



Ryszard Szostak*

Uniwersytet Ekonomiczny w Katowicach

ZAGADNIENIA SPOŁECZNE W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

1. Uwagi ogólne

Zamówienia publiczne, zorientowane bezpośrednio na zaspokojenie potrzeb zbiorowych, powinny umożliwić także realizację określonych celów polityki społecznej państwa i samorządu. Jest to wprost uzasadnione zaangażowaniem znacznych środków publicznych wydatkowanych na dostawy, usługi lub roboty budowlane niezbędne do realizacji zadań publicznych. Według sprawozdawczości urzędowej szacunkowa wartość zamówień publicznych sięga ogółem 11,5% PKB¹. Z drugiej strony prowadzenie aktywnej polityki społecznej z wykorzystaniem środków publicznych stanowi obowiązek władz publicznych, związany z zasadą społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji). W szczególności w świetle art. 65 ust. 5 ustawy zasadniczej władze publiczne powinny prowadzić politykę zmierzającą do pełnego i produktywnego zatrudnienia poprzez zwalczanie bezrobocia, w tym organizowanie i wspieranie robót publicznych i prac interwencyjnych. Także w dokumentach programowych UE, zwłaszcza w strategii „Europa 2020” na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju², podkreśla się, że istotą europejskiego modelu zrównoważonego rozwoju jest odpowiednie pogodzenie konkurencyjności gospodarczej ze sprawiedliwością społeczną. To samo wynika ze strategii „Sprawne Państwo 2020”. Dlatego przy udzielaniu zamówień publicznych trzeba uwzględniać równolegle potrzeby społeczne związane ze zwalczaniem bezrobocia, promocją zatrudnienia pracowniczego, które powinno mieć pierwszeństwo przed formami cywilnoprawnymi, ochronę praw pracowniczych oraz wspierać integrację społeczną, zwłaszcza w odniesieniu do osób niepełnosprawnych i długotrwale bezrobotnych.

* argius@poczta.onet.pl

¹ Por. sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r., opubl. na stronie internetowej UZP.

² KOM (2010) 2020.

Założenia te są wdrażane do europejskiego i krajowego porządku prawnego. Stosowne dyspozycje określające aspekty społeczne zamówień publicznych zawarto w dyrektywach z 2004 r. poświęconych zamówieniom publicznym³. Aktualna dyrektywa ogólna Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE⁴, zobowiązuje państwa członkowskie i ich instytucje zamawiające do podjęcia stosownych środków prawnych w celu zapewnienia przestrzegania prawa socjalnego i prawa pracy oraz układów zbiorowych pracy. W pierwszej kolejności zaleca się unormowanie tzw. zamówień zastrzeżonych, na rzecz zakładów pracy chronionej lub wykonawców, których celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub rynkowo defaworyzowanych (art. 20). Pośród podstaw wykluczenia wykonawcy z ubiegania się o zamówienie wskazuje się także na naruszenia prawa socjalnego oraz prawa pracy i ubezpieczeń społecznych (art. 57 ust. 4 pkt a w zw. z art. 18 ust. 2). Poza tym w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (jego realizacji), a nawet kryteriów oceny ofert wolno dopuścić tzw. aspekty społeczne, bez uszczerbku dla zasady celowości i efektywności zamówienia⁵.

Obowiązek przestrzegania prawa pracy i ubezpieczeń społecznych na gruncie polskich zamówień publicznych normowano już w ustawie z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych⁶, pod rygorem wykluczenia wykonawcy, natomiast w ramach kolejnych nowelizacji z lat 2009–2011 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁷ wprowadzono możliwość udzielania zamówień zastrzeżonych na rzecz zakładów pracy chronionej, określenia wymagań zatrudnienia socjalnego przy realizacji zamówienia publicznego, a także dopuszczenia kryteriów społecznych przy ocenie ofert przetargowych (por. art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 4 oraz art. 91 ust. 2 p.z.p.)⁸. Potem doszła jeszcze możliwość fakultatywnego zastrzeżenia w warunkach zamówienia na usługi lub roboty budowlane zatrudnienia pracowniczego, do realizacji których charakter czynności uzasadnia ten rodzaj zatrudnienia (art. 29 ust. 4 pkt 4 p.z.p., w brzmieniu z 2014 r.)⁹. W wyniku ostatniej nowelizacji prawa zamówień publicznych z dnia

³ Por. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., nr 2004/17 o udzielaniu zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz ogólną nr 2004/18 o udzielaniu zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004 r., s. 1 i nast.).

⁴ Dz. Urz. UE, L94 z 28.3.2014, s. 65 i nast.

⁵ Szczegółowego wyjaśnienia rozwiązań europejskich dokonała Komisja Europejska, [w:] *Kwestie społeczne w zakupach – przewodnika dotyczący aspektów społecznych w zamówieniach publicznych*, Bruksela 2010, s. 7 i nast.

