

KLAUZULE SPOŁECZNE - NARZĘDZIE WSPIERAJĄCE ROZWÓJ PODMIOTÓW EKONOMII SPOŁECZNEJ?

Tomasz Schimanek

1. WPROWADZENIE

1.1. Klauzule społeczne w zamówieniach publicznych

Klauzule społeczne są potocznie stosowanym określeniem wyjątków od ogólnych zasad i reguł udzielania zamówień publicznych. **Zamówienia publiczne** to 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**¹. 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. Przepisy przewidują jednak szereg zwolnień podmiotowych i przedmiotowych, w efekcie których podmioty nie należące do sektora finansów publicznych świadczące usługi nie muszą stosować procedur zamówień publicznych.

Zamówienia publiczne są **podstawowym sposobem** dokonywania zakupu usług i towarów ze środków publicznych. Stąd też ich stosowanie jest dość restrykcyjnie regulowane prawem. Regulacje prawne mają służyć przede wszystkim zapewnieniu **konkurencyjności i równego dostępu** wykonawców do zamówień publicznych oraz **efektywności i przejrzystości** wydatkowania pieniędzy publicznych.

W związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej nasze prawo zamówień publicznych musiało zostać dostosowane do prawa unijnego. Stąd w 2004 roku uchwalono ustawę **Prawo**

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

zamówień publicznych, która z licznymi zmianami obowiązuje do dnia dzisiejszego. Polskie prawo zamówień publicznych musi być zgodne z dyrektywami unijnymi, które regulują sferę zamówień publicznych, a 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 zasad należą:

- zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową,
- swobodny przepływ towarów, zakaz ograniczeń ilościowych w przywozie i wywozie oraz wszelkich środków o skutku równoważnym,
- swoboda prowadzenia działalności gospodarczej,
- swoboda świadczenia usług².

Prawo zamówień publicznych - w zgodzie z prawem unijnym - określa zasady zamówień publicznych, wśród których są m.in.: **zasada równego traktowania wykonawców i zasada uczciwej konkurencji**. Zgodnie z nimi stosowane kryteria oceny ofert mogą dotyczyć tylko i **wyłącznie przedmiotu zamówienia**, a nie np. właściwości czy cech wykonawcy³. Podstawowym kryterium wyboru wykonawcy jest **cena**, dodatkowo także jakość wykonania zamówienia oraz na przykład warunki dostawy czy serwisu posprzedażowego. Za naruszenie prawa zamawiającym grożą różne sankcje, włącznie z unieważnieniem postępowania, a nawet umowy zawartej z wykonawcą i karami finansowymi dla zamawiających, którzy je naruszyli⁴.

Klauzule społeczne są odstępstwem od zasad zamówień publicznych, umożliwiającym zastosowanie dodatkowych kryteriów wyboru wykonawcy z uwagi na ważne względy społeczne. Możliwość zastosowania klauzul wynika wprost z dyrektyw unijnych: dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady UE z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych⁵ oraz dyrektywy 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 usługi⁶. Dają one zamawiającym - najogólniej rzecz ujmując - **możliwość zastosowania wyjątków od ogólnych zasad zamówień publicznych w sytuacji, w której służy to np. organizowaniu wewnętrznych szkoleń zawodowych, zatrudnieniu**

² Oficjalna wersja *Traktatu Rzymskiego* w języku polskim dostępna jest pod adresem: <http://eur-lex.europa.eu/pl/treaties/index.htm>, dostęp z dnia

³ *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, Wydanie III, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *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 pocztowych* (Dz.U. L 134 z 30.4.2004 z późn. zm.).

⁶ *Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. dotycząca koordynacji procedur przetargów publicznych na roboty budowlane, dostawy oraz usługi* (Dz.U. L 134 z 30.4.2004 z późn. zm.).

osób mających szczególne trudności z integracją zawodową, a także zwalczaniu bezrobocia.

Analogicznie do klauzul społecznych, dyrektywy przewidują także możliwość zastosowania tak zwanych klauzul środowiskowych czyli zastosowania kryteriów dotyczących ochrony środowiska. Warunkiem skorzystania z klauzul społecznych jest zapisanie takiej możliwości w prawie krajowym. Warto przy tym zauważyć, że dyrektywy w tym zakresie nie są obligatoryjne, od decyzji kraju członkowskiego zależy to, czy klauzule zapisane w dyrektywach są wykorzystane w prawie krajowym.

