

OPINIE I KOMENTARZE FRDL

OPINIA nr 8/2023

KLAUZULE I ASPEKTY SPOŁECZNE W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH: ZAMÓWIENIA ZASTRZEŻONE

dr Marcin Kępa

Wstęp

W wyniku absorpcji prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych na rynku kontraktów publicznych w Polsce zaczęły pojawiać się, z coraz większą intensywnością, tak zwane **klauzule społeczne i aspekty społeczne**. Do momentu akcesji Polski do UE kwestie społeczne w zamówieniach publicznych nie były ujmowane w tak usystematyzowany sposób. Było tak z dwóch powodów. Po pierwsze, do końca kwietnia 2004 r. Polska nie była członkiem UE i z tego względu nie realizowała unijnych polityk publicznych (przynajmniej nie w pełnym zakresie; w ramach tzw. ścieżki przedakcesyjnej realizowano tylko niektóre elementy tych polityk). Po drugie, dopiero od dwóch ostatnich dekad polityka społeczna zyskuje na znaczeniu w unijnym prawie zamówień publicznych: pojawiają się nowe instrumenty prawne służące realizacji polityki społecznej poprzez zamówienia publiczne, a konstrukcje prawne już stworzone na potrzeby tych polityk, ulegają adaptacji do zmieniającej się rzeczywistości społeczno-gospodarczej.

Co legło u podstaw idei wykorzystania zamówień publicznych jako instrumentu realizacji polityk publicznych (w tym polityki społecznej)? Odpowiedź jest bardzo prosta. W pewnym momencie prawodawca unijny zdał sobie sprawę, że zamówienia publiczne to nie tylko miliony transakcji dokonywanych na rynku, w których liczy się czysty rachunek ekonomiczny (kupić produkt możliwie wysokiej jakości, za możliwie najniższą cenę). Transakcje te można wykorzystać do realizacji polityk publicznych w dziedzinie społecznej i za pomocą odpowiedniego ustawienia priorytetów, osiągnąć pożądane efekty społeczne. Samorząd terytorialny (tak jak cała administracja publiczna) realizuje przecież zadania publiczne wynikające z ustaw. Musi utrzymać szkołę publiczną, zapewnić transport publiczny, wyremontować drogę gminną, zorganizować szkolenie dla własnych pracowników, zadbać o zieleń w przestrzeni publicznej itd. W tym celu musi dokonywać zakupów publicznych: zakupić wyposażenie do sal szkolnych, autobus do przewozu mieszkańców, wynająć firmę budowlaną, która przeprowadzi roboty budowlane na drodze gminnej po okresie zimowym czy wynająć firmę szkoleniową i firmę do koszenia trawy i przycinania krzewów w parku. Wszystko to i tak musi być zrobione, a co za tym idzie, należy dokonać odpowiednich zakupów na rynku.

A co, gdyby te zakupy powiązać w jakiś sposób z polityką społeczną? Tak, żeby dostawy do szkoły wykonało przedsiębiorstwo społeczne zatrudniające osoby defaworyzowane na rynku pracy (np. osoby niepełnosprawne), w naprawie drogi gminnej uczestniczyli np. uchodźcy z Ukrainy, autobusem kierował kierowca w ramach umowy o pracę, podczas szkolenia spożywano produkty z etykietą społeczną, a pielęgnacją zieleni zajmowały się osoby dotychczas nieaktywne zawodowo? Czy nie zmniejszyłoby to transferów bezpośrednich z budżetu państwa i budżetu samorządowego? Na tym, i nie tylko na tym, polegają klauzule społeczne i aspekty społeczne w zamówieniach publicznych. W niniejszym opracowaniu zostanie scharakteryzowana jedna z **klauzul społecznych, tzw. klauzula zastrzeżona**.

Klauzule społeczne versus aspekty społeczne w prawie zamówień publicznych

Aspekty społeczne to kwestie, jakie ze względu na realizację szczególnych potrzeb społecznych, mogą być uwzględniane na poszczególnych etapach procesu udzielenia zamówienia publicznego – poczynając od możliwości istniejących przy definiowaniu przedmiotu zamówienia, możliwości zastrzeżenia zamówienia dla określonych podmiotów, poprzez elementy społeczne, jakie mogą być brane pod uwagę przy określaniu podmiotowych kryteriów dyskwalifikacji oferentów oraz kryteriów zdolności technicznej, definiowaniu kryteriów oceny ofert czy badaniu ofert pod względem rażąco niskiej ceny, aż po uwzględnianie wymagań społecznych w warunkach realizacji zamówienia.