⁶ Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 z późn. zm.

⁷ Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm. (dalej: p.z.p.).

⁸ Por. w tym zakresie M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2010, s. 151 i n. oraz 411 i n.; J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2010, s. 115 i nast. oraz S. Babiarczyk, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2011, s. 170 i nast.

⁹ Zob. o tym J. Pieróg: *Prawo zamówień...*, s. 170–171.

22 czerwca 2016 r.¹⁰ zastrzeżeniu zatrudnienia pracowniczego (na podstawie umowy o pracę) przy realizacji zamówienia nadano charakter obligatoryjny, we wszystkich zamówieniach na usługi lub roboty budowlane, jeśli wykonywanie jakichkolwiek czynności odpowiada wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 kodeksu pracy; wymóg ten rozciągnięto także na podwykonawców. Poza tym w świetle nowego art. 29 ust. 5 p.z.p. w przypadku zamówień przeznaczonych do użytku osób fizycznych, w tym pracowników zamawiającego, opis przedmiotu zamówienia sporządza się z uwzględnieniem wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych lub projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników. Liczą się tu przede wszystkim normatywnie określone warunki minimalne, jakim powinny odpowiadać obiekty publiczne i ich usytuowanie, a także wymagania dotyczące ich wyposażenia, w tym zasady urządzania miejsc pracy w instytucjach publicznych, zwłaszcza z uwzględnieniem potrzeb osób niepełnosprawnych.

W 2009 r. Minister Rozwoju Regionalnego, działając w porozumieniu z Prezesem UZP wydał zalecenia o stosowaniu „klauzul społecznych” w zamówieniach publicznych, adresowane zwłaszcza do zamawiających udzielających zamówień finansowanych ze środków europejskich. Ożywioną akcją promocyjną prowadził też UZP w ramach programu na rzecz zrównoważonych zamówień publicznych, realizowanego w latach 2013–2016 pn. Nowe podejście w zamówieniach publicznych¹¹. Dodatkowe zalecenia wydała Rada Ministrów, w dniu 28 lipca 2015 r., o stosowaniu klauzul społecznych przez administrację rządową¹². Akcentując rolę tych klauzul w ramach zamówień społecznie odpowiedzialnych zobligowano kierowników wszystkich jednostek rządowych do promowania i skutecznego egzekwowania stosowania klauzul społecznych z uwzględnieniem wytycznych i opinii urzędowych, natomiast samego Prezesa UZP obciążono obowiązkiem prowadzenia monitoringu realizacji tych zaleceń. Opublikowane ostatnio wyniki monitoringu stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych za 2015 r.¹³ nie napawają jednak większym optymizmem. Z nadesłanych sprawozdań do analizy zakwalifikowano tylko nieco ponad połowę sprawozdań, reszta z różnych przyczyn nie przedstawiała większych walorów poznawczych. Na ogół w praktyce uwzględniano tylko jedną klauzulę (98%), a sporadycznie dwie. Z drugiej jednak strony najczęściej zastrzegano najbardziej radykalne rozwiązanie, w postaci wymogu zatrudnienia przy realizacji zamówienia osób na podstawie umowy o pracę, na drugim miejscu był wymóg zatrudnienia socjalnego, a na trzecim zastrzeżenia zamówienia na rzecz zakładów pracy chronionej lub podobnych wykonawców. W związku

¹⁰ Dz.U. poz. 1020.

¹¹ Efektem jest zbiór rekomendacji zawartych w szczególności w podręczniku: zob. K. Ołdak-Bułańska, *Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych – podręcznik*, Warszawa 2014.

¹² Syg. RM-24-160-15, dostępne na stronie internetowej Kancelarii Prezesa RM.

¹³ Zob. strona internetowa UZP.

z powyższym planuje się wydanie nowych zaleceń, bardziej adekwatnych do aktualnej sytuacji, wzmoczenie akcji promocyjnej oraz nowelizację rozporządzenia wykonawczego o zakresie informacji objętych rocznym sprawozdaniem z udzielonych zamówień, uwzględniając doniosłość kluczowych danych o stosowaniu klauzul społecznych przez wszystkie jednostki rządowe¹⁴. W odniesieniu zaś do zamówień samorządowych pozostaje – jak na razie – promocja i egzekwowanie przestrzegania wymagań obligatoryjnych w trybie kontroli urzędowej, zwłaszcza co do zatrudnienia pracowniczego.