Z dyrektyw unijnych wynikają trzy możliwości, które może wykorzystać zamawiający uwzględniając istotne kryteria społeczne:

- ❑ zamknięcie (zastrzeżenie) postępowania o udzielenie zamówienia wyłącznie do podmiotów zatrudniających osoby niepełnosprawne,
- ❑ uzależnienie realizacji przedmiotu zamówienia od zatrudnienia osób w szczególnie trudnej sytuacji na rynku pracy np. długotrwale bezrobotnych,
- ❑ uzależnienie realizacji przedmiotu zamówienia od podjęcia przez wykonawcę działań pro pracowniczych np. szkoleń dla pracowników lub kandydatów do pracy.

1.2. Prawne podstawy stosowania klauzul społecznych w Polsce

Do 2009 roku nasze władze nie zdecydowały się skorzystać z możliwości wprowadzenia klauzul społecznych, choć temat ten podejmowany był od roku 2005 (przez środowiska związane z ekonomią społeczną, Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, a następnie przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego jako Instytucję Zarządzającą Inicjatywą Wspólnotową EQUAL w Polsce).

Dopiero po pięciu latach od pojawienia się możliwości stosowania klauzul społecznych w prawie unijnym została ona wdrożona w prawie polskim. Od 2009 roku Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość zastosowania przez zamawiających wszystkich trzech rozwiązań proponowanych przez Unię Europejską. Wprowadzone rozwiązania umożliwiają:

Rozwiązania objęte klauzulą	Podstawa prawna
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	Artykuł 22, ustęp 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych

Rozwiązania objęte klauzulą	Podstawa prawna
uzależnienie realizacji przedmiotu zamówienia od zatrudnienia przynajmniej osób z grup w trudnej sytuacji na rynku pracy	Artykuł 29, ustęp 4, punkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych
uzależnienie realizacji przedmiotu zamówienia od utworzenia przez wykonawcę 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 lub zwiększenia wpłat pracodawcy na rzecz funduszu szkoleniowego do wysokości określonej co najmniej jako czterokrotność najniższej wpłaty określonej w tych przepisach)	Artykuł 29, ustęp 4, punkt 2 i 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych

Klauzula z artykułu 22 PZP ma charakter **klauzuli zastrzeżonej** i jest dość jednoznacznie sformułowana. Klauzula z artykułu 29 ma bardziej złożony charakter - zawiera w sobie zarówno rozwiązanie **prozatrudnieniowe**, jak i **propracownicze**. W tym drugim przypadku ma zachęcać wykonawcę do utworzenia funduszu szkoleniowego przeznaczanego na finansowanie lub współfinansowanie kosztów kształcenia ustawicznego pracowników i pracodawców, którego finansowanie ze strony pracodawcy będzie stanowić co najmniej 1% funduszu płać lub zwiększenia wpłat pracodawcy na fundusz szkoleniowy do wysokości 1%.

Klauzula prozatrudnieniowa zachęca do zatrudniania osób zagrożonych wykluczeniem zawodowym i społecznym, należących do następujących kategorii:

- ❑ bezrobotni,
- ❑ młodociani w celu przygotowania zawodowego,
- ❑ niepełnosprawni,
- ❑ bezdomni realizujący indywidualny program wychodzenia z bezdomności,
- ❑ uzależnieni od alkoholu, po zakończeniu programu psychoterapii w zakładzie leczenia odwykowego,
- ❑ uzależnieni od narkotyków lub innych środków odurzających, po zakończeniu programu terapeutycznego w zakładzie opieki zdrowotnej,
- ❑ chorzy psychicznie,
- ❑ długotrwale bezrobotni, zwalniani z zakładów karnych,
- ❑ uchodźcy realizujący indywidualny program integracji.

Ustawa nie określa liczby osób z wyżej wymienionych grup, które mają być zatrudnione przez wykonawcę zamówienia, ani warunków ich zatrudnienia, pozostawiając to do decyzji zamawiającego.

Jednakże zgodnie z **artykułem 36, ustęp 2, punkt 9** Prawa zamówień publicznych zamawiający, który zastosował klauzulę z artykułu 29 musi określić:

- ▣ liczbę osób zagrożonych wykluczeniem, które mają być zatrudnione przez wykonawcę,
- ▣ okres ich wymaganego zatrudnienia,
- ▣ sposób dokumentowania zatrudnienia tych osób lub utworzenia albo zwiększenia funduszu szkoleniowego,
- ▣ swoje uprawnienia w zakresie kontroli wypełniania warunków klauzuli przez wykonawcę.

