

Tomasz Schimanek

Klauzule społeczne w polskim prawie zamówień publicznych

Zamówienia publiczne (ang. public procurement) są terminem określającym wszelkie umowy odpłatne, zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane finansowane ze środków publicznych. Zasady, tryb i procedury wyboru wykonawcy oraz zawarcia umowy określa w Polsce prawo zamówień publicznych. Prawo to, co do zasady, muszą stosować wszystkie podmioty sektora finansów publicznych oraz wszystkie podmioty spoza sektora finansów publicznych, o ile składają zamówienia finansowane w ponad 50% ze środków publicznych, choć przepisy przewidują szereg zwolnień podmiotowych i przedmiotowych, w efekcie których podmioty nie należące do sektora finansów publicznych świadczące usługi nie muszą stosować procedur zamówień publicznych.

Od momentu wejścia Polski do Unii Europejskiej polskie prawo zamówień publicznych musi być zgodne z regulacjami unijnymi w tym zakresie. Unia Europejska szczególnie dużo uwagi poświęca zamówieniom publicznym, dążąc do urzeczywistnienia w nich fundamentalnych zasad określonych jeszcze w Traktacie Rzymskim z 1957 roku, który dał podwaliny dzisiejszej Unii Europejskiej. W dziedzinie zamówień publicznych do najważniejszych spośród owych fundamentalnych zasad należą:

- zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową,
- swobodny przepływ towarów oraz zakaz ograniczeń ilościowych w przywozie i wywozie, oraz wszelkich środków o skutku równoważnym,
- swoboda prowadzenia działalności gospodarczej,
- swoboda świadczenia usług¹.

Z punktu widzenia konkretnych rozwiązań stosowanych w zamówieniach publicznych najważniejsze są dyrektywy unijne oraz orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który rozstrzyga kwestie sporne dotyczące stosowania postanowień dyrektyw.

Klauzule społeczne to wyjątek od reguły dopuszczany w unijnym prawie zamówień publicznych z uwagi na istotne względy społeczne. Co do zasady kryteria oceny oferty złożonej w ramach zamówień publicznych dotyczą jakości i ceny przedmiotu zamówienia, ale prawo unijne przewiduje możliwość wprowadzenia przez udzielającego zamówienia dodatkowych kryteriów społecznych, o ile nie narusza to swobody wyboru. Warunkiem jest to, że kryteria takie odpowiadają na ważne potrzeby społeczne oraz,

¹ - oficjalna wersja Traktatu Rzymskiego w języku polskim dostępna jest pod adresem: <http://eur-lex.europa.eu/pl/treaties/index.htm>

że taka możliwość przewidziana jest w prawie krajowym. Na podobnej zasadzie można stosować również tak zwane klauzule środowiskowe (ekologiczne). Możliwość wprowadzenia klauzul społecznych i środowiskowych przewiduje Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych² oraz Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi³. Obie dyrektywy zawierają kilka zapisów dotyczących możliwości stosowania klauzul społecznych i środowiskowych. Stwierdzają m.in., że zamawiający „mogą określić szczególne warunki odnoszące się do realizacji danego zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z prawem wspólnotowym oraz że zostały one podane w ogłoszeniu stanowiącym zaproszenie do ubiegania się o zamówienie lub w specyfikacjach. Warunki odnoszące się do realizacji zamówienia mogą w szczególności dotyczyć kwestii społecznych oraz ochrony środowiska”. W innym miejscu dyrektywy mówią, że „instytucja zamawiająca może stosować kryteria mające na celu spełnienie wymagań społecznych w odpowiedzi na określone w specyfikacjach zamówienia, potrzeby grup ludzi znajdujących się w szczególnie niekorzystnej sytuacji, do których należą odbiorcy robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia”, a także, że warunki realizacji zamówienia, pod warunkiem, że nie są bezpośrednio lub pośrednio dyskryminujące, mogą zachęcać do „organizacji wewnętrznych szkoleń zawodowych, zatrudniania osób mających szczególnych trudności z integracją, a także zwalczania bezrobocia lub ochrony środowiska”. Zgodnie z dyrektywami „można na przykład ustanowić wymóg – odnoszący się do realizacji zamówienia – co do zatrudnienia osób długotrwale poszukujących pracy, co do przeprowadzenia szkoleń dla bezrobotnych lub młodocianych, co do przestrzegania postanowień Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy (MOP), o ile przepisy te nie zostały wdrożone do prawa krajowego, oraz co do zatrudnienia większej liczby osób niepełnosprawnych, niż przewiduje to ustawodawstwo krajowe”.