2. Wykluczenie wykonawcy ze względów społecznych

Stosunkowo dobrze funkcjonuje wykluczenie wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne z powodu dopuszczenia się przestępstwa naruszenia praw pracowniczych, rażącego naruszenia zasad bhp albo zatajenia wypadku przy pracy (art. 218–221 k.k.), potwierdzonego prawomocnym wyrokiem skazującym. Dotyczy to zarówno indywidualnego właściciela przedsiębiorstwa, jak i członka organu zarządzającego lub nadzorczego osoby prawnej, współnika spółki osobowej bądź prokurenta. To samo dotyczy wykluczenia z powodu dopuszczenia do zaległości w opłacaniu składek z tytułu obowiązkowego ubezpieczenia społecznego lub zdrowotnego. W pierwszym bowiem przypadku dowodem uzasadniającym wykluczenie jest wypis z Krajowego Rejestru Karnego, potwierdzający prawomocne skazanie, natomiast w drugim stosowne zaświadczenie wystawione przez właściwy oddział ZUS. Obecnie, w wyniku nowelizacji ustawy (2016) fakultatywną podstawą wykluczenia wykonawcy, zależną od uprzedniego zastrzeżenia w warunkach zamówienia, może być prawomocne ukaranie za wykroczenie przeciwko prawom pracowniczym karą aresztu, ograniczenia wolności lub grzywny powyżej 3 tys. zł. Okres karencji w przypadku przestępstwa wynosi 5 lat, natomiast co do zaległości składkowych potwierdzonych prawomocną decyzją lub orzeczeniem sądowym – 3 lata, podobnie jak w odniesieniu do ukarania za wykroczenie. Poza tym do wykluczenia wykonawcy może dojść w wyniku dopuszczenia się w przeszłości „poważnego wykroczenia zawodowego”, polegającego także, choć niekoniecznie, na naruszeniu prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym¹⁵.

Jak wiadomo, w ramach zdolności techniczno-zawodowej wykonawcy ustawa dopuszcza możliwość powołania się przez wykonawcę na zasoby kadrowe osoby trzeciej, zobowiązującej się zapewnić wykonawcy niezbędną obsługę pracowniczą. Z uwagi jednak na utrzymujące się ograniczenia w pośrednictwie pracy wynikające z ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia

¹⁴ Por. stanowisko Rady Ministrów pn. Podsumowanie i wnioski wynikające z realizacji zaleceń w sprawie stosowania przez administrację rządową „klauzul społecznych” w zamówieniach publicznych, dostępne na stronie internetowej UZP.

¹⁵ Por. wyrok TS UE z dnia 13 grudnia 2014 r., C 465/11, Forposta.

i instytucjach rynku pracy¹⁶, tzw. leasing pracowników może zagwarantować legalnie jedynie agencja pracy tymczasowej, a nie jakikolwiek inny przedsiębiorca. Stąd „użyczanie” pracowników, zwłaszcza między przedsiębiorcami budowlanymi jest wykluczone. Nie dotyczy to – rzecz jasna – podwykonawstwa, ponieważ podwykonawca zobowiązuje się świadczyć na rzecz wykonawcy określone roboty lub usługi z wykorzystaniem własnych pracowników, którzy nie tracą, ani nie zmieniają, dotychczasowego zatrudnienia. Z kolei pracownicy tymczasowi są zatrudniani na podstawie specjalnej umowy o pracę tymczasową, o charakterze doraźnym, okresowym, sezonowym albo na wypadek zastępstwa nieobecnego pracownika itd., w oparciu o przepisy odrębne zawarte w ustawie z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych¹⁷. Agencja zatrudnia takich pracowników wyłącznie w celu wykonywania prac na określonym stanowisku, w ramach uzgodnionych kwalifikacji na rzecz i pod kierownictwem osób trzecich, zwanych pracodawcami-użytkownikami. Obowiązują liczne wyłączenia i ograniczenia. Nad prawidłowością przestrzegania przepisów o zatrudnianiu tymczasowym czuwa państwowa inspekcja pracy. Nie ma natomiast żadnych przeszkód prawnych w zawieraniu przez wykonawców umów przedwstępnych bezpośrednio z osobami zainteresowanymi podjęciem zatrudnienia na wypadek zdobycia przez niego określonego zamówienia publicznego. Tytułem udokumentowania wymaganych zasobów kadrowych wystarczy przedstawić zamawiającemu stosowne dowody obejmujące zobowiązania warunkowe określonych osób fizycznych w zakresie warunków przyszłego zatrudnienia.

3. Zamówienia zastrzeżone

W świetle znowelizowanego art. 22 ust. 2 p.z.p. zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność (także ich jednostek wyodrębnionych organizacyjnie) obejmuje społeczną i zawodową integrację osób społecznie marginalizowanych, w szczególności: niepełnosprawnych, bezrobotnych, pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, z zaburzeniami psychicznymi, bezdomnych, posiadających status uchodźcy, do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia, poszukujących pracy oraz osób przynależnych do mniejszości narodowych lub etnicznych znajdujących się w niekorzystnej sytuacji. Ocena poszczególnych kategorii zatrudnienia odbywa się tu z uwzględnieniem przepisów odrębnych, np. ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych, ustawy o promocji zatrudnienia i rynku pracy, czy o ustawy o pomocy społecznej. Poza tym niektóre z tych kategorii mają wyraźnie charakter warunkowy, np. nie tyle liczą się osoby bezdomne, ile wychodzące z bezdomności albo osoby do 30 roku życia

¹⁶ Dz.U. z 2016 r., poz. 645, z późn. zm.