W stosowaniu klauzul społecznych pomocne jest także Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Rozporządzenie przewiduje, że zamawiający może żądać m.in. oświadczenia wykonawcy o zatrudnieniu ponad 50% osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych, w celu potwierdzenia spełnienia wymogu określonego w artykule 22 ust.2⁷.

Ministerstwo Rozwoju Regionalnego jako Instytucja Zarządzająca Programem Operacyjnym Kapitał Ludzki, wprowadziło w działaniu 7.2.1. „Aktywizacja zawodowa i społeczna osób zagrożonych wykluczeniem społecznym” możliwość wyboru podwykonawcy z zastosowaniem wspomnianych klauzul społecznych. **Ministerstwo przygotowało także wspólnie z Urzędem Zamówień Publicznych „Zalecenia Ministra Rozwoju Regionalnego oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące stosowania „klauzul społecznych” w zamówieniach publicznych”**⁸. Z kolei Urząd Zamówień Publicznych, w dużej mierze pod wpływem zainteresowania klauzulami ze strony środowisk związanych z przedsiębiorczością społeczną, wprowadził stopniowo ten temat do prowadzonych przez siebie szkoleń adresowanych do zamawiających. Urząd przygotował także opinię prawną na temat opisu wymagań związanych z realizacją zamówienia publicznego, dotyczących zatrudnienia osób niepełnosprawnych⁹.

⁷ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2013 nr 0 poz. 231).

⁸ Zalecenia Ministra Rozwoju Regionalnego oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące stosowania „klauzul społecznych” w zamówieniach publicznych, Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Warszawa 2009.

⁹ Opis wymagań związanych z realizacją zamówienia publicznego, dotyczących zatrudnienia osób niepełnosprawnych, zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 9 ustawy - prawo zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2010.

2. PO CO STOSOWAĆ KLAUZULE SPOŁECZNE?

2.1. Korzyści płynące ze stosowania klauzul społecznych

Zamówienia publiczne są istotne z perspektywy zamawiających i wykonawców przede wszystkim ze względu na wielość zamówień i ich wartość. Szacunkowa wartość rynku zamówień publicznych w 2012 roku to prawie **133 miliardy złotych**, co stanowiło ok. 8,3% PKB. W 2012 ponad 14 tysięcy zamawiających udzieliło ponad 188 tysięcy zamówień. Największą grupę zamawiających (ponad 45%) stanowiły samorządy terytorialne¹⁰.

Zgodnie z Prawem zamówień publicznych zamawiający mogą, ale nie muszą stosować klauzul społecznych. **Decyzja o ich zastosowaniu należy do zamawiającego** i powinna być uzależniona przede wszystkim od możliwości uzyskania istotnych korzyści społecznych. Korzyści te powinny wpisywać się w działalność prowadzoną przez zamawiającego, na przykład w gminną czy regionalną politykę społeczną. Samorządy terytorialne oczekują także, aby korzyści z zastosowania klauzul społecznych służyły mieszkańcom w gminie, powiecie czy regionie.

Podstawowy argument za stosowaniem klauzul społecznych to zwiększenie **efektywności** wydatkowania środków publicznych, poprzez osiągnięcie tak zwanej **społecznej wartości dodanej**. Zamawiający dokonuje zakupu usługi czy też towarów, którego i tak musi dokonać, dodatkowo osiągając korzyści społeczne np. w postaci zatrudnienia osób bezrobotnych czy niepełnosprawnych. Stosowanie klauzul społecznych daje wyjątkową możliwość łączenia zakupów usług czy towarów niezbędnych do realizacji zadań publicznych z osiąganiem dodatkowych korzyści społecznych.

Korzyści społeczne, które mogą osiągać zamawiający ze stosowania klauzul społecznych to przede wszystkim:

- ▣ **wsparcie podmiotów zatrudniających osoby niepełnosprawne**, np. zakładów pracy chronionej, spółdzielni socjalnych zatrudniających powyżej 50% pracowników niepełnosprawnych czy spółdzielni inwalidów; klauzula zastrzeżona, która to umożliwia, służy podtrzymywaniu zatrudnienia osób niepełnosprawnych, poprzez udzielanie zamówień podmiotom zatrudniającym te osoby, ale nie wymusza dodatkowego zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Nie wymaga także, aby osoby niepełnosprawne zatrudnione przez podmiot, który uzyskał zamówienie publiczne wykonywały to zamówienie;

¹⁰ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2013.