W doktrynie i orzecznictwie (jak wskazuje w jednej ze swoich opinii Urząd Zamówień Publicznych:

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/zrownowazone-zamowienia-publiczne/spoleczne-zamowienia/przydatne-informacje/klauzule-spoleczne>) przyjmuje się, że

klauzule społeczne są pojęciem węższym od aspektów społecznych. Co do zasady, pojęcie to obejmuje klauzule zawarte w dokumentacji zamówienia, a następnie przeniesione na zapisy umowy o zamówienie publiczne, określające szczególne wymogi o charakterze społecznym odnoszące się do realizacji zamówienia. W tym kontekście do klauzul społecznych zalicza się, przede wszystkim, rozwiązanie przewidziane w art. 96 ustawy p.z.p., umożliwiające zamawiającemu określenie wymagań związanych z realizacją zamówienia, które mogą obejmować m.in. aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością lub zatrudnieniem, w szczególności dotyczące zatrudnienia osób bezrobotnych, młodocianych, niepełnosprawnych, osób poszukujących pracy, niepozostających w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, osób posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia, osób usamodzielnianych oraz innych, o których mowa w ustawie o zatrudnieniu socjalnym. Do klauzul społecznych zalicza się także wymóg zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób zaangażowanych w realizację zamówienia, przewidziany w art. 95 ustawy p.z.p.

W Polsce za klauzule społeczne uznaje się także tzw. zamówienia zastrzeżone, o których mowa w art. 94 p.z.p. oraz zamówienia zastrzeżone przewidziane w ramach specjalnego reżimu udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, udzielane na podstawie art. 361 p.z.p.

Klauzule społeczne i aspekty społeczne dzielą się na:

- **obligatoryjne** – takie, które zamawiający – w tym samorząd terytorialny – musi stosować,
- **fakultatywne** – takie, które zamawiający – w tym samorząd terytorialny – może, ale nie musi stosować.

Klauzule zastrzeżone to instrumenty prawne o charakterze **fakultatywnym**; tak więc, na samorządzie terytorialnym **nie ciąży prawny obowiązek ich uwzględniania w zamówieniach publicznych**.

Klauzule zastrzeżone w prawie zamówień publicznych

Zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 94 ust. 1 p.z.p., zamawiający może zastrzec (fakultatywność!) w ogłoszeniu o zamówieniu, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się **wyłącznie** wykonawcy mający status **zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne** oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest **społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych**, w szczególności:

- 1)osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych,
- 2)bezrobotnych w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
- 3)osób poszukujących pracy, niepozostających w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
- 4)osób usamodzielnianych, o których mowa w art. 140 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej,
- 5)osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, mających trudności w integracji ze środowiskiem,
- 6)osób z zaburzeniami psychicznymi w rozumieniu przepisów o ochronie zdrowia psychicznego,
- 7)osób bezdomnych w rozumieniu przepisów o pomocy społecznej,
- 8)osób, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą,
- 9)osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia,
- 10)osób będących członkami mniejszości znajdującej się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będących członkami mniejszości narodowych i etnicznych, – pod warunkiem, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w pkt 1-10, jest nie mniejszy niż 30% osób zatrudnionych u wykonawcy albo w jego jednostce, która będzie realizowała zamówienie.

Wskazany wyżej przepis jest **rezultatem implementacji** do polskiej ustawy regulującej zamówienia publiczne Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE (dyrektywa klasyczna).

W myśl **art. 20** dyrektywy klasycznej, państwa członkowskie mogą zastrzec prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych, lub mogą przewidzieć możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów zatrudnienia chronionego, pod warunkiem że co najmniej 30% osób zatrudnionych przez te zakłady, przez tych wykonawców lub w ramach tych programów stanowią pracownicy niepełnosprawni lub pracownicy defaworyzowani. Jak nie trudno skonstatować, art. 94 ust. 1 p.z.p. to niemal **literalna transpozycja art. 20 dyrektywy klasycznej**.

No dobrze, ale jak badać ustrój tych podmiotów (wykonawców „społecznych”)? Tutaj z pomocą przychodzi przepis art. 94 ust. 2 p.z.p. Aby zweryfikować sytuację podmiotową wykonawcy pod kątem klauzuli zastrzeżonej wystawionej w przepisie w art. 94 ust. 1 p.z.p., zamawiający może żądać dokumentów lub oświadczeń potwierdzających:

- 1) status wykonawcy jako zakładu pracy chronionej lub spółdzielni socjalnej lub dokumentów potwierdzających prowadzenie przez wykonawcę lub przez jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie, działalności, której głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych;
- 2) procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 94 ust. 1 p.z.p., zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej, spółdzielnie socjalne lub wykonawcę lub jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie.

Tak więc, polski ustawodawca zadbał nie tylko o prawidłową implementację klauzuli zastrzeżonej, wyrażonej w art. 20 dyrektywy klasycznej, ale także wskazał sposób, w jaki należy badać sytuację podmiotową wykonawcy pod kątem klauzuli zastrzeżonej wystawionej w przepisie w art. 94 ust. 1 p.z.p. To bardzo istotne, ponieważ klauzule zastrzeżone niejako „zamykają” zamówienia publiczne dla innych wykonawców (spoza szeroko rozumianej ekonomii społecznej), dlatego tak ważna jest precyzja języka prawnego w tym względzie. Niedopuszczalny jest luz decyzyjny, czy innego rodzaju swobodne uznanie.