W szczególny sposób dyrektywy określają także wykonawców zatrudniających osoby niepełnosprawne: „zakłady pracy chronionej i programy pracy chronionej skutecznie przyczyniają się do integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych na rynku pracy. Jednakże zakłady takie mogą być niezdolne do uzyskania zamówień w normalnych warunkach konkurencji. W konsekwencji należy umożliwić Państwu Członkowskiemu zastrzeżenie prawa takich zakładów do udziału w procedurach udzielania zamówień lub zagwarantowanie im realizacji zamówień w ramach programów pracy chronionej”.

² - polskie tłumaczenie dyrektywy dostępne jest pod adresem:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:251:0035:0038:PL:PDF>

³ - polska wersja dyrektywy dostępna jest pod adresem:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004L0018:20080915:PL:PDF>

Klauzule społeczne są szansą dla przedsiębiorstw społecznych, które zatrudniają osoby mające szczególne problemy z integracją zawodową i społeczną. W niektórych krajach Unii Europejskiej, np. we Włoszech są one wykorzystywane właśnie przez podmioty ekonomii społecznej. Należy jednak podkreślić, że w świetle dyrektyw unijnych po pierwsze klauzule są wyjątkiem od reguły, po drugie ich stosowanie przez kraj członkowski nie jest obligatoryjne.

Polskie prawo zamówień publicznych jest zgodne z prawem europejskim i w pełni realizuje podstawowe zasady dotyczące zamówień publicznych. Do 2009 roku nasz ustawodawca nie zdecydował się jednak skorzystać z możliwości wprowadzenia w nim klauzul społecznych, a prawo zamówień publicznych mówiło wyraźnie, że stosowane kryteria oceny ofert mogą dotyczyć tylko i wyłącznie przedmiotu zamówienia, a nie np. właściwości czy cech wykonawcy⁴. Temat klauzul społecznych w kontekście ekonomii społecznej był podejmowany od 2005 roku przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, a następnie przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego jako Instytucję Zarządzającą Inicjatywą Wspólnotową EQUAL w Polsce. Problem braku klauzul społecznych był również dyskutowany w ramach tak zwanej krajowej sieci tematycznej tematu D „Ekonomia społeczna” IW EQUAL. Dyskusje te zaowocowały uwzględnieniem postulatu wprowadzenia klauzul społecznych w „Białej Księdze Prawa Przedsiębiorczości Społecznej w Polsce”⁵. Postulat ten był przedmiotem wspólnej dyskusji przedstawicieli środowisk ekonomii społecznej i resortów pracy i rozwoju regionalnego, a także interpelacji poselskich.

Dopiero w 2009 roku w prawie zamówień publicznych pojawiły się dwie klauzule społeczne. Pierwsza wprowadzona została poprzez nowelizację ustawy o spółdzielniach socjalnych i dotyczyła przede wszystkim preferencji związanych z zatrudnianiem osób wykluczonych z rynku pracy⁶. Druga, dotycząca wykonawców zatrudniających osoby niepełnosprawne wprowadzona została poprzez nowelizację prawa zamówień publicznych⁷.

Klauzula społeczna wprowadzona poprzez zmianę ustawy o spółdzielniach socjalnych (art. 29, ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych) umożliwia stosowanie przez zamawiającego preferencji dotyczących wykonawców, stosujących instrumenty wspomagające pracowników, w szczególności należących do grup wykluczonych z rynku pracy. Zgodnie z ustawą zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące:

⁴ - źródło: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz”, pod. red. T. Czajkowskiego, Wydanie III, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007

⁵ - więcej na stronie internetowej: www.equal.org.pl

⁶ - ustawa z dnia 7 maja 2009 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach socjalnych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. 2009 nr 91 poz. 742)

⁷ - ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. 2009 nr 206 poz. 1591)

- zatrudnienia osób:
 - bezrobotnych lub młodocianych w celu przygotowania zawodowego, o których mowa w przepisach o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
 - niepełnosprawnych, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych,
 - innych niż w/w określone, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego,
- utworzenia funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, w którym wpłaty pracodawców stanowić będą co najmniej czterokrotność najniższej wpłaty określonej w tych przepisach;
- zwiększenia wpłat pracodawców na rzecz funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, do wysokości określonej co najmniej czterokrotność najniższej wpłaty określonej w tych przepisach.