¹⁷ Dz.U. z 2016 r., poz. 360.

pozostające bez jakiegokolwiek zatrudnienia i poszukujące pracy. W ogłoszeniu o zamówieniu lub bezpośrednio w warunkach zamówienia zamawiający określa minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej z powyższych kategorii, nie mniejszy jednak niż 30% osób zatrudnionych przez zakład pracy chronionej lub inny podobny zakład uprzywilejowany. Jak łatwo zauważyć, nie każde zamówienie nadaje się do objęcia statusem zamówienia zastrzeżonego.

Wykonawca, który nie spełnia powyższych warunków, podlega wykluczeniu z ubiegania się o takie zamówienie (zastrzeżone) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. W celu rzetelnej weryfikacji zastrzeżonych warunków zamawiający, działając na podstawie § 11 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich można żądać od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia¹⁸, powinien wymagać przedłożenia przez każdego z wykonawców decyzji w sprawie przyznania statusu zakładu pracy chronionej bądź zakładu aktywności zawodowej (w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych)¹⁹ lub innych dowodów potwierdzających taki status, a także dokumentów potwierdzających ustalony procentowo wskaźnik zatrudnienia osób uprzywilejowanych. Ponieważ zastrzeżone warunki muszą być dotrzymane przede wszystkim w okresie realizacji zamówienia, zamawiający powinien wprowadzić do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), a także do umowy stosowne klauzule ochronne, umożliwiające zwłaszcza efektywną kontrolę przestrzegania ustalonych warunków oraz przewidujące odpowiednie kary umowne za ich naruszenie.

Warunki związane ze statusem zamówienia zastrzeżonego mają znaczenie samodzielne, stąd ewentualny obowiązek legitymowania się przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie określonym profilem zatrudnienia, rzutującym bezpośrednio na wiedzę, kwalifikacje i doświadczenie kadrowe wykonawcy (zdolność techniczno-zawodowa) należy traktować jako odrębny²⁰. Poza tym wykonawca sam powinien spełniać warunki zamówienia zastrzeżonego, nie może w tym zakresie powołać się na potencjał osoby trzeciej nawet podwykonawcy prowadzącego zakład pracy chronionej. Dlatego doniosłego znaczenia nabierają tu zasady równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania (art. 7 ust. 1 p.z.p.). W szczególności ukształtowanie warunków zamówienia zastrzeżonego powinno być zobiektywizowane, wyczerpujące, nieograniczające uczciwej konkurencji i niedopuszczające żadnych zmian w ich treści w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego²¹. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie (konsorcjum) wystarczy, aby choć jeden

¹⁸ Dz.U., poz. 1126.

¹⁹ Dz.U. z 2011 r., poz. 721, z późn. zm.

²⁰ Por. K. Ołdak-Bułańska, *Aspekty społeczne...*, s. 87 i nast.

²¹ Por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 sierpnia 2005 r. (IV Ca 239/05), niepubl.

ze współwykonawców prowadził zakład pracy chronionej lub aktywności zawodowej, z dostatecznym wskaźnikiem zatrudnienia osób uprzywilejowanych²².

4. Zatrudnienie personelu wykonawcy na podstawie umowy o pracę

Zgodnie z nowym art. 29 ust. 3a p.z.p. 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 z zakresu realizacji zamówienia, jeśli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 kodeksu pracy. Dotychczas wymóg ten funkcjonował fakultatywnie. Chodzi tu zatem wyłącznie o zatrudnienie pracownicze w ramach stosunku pracy kreującego zobowiązanie do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem, w miejscu i czasie wyznaczonym, za wynagrodzeniem odpowiadającym ilości i jakości pracy (godziwa płaca)²³.