Drugi rodzaj klauzuli zastrzeżonej można spotkać w reżimie prawnym regulującym postępowanie na usługi społeczne lub inne szczególne usługi. W takim przypadku prawodawca zważył, że przeprowadzając zamówienie na usługi społeczne lub inne szczególne usługi zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu lub we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, że o udzielenie zamówienia na usługi objęte kodami CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, od 85000000-9 do 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8, mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają łącznie następujące warunki:

- 1) celem ich działalności jest realizacja zadań w zakresie użyteczności publicznej związanej ze świadczeniem tych usług oraz społeczna i zawodowa integracja osób, o których mowa w art. 94 p.z.p.;
- 2) nie działają w celu osiągnięcia zysku, przeznaczają całość dochodu na realizację celów statutowych oraz nie przeznaczają zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników;
- 3) struktura zarządzania nimi lub ich struktura własnościowa opiera się na współzarządzaniu w przypadku spółdzielni, akcjonariacie pracowniczym lub zasadach partycypacji pracowników, co wykonawca określa w swoim statucie;
- 4) w ciągu ostatnich 3 lat poprzedzających dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi nie udzielono im zamówienia na podstawie tego przepisu z art. 361 ust. 1 p.z.p. przez tego samego zamawiającego.

W przypadkach, o których mowa w art. 361 ust. 1 p.z.p., umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może zostać zawarta na okres dłuższy niż 3 lata.

O ile w art. 94 ust. 1 p.z.p. mamy do czynienia z klauzulą zastrzeżoną, która odnosi się wyłącznie do ustroju wykonawcy, o tyle w art. 361 ust. 1 p.z.p. widać nawiązanie do statusu przedsiębiorstwa społecznego. Nacisk położono na niedziałanie w celu osiągnięcia zysku, przeznaczanie całości dochodu na realizację celów statutowych oraz nieprzeznaczanie zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników, a struktura zarządzania u wykonawcy lub ich struktura własnościowa winna się opierać na współzarządzaniu w przypadku spółdzielni, akcjonariacie pracowniczym lub zasadach partycypacji pracowników.

Przedsiębiorstwa społeczne są częścią rynku, tworzą tzw. trzeci sektor, obok sektora prywatnego i sektora publicznego. Nazywa się go różnie: sektor pozarządowy, sektor *non profit*, lub *not for profit*, sektor społeczny, sektor podmiotów ekonomii społecznej.

Przedsiębiorstwa społeczne wpisują się w postulaty ekonomii społecznej (solidarność, partycypacja, samoorganizacja). Jako podmioty rynkowe łączą aspekty ekonomiczne (zysk jako podstawowa funkcja celu podmiotu gospodarującego) z misją społeczną (przeciwdziałanie wykluczeniu społecznemu jako funkcja celu przedsiębiorstw społecznych). Przedsiębiorstwa społeczne definiujemy jako firmy, które na co dzień kierują się obranymi przez siebie wartościami, posiadają cel społeczny, są zarządzane demokratycznie i sprawiedliwie rozdzielają wypracowane zyski.

Podobne rozwiązanie prawne co w dziedzinie usług społecznych i innych szczególnych usług dla zamówień klasycznych, przyjęto także w zakresie zamówień sektorowych: zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, okresowym ogłoszeniu informacyjnym lub ogłoszeniu o systemie kwalifikowania wykonawców, że o udzielenie zamówienia na usługi zdrowotne, społeczne oraz kulturalne objęte kodami CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, od 85000000-9 do 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8, określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają łącznie warunki, o których mowa w art. 361 ust. 1 p.z.p. (umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może zostać zawarta na okres dłuższy niż 3 lata).

Zamówienia publiczne na usługi społeczne i inne szczególne usługi można było poddać nieco większym rygorom prawnym niż pozostałe zamówienia publiczne, ponieważ te usługi cechuje niska transgraniczność; co przekłada się w na mniejszą ingerencję w funkcjonowanie jednolitego rynku europejskiego.

Przykłady stosowania klauzul zastrzeżonych w samorządzie terytorialnym

Przykład nr 1 – Gmina Leżajsk:

Przedmiotem zamówienia było czterolecie utrzymanie terenów zieleni wraz z infrastrukturą towarzyszącą na obszarze 12 sołectw gminy Leżajsk (13 miejscowości); koszenie terenów zielonych, zwalczanie chwastów, ogławianie drzew oraz utrzymanie infrastruktury związanej z zielenią.

Informację o zamówieniu zastrzeżonym zamieszczono w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji II w pkt 2.11 (zamówienie krajowe; publikacja w Biuletynie Zamówień Publicznych); w generatorze BZP są dwie możliwości do wyboru: tak/nie; jeśli zamawiający zamierza zastrzec zamówienie dla podmiotów ekonomii społecznej, to „odznacza”: „tak” – jak ma to miejsce na zdjęciu poglądowym poniżej, w którym takiego odznaczenia dokonała gmina Leżajsk.

