 165–166.

³³ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (druk sejmowy 2154), [online] <www.sejm.gov.pl>.

³⁴ M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, op. cit., s. 105.

³⁵ T. Schimanek, *Klauzule społeczne w polskim prawie zamówień publicznych*, [online] <www.isp.org.pl/uploads/filemanager/ISPKlauzulespo.wp0lpzp-T.Schimanek1.pdf>.

wień wykonawcom, którzy poprzez swoje wcześniejsze postępowanie naruszyli określone standardy zachowań społecznych³⁶.

Kryteria kwalifikacji wykonawców określa art. 45 dyrektywy 2004/18/WE³⁷. Odnoszą się one do sytuacji podmiotowej wykonawców, a ich zasadniczym zadaniem jest ustalenie wiarygodności potencjalnego kontrahenta. Wymienione kryteria, które mogą stanowić podstawę wykluczenia oferenta lub kandydata z postępowania zamówieniowego, dotyczą w głównej mierze jego prawidłowego, z punktu widzenia obowiązujących przepisów, funkcjonowania na rynku. Zgodnie natomiast z ust. 2 pkt e omawianego przepisu, z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego można wykluczyć każdego wykonawcę, który nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej³⁸.

W polskim porządku prawnym przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne reguluje art. 24 p.z.p. Ustęp 1 pkt 3 przepisu wskazuje, że wykluczeniu podlega wykonawca zalegający z uiszczeniem m.in. składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Wyjątek stanowią przypadki, w których wykonawca uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

W tym miejscu należy wskazać, że regulacja art. 24 p.z.p., w kontekście łączenia aspektów społecznych z zamówieniami publicznymi, ma charakter wyjątkowy. W odróżnieniu bowiem od omówionych wcześniej instrumentów prospołecznych, w jakie przepisy wyposażały zamawiających, zastosowanie art. 24 i wykluczenie wykonawcy stanowi obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego. W przypadku art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 4 p.z.p. zamawiający może swobodnie podjąć decyzję odnośnie ich zastosowania lub nie. W przypadku natomiast stwierdzenia wystąpienia jednej z przesłanek wskazanych w art. 24 p.z.p., wykonawca obligatoryjnie podlega wykluczeniu z postępowania, a złożoną przez niego ofertę uznaje się za odrzuconą³⁹.

7. Podstawowym celem skutecznie funkcjonującego systemu zamówień publicznych jest uzyskiwanie najlepszych efektów z ponoszonych nakładów. Należy przez to rozumieć jak najbardziej efektywne osiąganie celu zamówienia, którym zasadniczo jest zaspokojenie określonej potrzeby instytucji zamawiającej. Nowoczesny system zamówień publicznych powinien jednak być

³⁶ Podręcznik Komisji Europejskiej, op. cit., s. 21.

³⁷ Możliwość analogicznego zastosowania tego przepisu przewiduje art. 53 ust. 3 dyrektywy 2004/17/WE.

³⁸ Szerzej zob. A. Sołtysińska, op. cit., s. 300–311.

³⁹ Szerzej zob. M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, op. cit., s. 168 i nast.

wykorzystywany również do osiągania szerszych celów, m.in. celów natury społecznej. Mając na uwadze efektywność ekonomiczną konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, istnieje możliwość wspierania, niejako przy okazji, innych wartości i celów realizowanych przez podmioty publiczne⁴⁰. Taka praktyka może mieć istotne znaczenie z punktu widzenia polityki socjalnej Unii Europejskiej, w szczególności w zakresie realizacji postulatu zwiększenia poziomu zatrudnienia określonych grup społecznych, promocji godnej pracy, zgodności z prawami społecznymi i z prawem do pracy, integracji lub reintegracji społecznej czy też równości szans.

Prawo zamówień publicznych przewiduje szereg instrumentów, które mają na celu zintegrowanie procedur udzielania zamówień publicznych z aspektami społecznymi. Jednak ich stosowanie przez zamawiających w praktyce postępowań przetargowych jest rzadkością. W 2011 r. jedynie 2,04% zamówień publicznych w Polsce udzielonych zostało z uwzględnieniem klauzul społecznych⁴¹. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż zasadniczo obowiązujące przepisy dają zamawiającym jedynie prawo, a nie obowiązek uwzględniania kryteriów społecznych w prowadzonych postępowaniach zamówieniowych. Biorąc pod uwagę brak doświadczeń w tej materii, wynikający ze stosunkowo krótkiego okresu obowiązywania przepisów art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 4 p.z.p., jak również obawę zamawiających przed naruszeniem restrykcyjnych regulacji oraz potencjalnymi odwołaniami ze strony wykonawców, trudno się dziwić, że poziom uwzględniania aspektów społecznych w zamówieniach jest tak niski⁴².

Dodatkowo należy wskazać, że pierwsze przykłady zastosowania klauzul społecznych w praktyce pokazują, że ich wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia znacząco zwiększa koszty udzielanych zamówień. Wydaje się jednak, że gdy ten problem rozpatrzymy w perspektywie długoterminowej, okazać się może, że z punktu widzenia wydatków publicznych klauzule społeczne stanowią źródło oszczędności⁴³. Jednym bowiem z celów polityki uwzględniania kwestii społecznych w procedurach zamówieniowych jest zwiększenie zatrudnienia osób niepełnosprawnych lub bezrobotnych, co w związku z fundamentalną zasadą efektywności wydatkowania środków publicznych może przynosić konkretne korzyści ekonomiczne, np. w postaci zmniejszenia wydatków budżetowych na pomoc społeczną⁴⁴.

⁴⁰ D. Koba, *Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających – szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw*, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2010, s. 6–7.

⁴¹ Przewidzianych w art. 22 ust. 2 lub art. 29 ust. 4 p.z.p.

⁴² Szerzej zob. A. Gniadkowski, *Oswajanie klauzul społecznych*, „Wspólnota” 2012, nr 33–34, s. 17.

⁴³ Rozmowa z M. Komorowskim, *Klauzule podwyższają koszty*, „Wspólnota” 2012, nr 33–34, s. 18.

⁴⁴ D. Koba, op. cit., s. 6–7.

Summary

The instrumentalisation of public procurement in the context of the European Union social policy

Key words: public procurement, social aspects, procurement procedure, socially responsible public procurement.

By generating nearly 17% of the European Union (EU) gross domestic product, public authorities are its major consumers. Owing to their purchasing capacity, public entities can promote social inclusion, employment opportunities, accessibility and labour standards. Promotion of socially responsible public procurement strives for a greater compliance with social standards.

The Europe 2020 Strategy puts forward a priority to achieve an inclusive growth by fostering a high-employment economy which would deliver social and territorial cohesion. One of the instruments that can be used to achieve this goal is public procurement. The European Commission demonstrates, in relation to the EU law, how to connect social aspects and public procurement in the most efficient manner.

Social aspects can be taken into account at various stages of the procurement procedures – starting from the phase of preparing the terms of reference, followed by the phase of defining the conditions to be met by the contractor and, finally, to establishing criteria for assessing bids, up to the stage of implementation of the agreement on public procurement.