Pracownik to osoba fizyczna zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru lub spółdzielczej umowy o pracę, a także w oparciu o umowę o pracę tymczasową zawartą wprawdzie z agencją, lecz na rzecz pracodawcy-użytkownika²⁴. Zatrudnienie pracownicze ogranicza jednak swobodę wykonawcy przede wszystkim z uwagi na potrzebę odpowiedniego zorganizowania pracy efektywnej, zapewnienia kierownictwa, a także ze względu na rozbudowaną ochronę stosunku pracy przed jego rozwiązaniem. W odniesieniu do niektórych zamówień, zwłaszcza budowlanych lub usługowych wielkość zatrudnienia po stronie wykonawcy jest wprost limitowana rozmiarem zdobywanych zamówień, które nie są przecież w żaden sposób gwarantowane, natomiast nawet krótkotrwałe zatrudnienie o charakterze okresowym lub dorywczym może być dla przedsiębiorcy kłopotliwe pod względem formalnym. Dodatkowo ochrona na wypadek choroby lub innej niezdolności do pracy nie tylko ogranicza możliwość rozwiązania stosunku pracy, lecz pracodawca przez pierwsze 33 dni jest obciążony świadczeniem wynagrodzenia na rzecz pracownika (nie zasiłkiem). Dlatego, pomimo objęcia zatrudnienia z umów cywilnoprawnych (zlecenia, o dzieło, agencji itd.) ubezpieczeniami społecznymi i zdrowotnymi, ciągle są one atrakcyjniejsze dla przedsiębiorców, niż nawet krótkotrwałe umowy o pracę. Tymczasem ze względów społecznych, w obliczu utrzymującego się bezrobocia i rozmaitych trudności w zdobyciu pierwszej pracy przez absolwentów, w połączeniu z nabyciem niezbędnego doświadczenia zawodowego, trzeba preferować zatrudnienie pracownicze. Właśnie w tym aspekcie wyraża się *ratio legis* nowego

²² Por. opinie urzędową dostępną na stronie UZP.

²³ Por. zwłaszcza K. Łapiński, *Godziwe wynagrodzenie za pracę*, „Monitor Prawa Pracy” 2011, nr 12, s. 37 i nast.

²⁴ Więcej o tym B. Urbaniak, P. Oleksiak, *Praca tymczasowa*, Łódź 2014, s. 33 i nast.

art. 29 ust. 3a p.z.p., przewidującego obligatoryjne zastrzeżenie tego rodzaju zatrudnienia przy realizacji zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Konieczność racjonalnego pogodzenia dwóch przeciwstawnych tendencji: potrzeby swoistego interwencjonizmu na rzecz interesu społecznego oraz swobody gospodarczej przedsiębiorców, sprzeciwia się narzuceniu w trybie ustawowym jakiegokolwiek wskaźnika zatrudnienia pracowniczego przy realizacji zamówień budowlanych lub usługowych. Może go wyznaczyć *in casu* co najwyżej sam zamawiający i to nie dowolnie, lecz z poszanowaniem zasady proporcjonalności (art. 7 ust. 1 p.z.p.). Wynika to zresztą wyraźnie z samego art. 29 ust. 3a p.z.p., obciążającego zamawiającego powinnością „wskazania czynności z zakresu realizacji zamówienia, jeśli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 4 kp”. Wyjątkowo realizację zamówienia, zwłaszcza mniejszej wartości, może obsłużyć bezpośrednio efektywnie sam wykonawca prowadzący indywidualną działalność gospodarczą (tzw. samozatrudnienie) albo gdy sensowny udział czynności pracowniczych w wykonaniu zamówienia będzie znikomy, ograniczający się jedynie do czynności nadzorczych nad podwykonawcą działającym w charakterze indywidualnego rzemieślnika lub innego drobnego przedsiębiorcy, dla którego dogodniejsza będzie umowa o dzieło, np. przy naprawach, instalowaniu urządzeń, wykonaniu przedmiotu wyposażenia na zamówienie.

Problem jednak w tym, że w zakresie wielu czynności usługowych, a także budowlanych, jednakowo pod względem gospodarczym zasadna okazać może się zarówno umowa o pracę, jak i umowa cywilnoprawna. Od razu trzeba tu zastrzec, że umowa na warunkach zlecenia (art. 750 w zw. z art. 734 k.c.), zobowiązująca do wykonania określonych czynności faktycznych, wprost konkuruje z umową o pracę w rozumieniu art. 22 § 1 k.p., tak że zamawiający nie ma tu większego pola wyboru, tym bardziej że w świetle art. 22¹ § 1 k.p. zatrudnienie w warunkach powyższego przepisu (świadczenie pracy podporządkowanej) jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy, a nawet w ogóle wyklucza się wtedy zastąpienie umowy o pracę umową cywilnoprawną²⁵. Za naruszenie tego przepisu grozi odpowiedzialność karna. Oznacza to, że jedynie w odniesieniu do czynności z natury wykonywanych samodzielnie przez osoby angażowane przy realizacji zamówień publicznych zamawiający ma względne prawo wyboru zatrudnienia pomiędzy pracowniczym a cywilnoprawnym. To drugie może być bardziej zasadne zwłaszcza co do usług obejmujących czynności prawne, powinności wymagające szczególnych uprawnień zawodowych, czy czynności mające na celu osiągnięcie określonego rezultatu, stanowiącego samodzielny przedmiot odbioru. Dlatego zamawiający, kształtując granice obligatoryjnego zatrudnienia pracowniczego, poprzez wskazanie czynności realizacyjnych, powinien kierować się nie tylko

²⁵ Więcej o tym A. Sobczyk, *Kodeks pracy, Komentarz*, Warszawa 2015, s. 89 i nast.

charakterem tych czynności, lecz także właściwościami dającymi przewagę formie zatrudnienia pracowniczego nad cywilnoprawnym (dyspozycyjność osób, ich lojalność, doświadczenie osobiste, zdyscyplinowanie, poczucie odpowiedzialności itd.) oraz bezpieczeństwem transakcji, z uwzględnieniem interesów wykonawcy na zasadzie proporcjonalności.