SEKCJA II – INFORMACJE PODSTAWOWE

2.1.) Ogłoszenie dotyczy:

Zamówienia publicznego

2.2.) Ogłoszenie dotyczy usług społecznych i innych szczególnych usług: Nie

2.3.) Nazwa zamówienia albo umowy ramowej:

Utrzymanie zieleni na terenie Gminy Leżajsk wraz z infrastrukturą towarzyszącą w 2023 r.

2.4.) Identyfikator postępowania: ocds-148610-2996cd05-c245-11ed-b311-9aae0ad31be8

2.5.) Numer ogłoszenia: 2023/BZP 00136810

2.6.) Wersja ogłoszenia: 01

2.7.) Data ogłoszenia: 2023-03-15

2.8.) Zamówienie albo umowa ramowa zostały ujęte w planie postępowań: Tak

2.9.) Numer planu postępowań w BZP: 2023/BZP 00041098/01/P

2.10.) Identyfikator pozycji planu postępowań:

1.3.3 Utrzymanie zieleni na terenie Gminy Leżajsk wraz z infrastrukturą towarzyszącą w 2023 r.

2.11.) O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, o których mowa w art. 94 ustawy: Tak

2.12.) Rodzaj wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia:

art. 94 ust. 1 pkt 2) ustawy

2.14.) Czy zamówienie albo umowa ramowa dotyczy projektu lub programu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej: Nie

Zamawiający informację o zamówieniu zastrzeżonym zawarł także w skonstruowanym na potrzeby zamówienia formularzu ofertowym; w pkt V FO wykonawca oświadcza, że „jest” (względnie „nie jest” – co skutkuje eliminacją z zamówienia) podmiotem ekonomii społecznej – jn.

V. Zamówienie zastrzeżone

Dodatkowa informacja o wykonawcy dotycząca zamówienia zastrzeżonego:

Następnie, w instrumencie pomocowym przygotowanym przez tegoż zamawiającego wybiera się odpowiednią opcję związaną z typem podmiotu ekonomii społecznej o cechach wskazanych w ustawie prawo zamówień publicznych – jn. Możliwości wyboru są trzy, a determinuje je treść przepisu art. 94 p.z.p. Polski ustawodawca, w ślad za prawodawcą unijnym, wyróżnił dwa typy takich podmiotów z nazwy: zakład pracy chronionej i spółdzielnia socjalna oraz podmioty, a w stosunku do trzeciej grupy podmiotów ekonomii społecznej użyto nieostrej definicji o charakterze przedmiotowym, podkreślając cel działalności, jako znamię główne.

V. Zamówienie zastrzeżone

Dodatkowa informacja o wykonawcy dotycząca zamówienia zastrzeżonego:

Wykonawca ma status zakładu pracy chronionej
Wykonawca ma status spółdzielni socjalnej;
Głównym celem działalności Wykonawcy lub jego wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienia zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa. TAK NIE

Przykład nr 2 – Gmina Wrocław:

Przedmiotem zamówienia była kompleksowa obsługa szaleatów publicznych, położonych przy ul. Nowowiejskiej/ Prusa oraz ul. Mickiewicza we Wrocławiu.

Tutaj mamy do czynienia z nieco bardziej rozbudowanym systemem weryfikowania sytuacji podmiotowej potencjalnych wykonawców. Informacja o zamówieniu zastrzeżonym pojawia się w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji II w pkt 2.11 (tak samo jak w przypadku gminy Leżajska), dlatego że ogłoszenie o treści jn. publikowane jest wg określonego wzorca normatywnego (w systemie teleinformatycznym).

SEKCJA II – INFORMACJE PODSTAWOWE

2.1.) Ogłoszenie dotyczy:

Zamówienia publicznego

2.2.) Ogłoszenie dotyczy usług społecznych i innych szczególnych usług: Nie

2.3.) Nazwa zamówienia albo umowy ramowej:

„Kompleksowa obsługa szaleatów publicznych oraz utrzymanie w stałej sprawności eksploatacyjnej toalet samoobsługowych położonych na terenach zieleni miejskiej Wrocławia”

2.4.) Identyfikator postępowania: ocds-148610-b44b99d6-b1df-11ed-9236-36fed59ea7dd

2.5.) Numer ogłoszenia: 2023/BZP 00104359

2.6.) Wersja ogłoszenia: 01

2.7.) Data ogłoszenia: 2023-02-21

2.8.) Zamówienie albo umowa ramowa zostały ujęte w planie postępowań: Tak

2.9.) Numer planu postępowań w BZP: 2023/BZP 00012106/04/P

2.10.) Identyfikator pozycji planu postępowań:

1.3.11 Utrzymanie w stałej sprawności eksploatacyjnej toalet samoobsługowych i kompleksowa obsługa szaleatów publicznych na terenach będących w zarządzie Zarządu Zieleni Miejskiej

2.11.) O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, o których mowa w art. 94 ustawy: Tak

2.12.) Rodzaj wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia:

art. 94 ust. 1 pkt 1) ustawy

Jednakże, już w samej specyfikacji warunków zamówienia znajdują się wyczerpujące informacje nt. pozycji prawnoustrojowej wykonawców, wraz z pouczeniem o minimalnym wskaźniku osób defaworyzowanych (uwaga nr 1) oraz zasadach w zakresie spełniania warunku dotyczącego pozycji prawnoustrojowej wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w ramach konsorcjum (uwaga nr 2) – jn.