- ▣ **stymulowanie zatrudnienia osób w trudnej sytuacji na rynku pracy** - klauzula z artykułu 29 PZP ma zachęcać pracodawców do zatrudniania tych osób przy realizacji zamówień publicznych. Wykonawca, który chce realizować zamówienie publiczne musi zatrudnić osoby wskazane przez zamawiającego do realizacji tego zatrudnienia. Klauzula prozatrudnieniowa w przeciwieństwie do klauzuli zastrzeżonej wymaga zatrudnienia osoby zagrożonej wykluczeniem do wykonania zamówienia publicznego. To zamawiający określa do jakich grup określonych w PZP mają należeć osoby zatrudnione oraz jaka ma być ich liczba. Zamawiający może więc stosować klauzulę selektywnie i koncentrować ją na tych osobach, których sytuacja jest najtrudniejsza. Jeżeli na przykład zamawiający uzna, że grupą wymagającą dodatkowego wsparcia, ze względu na szczególnie trudną sytuację na lokalnym rynku pracy, są więźniowie, to może zastosować klauzulę dotyczącą zatrudniania wyłącznie więźniów;
- ▣ trzecie zastosowanie, dotyczące także klauzuli społecznej z art. 29, to **zachęcanie pracodawców do działań propracowniczych** czyli tworzenia i/lub wzmocnienia funduszu szkoleniowego, który tworzy pracodawca. Z tego funduszu finansowane są m.in. szkolenia dla pracowników, co podnosi poziom ich kompetencji i kwalifikacji, a zatem poprawia ich sytuację na rynku pracy.

Klauzule społeczne mogą być więc **narzędziem uzupełniającym aktywizację i integrację zawodową osób zagrożonych społecznym wykluczeniem** prowadzoną na przykład przez Ośrodki Pomocy Społecznej, Powiatowe Urzędy Pracy czy Centra Integracji Społecznej. Narzędziem bardzo ważnym, bo oferującym zatrudnienie, którego często nie mogą zagwarantować instytucje prowadzące integrację zawodową.

2.2. Klauzule społeczne jako narzędzie wsparcia podmiotów ekonomii społecznej

Klauzule społeczne mogą także być **instrumentem wsparcia rozwoju podmiotów ekonomii społecznej**. Ale, aby tak się stało musi być spełnionych kilka warunków, gdyż nie ma możliwości podmiotowego zaadresowania klauzul - na przykład skierowania ich wyłącznie do podmiotów ekonomii społecznej. Ograniczałoby to zasadę konkurencyjności, a więc naruszałoby prawo krajowe i unijne. Dodatkowa trudność to brak w polskim prawie określenia, czym jest podmiot ekonomii społecznej.

Wymogi określone w klauzulach mogą być spełnione przez różne podmioty, również w pełni rynkowe. To czy klauzule służą rozwojowi przedsiębiorczości społecznej, zależy wyłącznie od intencji zamawiających i takiego zastosowania przez nich tego instrumentu, aby te intencje realizować. Wymaga to przede wszystkim od zamawiającego dokonania dobrego **rozpoznania** potencjału i ofert podmiotów ekonomii społecznej, po to, by dostosować klauzulę do potrzeb i możliwości podmiotów ekonomii społecznej. Stosowanie klauzul bez takiego rozpoznania, o czym świadczy praktyka, może zakończyć się niepowodzeniem, polegającym na przykład na braku ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający musi wiedzieć, jakie są możliwości

zatrudnieniowe przedsiębiorstw społecznych, a także w jakich usługach czy dostawach te przedsiębiorstwa się specjalizują. Pozwala to zamawiającemu określić realnie ile osób i z jakich grup zagrożonych wykluczeniem społecznym może uwzględnić w klauzulach oraz w jakich obszarach dotyczących zamówień można uwzględnić klauzule, biorąc pod uwagę ofertę przedsiębiorstw społecznych.