Nie bez znaczenie pozostają tu ponadto unormowania z art. 429–430 k.c. o deliktowej odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez podwładnych. Po pierwsze, kto powierza wykonanie czynności drugiemu, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną przez sprawcę przy wykonywaniu powierzonej mu czynności, chyba że nie ponosi winy w wyborze albo że wykonanie czynności powierzył przedsiębiorcy lub zakładowi, który w zakresie swojej działalności zawodowej trudni się wykonywaniem takich czynności. Po drugie, kto na własny rachunek powierza wykonanie czynności osobie, która przy wykonywaniu tej czynności podlega jego kierownictwu i ma obowiązek stosować się do jego wskazań, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną z winy tej osoby przy wykonywaniu powierzonej czynności²⁶. Jak łatwo zauważyć, zorganizowanie drugiemu pracy w ramach stosunku pracy wymaga odpowiedniego przygotowania, a niekiedy „zadaniowania” i stosownego nadzoru oraz łączy się z ryzykiem odpowiedzialności odszkodowawczej za podwładnego. Dlatego w sytuacjach, w których osoba zaangażowana do realizacji zamówienia powinna być raczej samodzielna, właściwa bywa umowa o dzieło (art. 627 k.c.), przewozu (art. 774 k.c.), zlecenia (art. 734 k.c.), agencji (art. 758 k.c.) itd., a nie umowa o pracę. Każdorazowo jednak zamawiający powinien dokonać wyczerpującego przeglądu charakteru nasuwających się czynności realizacyjnych, celem wyodrębnienia tych spośród nich, które nadają się do wykonania w warunkach pracy jednostronnie podporządkowanej.

Uchylenie się wykonawcy (podwykonawcy) od zobowiązania zatrudnienia pracowniczego w ustalonym zakresie uzasadnia odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., jako sprzecznej z wymaganiami siwz, co zdarza się bardzo rzadko, częściej wykonawca przyrzeka spełnianie warunku zatrudnienia, lecz już po zdobyciu zamówienia nie dotrzymuje złożonego przyrzeczenia. Dlatego stosownie do nowego art. 36 ust. 2 pkt 8a p.z.p., obok wskazania rodzaju czynności i towarzyszących im wymagań, zamawiający powinien określić w warunkach zamówienia także liczbę i okres zatrudnienia przez wykonawcę osób, których dotyczyć będą te wymagania sposobu dokumentowania ustalonego statusu zatrudnienia oraz uprawnień kontrolnych zamawiającego, a ponadto sankcji z tytułu ewentualnego naruszenia ustalonych warunków, najlepiej w formie odpowiedniej kary umownej bądź odszkodowania. Jeśli zatem wykonawca nie utrzymuje deklarowanego stanu zatrudnienia w pierwszej kategorii, to powinien ponieść odpowiedzialność majątkową. W razie zaś powtarzalnych naru-

²⁶ O odpowiedzialności za podwładnego więcej A. Śmieja, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2009, s. 476 i nast.

szeń możliwe jest rozwiązanie umowy w drodze jednostronnego odstąpienia lub wypowiedzenia z powodu utraty zaufania (przy zleceniu na podstawie art. 746 § 1 k.c.) lub wykonywania zobowiązania w sprzeczności z umową (przy umowie o dzieło na podstawie art. 636 §1 k.c.)²⁷. Jeśli natomiast zamiast umowy o pracę wykonawca stosuje umowę cywilnoprawną w warunkach naruszenia art. 22¹ § 1 k.p., to grozi mu dodatkowo odpowiedzialność karna.