7. Zamówienie zastrzeżone - dla Zadania nr 1:

Zamawiający zgodnie z dyspozycją przepisu art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – niniejszym zastrzega w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie Wykonawcy:

- mający status zakładu pracy chronionej,
- spółdzielnie socjalne,
- inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, w szczególności:

- osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1172, 1495, 1696 i 1818).

UWAGA 1: Minimalny wskaźnik osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U.2021.573 ze zm.), zatrudnionych u Wykonawcy albo w jego jednostce, która będzie realizowała zamówienie - nie może być mniejszy niż 30%.

6

UWAGA 2: W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, każdy z Wykonawców musi spełniać warunek opisany powyżej.

Na potwierdzenie czego Zamawiający żąda załączenia do oferty dokumentów określonych w Rozdziale XV SWZ potwierdzających:

- 1) status wykonawcy jako zakładu pracy chronionej lub spółdzielni socjalnej lub dokumentów potwierdzających prowadzenie przez wykonawcę lub przez jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie, działalności, której głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, tj.:
 - A) w przypadku zakładów pracy chronionej - decyzja o przyznaniu statusu zakładu pracy chronionej wydana przez właściwego wojewodę,
 - B) w przypadku spółdzielni socjalnych - oświadczenie o posiadaniu statusu spółdzielni socjalnej które zamawiający samodzielnie zweryfikuje w systemie eKRS,
 - C) w przypadku innych wykonawców dokumenty potwierdzające status danego podmiotu, np. decyzja właściwego organu lub odpowiedni wpis do właściwego rejestru, statut, umowa spółki, akt o ustanowieniu fundacji lub inne równoważne środki dowodowe,
- 2) procentowy wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej, spółdzielnie socjalne lub wykonawcę lub jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie.
 - A) w przypadku zakładów pracy chronionej - decyzja o przyznaniu statusu zakładu pracy chronionej wydana przez właściwego wojewodę,
 - B) w przypadku spółdzielni socjalnych i innych wykonawców - oświadczenie o zatrudnieniu osób niepełnosprawnych na poziomie nie niższym niż 30% ogółu zatrudnionych lub „Informacja miesięczna o zatrudnieniu, kształceniu, lub o działalności na rzecz osób niepełnosprawnych PFRON Druk INF-1”.

UWAGA! Jeżeli dla uzyskania określonego statusu dany podmiot będzie ustawowo zobowiązany do zatrudnienia osób niepełnosprawnych na poziomie nie niższym niż 30% ogółu zatrudnionych i jeśli obowiązek ten został zweryfikowany na etapie przyznawania tego statusu przez właściwe instytucje, w takim wypadku wystarczającym dowodem będzie decyzja przyznająca status lub wpis do właściwego rejestru.

Klauzule społeczne w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

W Polsce organem, który rozpoznaje spory z zakresu zamówień publicznych jest Krajowa Izba Odwoławcza. Posiada ona wyłączną kognicję do rozpoznawania odwołań (podstawowego środka zaskarżenia w zamówieniach publicznych). KIO nie jest sądem w rozumieniu prawa krajowego, ale jest sądem w rozumieniu prawa UE; wydaje wyroki w pierwszej instancji, a wyroki te podlegają weryfikacji sądowej w trybie KPC. Orzecznictwo KIO to nieocenione źródło wiedzy w zakresie prawidłowego rozumienia przepisów p.z.p.; spójrzmy na to orzecznictwo przez pryzmat klauzul zastrzeżonych.