Te zapisy po uchwaleniu dodatkowo wsparło Ministerstwo Rozwoju Regionalnego jako Instytucja Zarządzająca PO KL, wprowadzając w działaniu 7.2.1. PO KL możliwość wyboru podwykonawcy z zastosowaniem wspomnianych klauzul społecznych.

Ministerstwo wydało także wspólnie z Urzędem Zamówień Publicznych w październiku 2009 roku „Zalecenia Ministra Rozwoju Regionalnego oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące stosowania >klauzul społecznych< w zamówieniach publicznych”⁸.

Klauzula dotycząca osób niepełnosprawnych jest bardziej restrykcyjna (art. 22, ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Umożliwia ona zamknięcie ubiegania się o zamówienie publicznie wyłącznie do wykonawców, u których ponad 50 % zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Obie klauzule pojawiły się stosunkowo niedawno, więc trudno na razie o rzetelną ocenę ich skuteczności i użyteczności. Jest to na pewno krok w oczekiwaną przez środowiska przedsiębiorczości społecznej stronę, ale już na tym etapie przyjęte rozwiązania budzą spore wątpliwości. Rozwiązanie dotyczące wykonawców zatrudniających osoby niepełnosprawne jest bardzo klarownie zapisane i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, stąd też pojawiły się już pierwsze przykłady stosowania go w praktyce, w szczególności przez samorządy terytorialne. Ale pojawiają się dwie inne wątpliwości dotyczące tego

⁸ - dostępne, m.in. pod adresem: www.owies.org.pl/pl_news_124.html

rozwiązania. Pierwsza dotyczy kwestii zasadniczych, pojawia się bowiem pytanie, czy zamknięcie przetargu wyłącznie do podmiotów zatrudniających osoby niepełnosprawne nie jest jednak naruszeniem zasad konkurencyjności i niedyskryminacji. Druga wątpliwość jest natury pragmatycznej. Rozwiązanie jest zero-jedynkowe, to znaczy albo zamawiający je stosuje, albo nie. Jeżeli je zastosuje to zamyka dostępność zamówienia wyłącznie do podmiotów zatrudniających ponad 50% osób niepełnosprawnych. Tak radykalne ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców może w praktyce rodzić ryzyko, że zamawiający nie otrzyma żadnej oferty i będzie zmuszony ponownie ogłaszać i przeprowadzać procedurę przetargową. Należy także zauważyć, że to rozwiązanie dotyczy tylko jednej z wielu grup osób w trudnej sytuacji na rynku pracy, których zatrudniają przedsiębiorstwa społeczne.

Drugie rozwiązanie wprowadzone do prawa zamówień publicznych nowelizacją ustawy o spółdzielniach socjalnych wydaje się znacznie lepiej odpowiadać przedsiębiorstwom społecznym, gdyż wymienia różne grupy osób wykluczonych z rynku pracy, z którymi mają do czynienia przedsiębiorstwa społeczne. Zatrudnione przy realizacji zamówienia mogą być zarówno osoby niepełnosprawne, jak bezrobotni, a także młodociani w celu przygotowania zawodowego, bezdomni realizujący indywidualny program wychodzenia z bezdomności, osoby uzależnione po zakończeniu programu psychoterapii w zakładzie leczenia odwykowego, chorzy psychicznie, zwalniani z zakładów karnych, mający trudności w integracji ze środowiskiem oraz uchodźcy realizujący indywidualny program integracji.

Z mojego rozpoznania wynika jednak, że dotychczas ta klauzula nie została zastosowana przez żadnego zamawiającego. Przedstawiciele samorządów lokalnych i regionalnych, z którymi miałem okazję rozmawiać albo nie wiedzą o tej możliwości, a ci którzy taką wiedzę posiadają, obawiają się zastosować tę klauzulę w swoich zamówieniach. Obawa ta wynika z tego, że brak konkretnych przykładów czy też wskazań, jak klauzula ta powinna przekładać się na konkretne zapisy dokumentacji przetargowej. Samorządy nie chcą więc jej stosować, w obawie, że albo narażą się na niezgodność z prawem zamówień publicznych, albo na lawinę odwołań ze strony podmiotów biorących udział w przetargu. Wspomniane wcześniej zalecenia MRR i UZP dotyczące stosowania klauzul społecznych są na pewno potrzebne, ale nie rozwiązują tego problemu, bo nie wskazują zamawiającym, jak praktycznie ująć klauzule w dokumentacji przetargowej. Albo więc Urząd Zamówień Publicznych przygotuje takie wskazówki, albo znajdą się samorządy bądź urzędy centralne, które przetrą w tym zakresie ścieżkę dla pozostałych.