Wymaga to także aktywności ze strony podmiotów ekonomii społecznej (PES), a także zrozumienia przez nie, że **stosowanie klauzul nie znosi generalnych zasad udzielania zamówień publicznych**. Klauzule ułatwiają dostęp do zamówień, ale zamawiającego nadal obowiązuje stosowanie do wyboru wykonawcy kryterium ceny oraz jakości wykonania zamówienia. PES muszą pamiętać, że ubiegając się o zamówienie publiczne mogą rywalizować ceną i jakością z innymi podmiotami, w tym także rynkowymi. Klauzule społeczne wyrównują szanse podmiotów ekonomii społecznej, ale nie zwalniają ich z konieczności dbania o jakość i cenę, bo są to elementy decydujące o wyborze wykonawcy. Zapominanie o tym powoduje, że pomimo chęci zastosowania klauzuli jako instrumentu wsparcia podmiotów ekonomii społecznej, postępowania z klauzulami wygrywają firmy rynkowe.

Z punktu widzenia PES, **klauzule społeczne ułatwiają im dostęp do zamówień publicznych**, w szczególności zleczanych przez samorządy. Realizując zamówienia publiczne, podmioty ekonomii społecznej mogą prowadzić działalność gospodarczą będącą źródłem ich przychodów, ale jednocześnie realizować swoją działalność społeczną, polegającą na integracji zawodowej i społecznej osób zagrożonych wykluczeniem. Realizacja zamówień publicznych to także okazja do zdobycia doświadczeń biznesowych i rozwoju potencjału PES. Jest to również możliwość pokazania się PES jako solidnego partnera dla samorządu i dobrego sąsiada dla społeczności lokalnej.

Z punktu widzenia zamawiających, a w szczególności samorządów lokalnych, podmioty ekonomii społecznej jako realizatorzy zamówień publicznych z klauzulami społecznymi mają dwa ważne atuty. Większość PES nastawionych jest na integrację zawodową i społeczną osób zagrożonych wykluczeniem, a więc w pełni realizuje zatrudnieniowy cel klauzul społecznych. Z punktu widzenia tego celu **PES dają potencjalnie znacznie większe szanse na trwałą integrację zawodową i zatrudnienie osób wykluczonych** (trwające także po zakończeniu realizacji zamówienia) niż inne firmy, bo taka jest misja ich działania. Podmioty ekonomii społecznej mają z reguły wiedzę i doświadczenie w integracji zawodowej osób wykluczonych, dzięki czemu szansa na trwały efekt zatrudnieniowy znacznie się zwiększa w porównaniu z podmiotem, który takich kompetencji i doświadczeń nie ma.

Po drugie, zdecydowana większość PES jest silnie zakorzeniona w społecznościach lokalnych - jest tworzona lokalnie - wspierana przez lokalne instytucje - zatrudnia osoby wykluczone mieszkające w społeczności lokalnej, których rynkiem zbytu jest lokalny rynek. To bardzo ważny atut z punktu widzenia samorządu powiatowego czy gminnego, który chciałby, co jest

zupełnie naturalne, aby zarówno pieniądze, jak i korzyści społeczne w ramach zamówień publicznych trafiały do ich społeczności. W imię zachowania równego dostępu do zamówień publicznych prawo nie pozwala na terytorialne ograniczanie podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienie. Inaczej mówiąc, zamawiający nie może zamknąć postępowania o udzielenie zamówienia wyłącznie do podmiotów działających na lokalnym rynku. Wykorzystanie klauzul społecznych zwiększa szanse na realizację zamówień przez PES, a dzięki temu **zwiększa szanse na to, że korzyści z realizacji zamówień „zostaną” w społeczności lokalnej.**

3. PRAKTYKA STOSOWANIA KLAUZUL SPOŁECZNYCH

3.1. Skala i zakres stosowania klauzul społecznych

W dużej mierze pod wpływem działań informacyjnych środowisk związanych z ekonomią społeczną, klauzule zaczęły być stosowane przez samorządy terytorialne, choć skala tego zjawiska jest nadal marginalna. Urząd Zamówień Publicznych ma możliwość identyfikowania jedynie postępowań z zastosowaniem klauzuli zastrzeżonej; według danych urzędu w 2011 roku było ich w całym kraju 325, co stanowiło ok. 2 promili ogólnej liczby postępowań. Jeżeli chodzi o klauzulę z artykułu 29 PZP to można szacować, że w roku 2011 zastosowano ją w około 100 postępowaniach.

W przypadku samorządów lokalnych czy regionalnych, klauzule stosowane były z reguły w zakresie zamówień na usługi porządkowe, ochronę mienia, pielęgnację zieleni, usługi cateringowe i opiekuńcze, choć zdarzały się też zamówienia np. na dostawę preparatów do żywienia pozajelitowego czy też budowę drogi. Są to najczęściej te obszary, w których działają przedsiębiorstwa społeczne lub firmy zatrudniające osoby niepełnosprawne.