5. Zatrudnienie socjalne

Zgodnie z art. 29 ust.1 4 p.z.p. zamawiający może określić w opisie przedmiotu wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące zatrudnienia osób bezrobotnych, młodocianych w celu przygotowania zawodowego, niepełnosprawnych lub innych osób, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym²⁸, zwłaszcza osób wychodzących z bezdomności, alkoholizmu lub narkomanii, zwalnianych z zakładów karnych lub posiadających status uchodźcy. W porównaniu do zamówień zastrzeżonych ograniczających zwyczajnym wykonawcom dostęp do zadań finansowanych ze środków publicznych, w imię zapewnienia integracji społeczno-zawodowej osobom defaworyzowanym, rozwiązanie powyższe stanowi łagodniejszą formę promowania takiej integracji, zwłaszcza przez odpowiedzialne za ochronę przed wykluczeniem zawodowym jednostki samorządowe, które w ten sposób (ubocznie) także mogą realizować swoją politykę społeczną. Warunek zatrudnienia socjalnego ma znaczenie dopuszczające²⁹. Wykonawca uchylający się od takiego zobowiązania naraża się na odrzucenie oferty. Poprzednio obowiązujący przepis art. 29 ust. 4 p.z.p. przewidywał jeszcze możliwość żądania przez zamawiającego utworzenia przez wykonawcę specjalnego funduszu szkoleniowego, lecz wskutek nowelizacji w 2014 r. ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, przepisy o tym funduszu zostały zniesione³⁰. Kierując się zasadami przejrzystości i proporcjonalności zamawiający, który wymaga zatrudnienia socjalnego, powinien wyznaczyć liczbę i okres tego zatrudnienia, a także uprawnienia kontrolne na czas realizacji umowy i sankcje (kara umowna, odstąpienie od umowy) na wypadek niedotrzymania ustalonego warunku przez wykonawcę lub podwykonawcę w trakcie realizacji umowy (art. 36 ust. 2 pkt 9 p.z.p.). Nie musi to być jednak wymóg zatrudnienia pracowniczego, lecz cywilnoprawnego, ani też wymóg ze wskazaniem konkretnych czynności realizacyjnych, które powinny być „obsłużone” przez osoby defaworyzowane. W mniejszym stopniu ogranicza on zatem

²⁷ Więcej o tym zwłaszcza A. Brzozowski, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 7: *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2004, s. 354 i nast.

²⁸ Dz.U z 2011 r. Nr 43, poz. 225 z późn. zm.

²⁹ Por. wyroki TS UE z 20 września 1988 r. C 31/87 Gebroeders Beentjes BV oraz z dnia 22 marca 1993 r., C 243/89, Komisja/Dania.

³⁰ Por. zwłaszcza P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych – komentarz*, Warszawa 2015, s. 342 oraz J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, s. 170–171.

swobodę kontraktową wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Chodzi przede wszystkim o cel w postaci integracji społeczno-zawodowej określonych osób. Ustalając rozmiar i zasoby wymaganego zatrudnienia socjalnego, zamawiający powinien uwzględnić specyfikę zamówienia, a zwłaszcza z jednej strony potrzebę realnej integracji, a z drugiej faktyczne możliwości sensownego włączenia do realizacji zamówienia pracowników o szczególnym statusie na ogół bez specjalnego przygotowania zawodowego, wymagających pomocy merytorycznej i starannego nadzoru.

Obowiązek zatrudnienia socjalnego można też dopuścić do rangi jednego z pozacenowych kryteriów oceny ofert przetargowych, zwiększając elastyczność jego oddziaływania (por. art. 91 ust. 2 pkt 2 p.z.p.). W szczególności za przyrzeczenie przez wykonawcę zatrudnienia każdej kolejnej osoby defaworyzowanej ponad ustalone minimum, można przyznawać punkty zwiększające jego szanse na uzyskanie zamówienia³¹. Tak jak każde inne kryterium oceny ofert, zamawiający musi je dostatecznie dookreślić (wyostrzyć) i rzetelnie oszacować jego procentowe znaczenie (wagę) z uwzględnieniem spodziewanych korzyści społecznych, (skoro każde takie kryterium to miernik realnych korzyści ekonomicznych), w zgodzie z zasadami przejrzystości i proporcjonalności³². Społeczne kryteria oceny ofert nastęrczają jednak trudności w praktyce³³, jest potrzebna ich dalsza promocja oraz upowszechnianie dobrych przykładów³⁴.

Poza tym społeczny wymiar można nadać także zwyczajnemu kryterium w postaci organizacji, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeśli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia (art. 91 ust. 2 pkt 5 p.z.p.). Wystarczy ukierunkować je na promocję wykształconych absolwentów. Z oczywistych względów jego znaczenie społeczne może okazać się znikome, przede wszystkim z uwagi na niewielkie doświadczenie zawodowe posiadane przez absolwentów.

6. Problem rażąco niskiej ceny ofertowej

Zanizenie cen ofertowych, jako łatwy sposób na zdobywanie zamówień przez nieuczciwych wykonawców, nadal utrzymuje się – niestety – w praktyce, pomimo wieloletniej akcji zwalczania tego procederu i kolejnych zmian w obrębie art. 90 p.z.p. regulującego weryfikację kalkulacji. Jest to zjawisko wyjątkowo szkodliwe, gdy niewiarygodny wykonawca, uzyskując zamówienie po rażąco niskiej cenie, poszukuje następnie różnych oszczędności realizacyjnych, uszczu-

³¹ Por. wyroki TS UE z dnia 17 września 2002 r., C 513/99, *Concordia Bus* oraz z 10 maja 2012 r. C 368/10, *Komisja/Niderlandy*.