W świetle najnowszego orzecznictwa KIO (wyrok KIO z d. 2 czerwca 2021 r.; sygn. akt: KIO 1245/21), na podstawie 94 ust. 1 p.z.p., do ubiegania się o zamówienia zastrzeżone uprawnieni są wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż w odniesieniu do celu integracyjnego przepis precyzuje, że ma on stanowić główny cel działalności wykonawcy lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie. **Oznacza to, że nie musi to być jedyny cel działalności wykonawcy, ale działalność ukierunkowana na realizację celu integracyjnego musi być głównym obszarem jego działania. Jednocześnie należy podkreślić, że dla spełnienia tego warunku nie będzie wystarczające samo zatrudnianie osób marginalizowanych. Mimo, że zatrudnienie jest jednym ze sposobów służących integracji społecznej i zawodowej osób marginalizowanych, sam fakt ich zatrudniania nie świadczy jeszcze, że głównym celem działalności danego wykonawcy są działania integracyjne prowadzone na rzecz takich osób.** Tym bardziej nie świadczy o tym zatrudnienie osób marginalizowanych jedynie na potrzeby danego zamówienia, które wskazywałoby raczej na to, że tego rodzaju kroki wykonawca podejmuje jedynie doraźnie, chcąc uzyskać zamówienie, a nie, że jest to główny przedmiot jego działalności. Z uwagi na fakt, że przepis art. 94 p.z.p. umożliwia zastrzeżenie prawa udziału w postępowaniu dla wykonawców o określonym profilu działalności, aby móc ubiegać się o takie zamówienie, wykonawca powinien być w stanie wykazać zamawiającemu, że **jego działalność ukierunkowana jest głównie na integrację społeczną i zawodową osób marginalizowanych.** W przedmiotowej sprawie, zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 16 maja 2017 roku sygn. akt KIO 831/17, wyrok z dnia 6 kwietnia 2017 roku sygn. akt KIO 560/17, 564/17. **W ocenie Izby, wyroki te nie są adekwatne do aktualnego stanu prawnego. Izba wskazuje, że aktualnie obowiązująca ustawa p.z.p. reguluje status podmiotów ubiegających się o zamówienia zastrzeżone inaczej niż czyniła to ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), pod której rządami zostały wydane przywołane wyroki.** Aktualna ustawa wymaga bowiem, by społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych była głównym celem działalności wykonawcy. Poprzednia ustawa w art. 22 ust. 2 p.z.p. z 2004 r. stawiała jedynie wymóg realizowania takiej integracji, bez wskazania na jej znaczenie w działalności wykonawcy. Powyższa zmiana wyłączyła nieco możliwe nadużycia, o których mowa w przytoczonym stanie faktycznym sprawy, a przytoczona tu sentencja ma duże znaczenie praktyczne (także dla samorządów w kontekście prawidłowego badania wykonawców pod kątem art. 94 ust. 1 p.z.p.).

Stosując klauzulę zastrzeżoną, warto mieć na uwadze, że nie ma ona charakteru bezwzględnie. Oznacza to, że owszem, po spełnieniu określonych warunków „zamyka” się postępowanie dla innych wykonawców, przez co ogranicza się działanie zasady równego traktowania wykonawców, ale musi być to zgodne np. z zasadą **proporcjonalności**. Według wyroku KIO z d. 17 lipca 2020 r. (sygn. akt KIO 1398/20) – odnosi się on co prawda do nieobowiązującego już stanu prawnego, ale według mojej opinii, pozostaje aktualne w wątku dotyczącym relacji zachodzących pomiędzy zasadą uczciwej konkurencji a zasadą proporcjonalności – zamawiający nie może w sposób dowolny stosować w postępowaniu o udzielenie zamówienia klauzuli zastrzeżonej i zatrudnieniowej, będąc każdorazowo ograniczony zasadą proporcjonalności. W znaczeniu prawnym zasadę proporcjonalności można w uproszczeniu sprowadzić do dyrektywy, zgodnie z którą zamawiający w prowadzonym postępowaniu powinien podejmować tylko takie działania, które są **konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonego celu** (w przypadku warunków udziału jest nim sprawdzenie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia), a środki zastosowane do realizacji tego celu muszą być **proporcjonalne do jego istoty oraz odpowiednie**, czyli nie tylko najlepsze i najwłaściwsze, ale i w najmniejszym stopniu ograniczające interesy i prawa wykonawców.

Sposób opisu kryteriów społecznych w art. 22 ust. 2 p.z.p. z 2004 r. wskazuje, że mają się one odnosić do osób, których aktywizacja zawodowa jest trudniejsza, a realizacja zamówienia ma się na tą aktywizację bezpośrednio przekładać. W konsekwencji wymogu tego nie można traktować jedynie jako formalnego narzędzia do ograniczania konkurencji przez uniemożliwienie innym wykonawcom dostępu do zamówienia, gdyż wprost narusza to nadrzędną w stosunku do wszystkich warunków udziału w postępowaniu zasadę proporcjonalności (takie stanowisko zajął również Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w ramach wyniku kontroli, która zakończyła się uchwałą Izby z 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO/KD 67/17). Zatem, jak trafnie wskazała również Izba w uzasadnieniu uchwały z 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO/KD 67/17, w ramach dokonywania oceny czynności zamawiającego pod kątem zasady proporcjonalności należy brać pod uwagę takie okoliczności, jak **przydatność** (kryterium przydatności) i **niezbędność** (kryterium niezbędności) zastosowanych ograniczeń dla osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Ewentualne ograniczenia konkurencyjności postępowania mogą być zastosowane jedynie w takim stopniu, w jakim jest to **niezbędne do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego**. Podkreślenia wymaga, że zastosowane środki w ogóle muszą pozwalać na osiągnięcie tych celów. Stąd w przypadku ustalenia braku spełnienia warunku przydatności, bezprzedmiotowa staje się ocena pod kątem spełnienia warunku niezbędności. Ponadto należy również wziąć pod uwagę wymóg, aby cele określone przez zamawiającego były istotniejsze niż skutki zastosowania środków ograniczających konkurencję. **Z powyższego wyroku płynie konkluzja, że nie wolno stawiać wymogów bezrefleksyjnie, nie analizując do jakich wykonawców adresowane jest zamówienie i jaki personel będzie je wykonywał.**

Klauzule zastrzeżone w statystykach

W 2021 r. 4 676 zamawiających udzieliło 31.753 zamówienia publiczne uwzględniające aspekty społeczne o łącznej wartości 71.602.825.011,56 zł (bez VAT). Dla porównania, w 2020 r. 2.587 zamawiających udzieliło 28.499 społecznych zamówień publicznych, których łączna wartość wyniosła 72.462.672.778,08 zł (bez VAT) – zob. tab. 1.

Tabela 1. Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych ogółem

Rok	Liczba zamawiających stosujących aspekty społeczne	Wartość zamówień społecznych (bez VAT)	Wartość zamówień ogółem (bez VAT)
2020	2 587	28 499 zł	72 462 672 778,08 zł
2021	4 676	31 753 zł	71 602 825 011,56 zł

Porównując dane za dwa poprzednie lata, należy dojść do wniosku, że oznacza to znaczny wzrost liczby zamawiających, uwzględniających aspekty społeczne w postępowaniach przetargowych aż o 2.089 podmiotów publicznych. Sporemu zwiększeniu – o 3.254 zamówień – uległa również liczba społecznych zamówień publicznych, co jednak nie przełożyło się na wzrost wartości takich zamówień. Wartość zamówień społecznych w 2021 r. była mniejsza w porównaniu z 2020 r. o kwotę 859.847.766,52 zł. Udział zamówień społecznych w ogólnej liczbie udzielonych zamówień publicznych wyniósł 24%, podczas gdy wartość zamówień społecznych w odniesieniu do łącznej wartości udzielonych zamówień publicznych stanowiła 39%.

Instrumenty prospołeczne przewidziane ustawą p.z.p. w 2021 r. w większości przypadków stosowane były w zamówieniach na roboty budowlane. Dotyczyło to wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy z art. 95 ust. 1 ustawy p.z.p. oraz uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wymogów dotyczących dostępności i projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników – art. 100 ust. 1 p.z.p.[1]

[1] Ten wątek został już opisany w opinii nr 25/2022.

Z kolei w zamówieniach na **usługi** najczęściej stosowano:

- **instrument zamówień zastrzeżonych (art. 94 ust. 1 p.z.p.),**
- wymagania społeczne związane z realizacją zamówienia (art. 96 ust. 1 p.z.p.),
- społeczne kryteria oceny ofert (art. 242 ust. 2 p.z.p.),
- a także odwołanie do etykiety społecznej (art. 104 p.z.p.).

Najbardziej **instrumenty prospołeczne** wykorzystywano w zamówieniach na dostawy. Poniższe tabele prezentują zestawienie szczegółowych danych dotyczących zarówno ilości, jak i wartości zamówień, w których zastosowano klauzule zastrzeżone.

Tabela 2. Zamówienia publiczne z zastosowaniem art. 94 ust. 1 p.z.p. (2021 r.)

Tabela 2. Zamówienia publiczne z zastosowaniem art. 94 ust. 1 p.z.p. (2021 r.)

Rodzaj zamówienia	Liczba	Wartość zamówień (bez VAT)
Dostawy	12	17 498 653,61 zł
Roboty budowlane	34	61 986 733,81 zł
Usługi	140	118 792 077,23 zł

W 2021 r. klauzule zastrzeżone, o których mowa w art. 94 ust. 1 p.z.p. zamawiający umieścili w 265 ogłoszeniach o zamówieniach opublikowanych w BZP (ostatecznie udzielono 186 zamówień z klauzulą zastrzeżoną, o której mowa w art. 94 ust. 1 p.z.p. – zob. tab. 3), co stanowiło 0,24% ogólnej liczby ogłoszeń. W 2020 r. odnotowano 350 postępowań z tym zastrzeżeniem (0,31%). Najczęściej zastrzeżenie, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych dotyczyło zamówień na usługi – 191 ogłoszeń (0,59% ogłoszeń dotyczących zamówień na usługi), a następnie zamówień na roboty budowlane – 41 ogłoszeń (0,10%). W przypadku dostaw zastrzeżenie to wskazano w 33 ogłoszeniach (0,09%).

Tabela 3. Zamówienia publiczne z zastosowaniem art. 361 ust. 1 p.z.p. oraz art. 392 ust. 3 p.z.p. (2021 r.)