³² Więcej o tym R. Szostak, *Kryteria oceny ofert przetargowych w nowym ujęciu*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 4, s. 3 i nast.

³³ Por. urzędowe podsumowanie funkcjonowania klauzul społecznych w zamówieniach publicznych za 2015 r., dostępne na stronie UZP.

³⁴ Por. K. Ołdak-Bułańska, *Aspekty społeczne...*, s. 95 i nast.

plając ilość lub jakość przedmiotu zamówienia, korumpując niekiedy urzędników uczestniczących w jego odbiorze, a przede wszystkim oszczędzając na wydatkach związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa i higieny pracy oraz na płacach należnych pracownikom³⁵. Dlatego jeśli zaoferowana cena lub koszty realizacji zamówienia bądź ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości jego wykonania zgodnie z wymaganiami warunków zamówienia i przepisów odrębnych, to zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów kalkulacyjnych przede wszystkim dotyczących wyliczenia rzeczywistych kosztów realizacyjnych wraz z płatnościami wynikającymi z przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz ochrony środowiska. Nie może bowiem uzyskać zamówienia wykonawca, który nie ma realnego pokrycia na zapłatę swoim pracownikom co najmniej najniższego wynagrodzenia ustalonego normatywnie wraz ze wszystkimi jego obciążeniami publicznoprawnymi. Jeśli oferowana cena całkowita jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia (kosztorysu inwestorskiego) powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, wówczas zamawiający, zgodnie z nowym art. 90 ust. 1a p.z.p., obligatoryjnie zwraca się do wykonawcy o wyjaśnienie czynników cenotwórczych. Ciężar dowodu, polegający na obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który w ogóle nie udzielił wyjaśnień kalkulacyjnych, a także gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia.

7. Konkluzje

Ustawowa regulacja aspektów społecznych w zamówieniach publicznych ewoluowała w ostatnich latach, przede wszystkim z uwagi na konieczność jej dostosowania do nowych dyrektyw i innych standardów europejskich, a także w kierunku lepszej efektywności praktycznej i zgodności z oczekiwaniami społecznymi. Aktualny stan normatywny w tym zakresie można zatem uznać za optymalny. Czas na praktyczne wdrożenie zmodernizowanych rozwiązań. W znacznej mierze mają one charakter dyspozytywny, istotną rolę może więc odegrać upowszechnianie wzorów urzędowych i dobrych przykładów oraz promocja nowych przepisów w połączeniu z rzetelną ich wykładnią, zorientowaną na zwiększenie zainteresowania stosowaniem klauzul społecznych przy kształtowaniu warunków przetargowych, a także postanowień umów o zamówienie publiczne. Ożywienie, zwłaszcza upowszechniania tych klauzul, nastąpi zapewne

³⁵ Por. P. Granecki, *Prawo zamówień...*, s. 707, wraz z powołanym orzecznictwem, a także K. Oldak-Bulanowska, *Aspekty społeczne...*, s. 99 i nast.

w wyniku zapowiadanych nowych zaleceń Rady Ministrów dla zamawiających sektora rządowego.

Ryszard Szostak

SOCIAL ISSUES IN PUBLIC PROCUREMENT

The percentage of public procurement in the professional trade with the participation of entrepreneurs is significant and reaches 20%. Its simulative function, also in social relations, is still increasing. The need to improve the position of workers involved in the implementation of the supplies, services or works commissioned for public purposes has recently become particularly important.

First of all, workers' interests must be protected by preventing intensively the practice of abuse of civil law contracts in employment, as well as the breaches of legal provisions which guarantee minimum remuneration and health and safety rules. The simulative function of public procurement in achieving social objectives can be expressed mainly in three aspects. Essentially, customers should determine in the terms of service or works contracts a list of activities to be entrusted to persons providing their work under an employment relationship with the exclusion of the employment based on civil law contracts, under pain of rejection of the offer. However, it can be difficult to implement this solution in practice because it requires customers' substantial knowledge and commitment in order to enforce this condition. In the background remains the reservation that only sheltered workshops or other entities dealing, according to their statutory regulations, with the integration of people with disabilities or other disadvantaged people can apply for the contract. However, this solution should be treated with caution, because such type of conditions can lead to the restriction of competition and as an exception should have practical justification. Much more likely to be reasonably used in practice is the request addressed to contract or supplying for the contract to employ a specified number of disabled, people coming out of homelessness, alcoholism or drug addiction and so on. It can be further promoted by including the criterion of the growth of such social employment in the selection criteria allowing to choose the most advantageous offer.