Liczba zamówień zastrzeżonych udzielonych w trybie art. 361 ust. 1 lub art. 392 ust. 3 p.z.p.	339
Liczba zamawiających, którzy udzieli zamówień zastrzeżonych w trybie art. 361 ust. 1 lub art. 392 ust. 3 p.z.p.	150
Wartość zamówień udzielonych jako zamówienia zastrzeżone w trybie art. 361 ust. 1 lub art. 392 ust. 3 p.z.p.	161 232 720,14 (wartość bez VAT)

Jeśli chodzi o zamówienia na usługi społeczne i inne specjalne usługi, w 2021 r. zawarto 339 zamówień w wyniku zastosowania klauzul zastrzeżonych, o których mowa w art. 361 ust. 1 p.z.p. oraz 392 ust. 3 p.z.p. (zob. tab. 3)

Zakończenie

Rynek zamówień publicznych to potencjalne (nieustające, albowiem państwo i samorząd terytorialny nie mogą „uwolnić” się od wykonywania zadań publicznych) źródło zysków dla wszelkiego rodzaju wykonawców, niezależnie od ich formy prawnej. Na rynku zamówień publicznych dominują spółki handlowe oraz przedsiębiorcy indywidualni; co nie oznacza, że rynek ten jest zamknięty dla innego rodzaju podmiotów, np. podmiotów ekonomii społecznej. Przeciwnie, z niniejszej ekspertyzy wyłania się nieco inny obraz. Rynek zamówień publicznych nie tyle nie jest zamknięty na podmioty ekonomii społecznej (w tym dla przedsiębiorstw społecznych), ale ustawodawca poprzez instytucje formalne, tj. prawo zamówień publicznych, stworzył całe instrumentarium udogodnień dla podmiotów wpisujących się w politykę społeczną państwa; na czele z tzw. klauzulami zastrzeżonymi, które stanowią swoisty wyłom nie tylko w meta zasadzie zamówień publicznych – równym traktowaniu wykonawców, ale także meta zasadzie – uczciwej konkurencji.

Klauzule zastrzeżone bada się w ujęciu podmiotowym; de facto odnoszą się do właściwości wykonawcy; są najbardziej „inwazyjnymi” instrumentami polityki społecznej w systemie zamówień publicznych, ponieważ „zamykają” zamówienia dla określonych grup interesów. Ważne jest, aby znać i przestrzegać podstawowych zasad rządzących klauzulami zastrzeżonymi; stosować je: po namyśle (nie bezrefleksyjnie, jak wybrzmiało to z jednego przywołanego w tekście wyroku KIO), odpowiednio (bez uszczerbku dla zasady proporcjonalności) i po wstępnej analizie rynku.

Bibliografia:

1. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE.
2. Rozporządzenie Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV.
3. Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710, 1812, 1933).
4. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.).
5. Wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2021; sygn. akt: KIO 1245/21.
6. Wyrok KIO z dnia 16 maja 2017 roku sygn. akt KIO 831/17.
7. Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2017 roku sygn. akt KIO 560/17, 564/17.
8. Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1398/20.
9. Uchwała KIO z dni 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO/KD 67/17.

Ó AUTORZE

Marcin Kępa - absolwent Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego i Podyplomowych Studiów Prawa Zamówień Publicznych na Uniwersytecie Wrocławskim oraz Wyższej Szkoły Humanitas w Sosnowcu. Odbił studia doktoranckie na Uniwersytecie Ekonomicznym we Wrocławiu (ekonomia) i Uniwersytecie Śląskim w Katowicach (prawo). Adiunkt w Instytucie Prawa i Ekonomii Uniwersytetu Pedagogicznego im. KEN w Krakowie. Wykładowca zagadnień z zakresu prawa zamówień publicznych, systemu zamówień publicznych w UE, programowania rozwoju lokalnego, podstaw ekonomii i przedsiębiorczości, form instytucjonalnoprawnych przedsiębiorstw społecznych, prawa handlowego i upadłościowego, funduszy europejskich i administracji publicznej. Współautor komentarzy, monografii i artykułów naukowych. Uczestnik licznych konferencji naukowych. Specjalizuje się w prawie gospodarczym publicznym i administracyjnym, prawie i ekonomice przedsiębiorstw społecznych, nowej ekonomii instytucjonalnej i ekonomicznej analizie prawa. Od 2018 r. przedsiębiorca, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Lex Economica. Współpracownik kancelarii adwokackiej. Były pracownik administracji publicznej i sektora prywatnego. Doradca jednostek samorządu terytorialnego i instytucji polityki społecznej. Prowadzi cykle szkoleń nt. klauzul społecznych i polityk publicznych w zamówieniach publicznych dla administracji publicznej i sektora pozarządowego. Konsultant podmiotów ekonomii społecznej. Od ponad 10 lat współuczestniczy w realizacji projektów europejskich."

Opinie wyrażone w powyższym tekście mają charakter autorski i nie należy ich traktować jako stanowiska Fundacji Rozwoju Demokracji Lokalnej im. Jerzego Regulskiego.

Warszawa, czerwiec 2023

www.frdl.org.pl

Fundacja Rozwoju Demokracji Lokalnej im. Jerzego Regulskiego
ul. Żurawia 43, 00-680 Warszawa