Częściej stosowana jest klauzula zastrzeżona, przede wszystkim dlatego, że jest znacznie bardziej konkretna i łatwiejsza w weryfikacji dla zamawiającego niż klauzula zatrudnieniowa. Stosowanie klauzuli z art. 29 PZP z pewnością wymaga więcej wysiłku ze strony Zamawiającego, który musi podjąć decyzję, z jakich grup mają wywodzić się osoby wykluczone, które ma zatrudnić wykonawca i ile tych osób ma być zatrudnionych przy realizacji zamówienia. W ramach klauzuli prozatrudnieniowej najczęściej zatrudniane są osoby bezrobotne i osoby niepełnosprawne, rzadziej pojawiają się osoby z innych grup wymienionych w ustawie, np. więźniowie czy młodociani w celu przygotowania zawodowego. Zamawiający najczęściej stawiają warunek zatrudnienia 2-3 osób, rzadziej ta liczba jest większa, ale oczywiście w dużej mierze zależy to od skali i zakresu zamówienia.

3.2. Przykłady zapisów dotyczących klauzul społecznych znajdujących się w Specyfikacjach Istotnych Warunków Zamówienia

Podstawowym dokumentem w ramach postępowania o zamówienie publiczne jest Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w której zamawiający określa zasady i warunki ubiegania się o zamówienie publiczne. Zastosowanie klauzuli społecznej wymaga zapisania tego w SIWZ. Dla przejrzystości postępowania powinna ona znaleźć się również w ogłoszeniu o zamówieniu.

W przypadku klauzuli zastrzeżonej z art. 22 PZP, zamawiający powinien w odpowiednim punkcie SIWZ potwierdzić zastosowanie tej klauzuli i określić czy będzie wymagał od uczestnika postępowania odpowiedniego oświadczenia, potwierdzającego zatrudnienie co najmniej 50% osób niepełnosprawnych:

SPECYFIKACJA ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

- Numer ogłoszenia: 156778 - 2012,
- Zamawiający: Zakład Komunalny „Kleszczów” Sp. z o. o. , województwo łódzkie,
- Przedmiot zamówienia: Usługa ochrony dla Zakładu Komunalnego Kleszczów.

„III.7) Czy ogranicza się możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne tylko dla wykonawców, u których ponad 50 % pracowników stanowią osoby niepełnosprawne: tak.

Należy przedłożyć oświadczenie wykonawcy o zatrudnieniu ponad 50% osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych, lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego - jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w tych państwach”.

Niektórzy zamawiający określają format oświadczenia o zatrudnieniu osób niepełnosprawnych:

SPECYFIKACJA ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

- Znak sprawy: SS/26/2012/01/ochrona,
- Zamawiający: Instytut Ceramiki i Materiałów Budowlanych, Oddział Szkla i Materiałów Budowlanych w Krakowie, województwo małopolskie,
- Przedmiot zamówienia: całodobowa ochrona fizyczna mienia wraz z monitoringiem obiektów Oddziału Szkla i Materiałów Budowlanych w Krakowie.

.....
/pieczęć wykonawcy/

OŚWIADCZENIE O ZATRUDNIENIU OSÓB NIEPEŁNOSPRAWNYCH

Składając ofertę w trybie przetarg nieograniczony na:

Całodobowa ochrona fizyczna mienia wraz z monitoringiem obiektów Oddziału Szkła i Materiałów Budowlanych

oświadczamy, że zatrudnimy ponad 50% osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego*.

....., dnia

.....

podpis osoby uprawnionej
do składania oświadczeń
woli w imieniu Wykonawcy

* jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w tych państwach

W przypadku klauzuli prozatrudnieniowej z art. 29 PZP, zapisy w SIWZ muszą być nieco bardziej rozbudowane. Niektórzy zamawiający stosują w SIWZ określenie klauzula społeczna, co nie wydaje się błędem, ale trzeba pamiętać, że jest to określenie, które w prawie nie występuje. Dlatego i tak trzeba opisać jego podstawy prawne czyli powołać się na artykuł 29 ustęp 4 Ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odpowiednie sformułowanie powinno być zapisane w SIWZ w części „Dodatkowe wymagania związane z realizacją przedmiotu zamówienia”:

SPECYFIKACJA ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

- Numer zamówienia nadany przez zamawiającego: NZ-6/2011,
- Zamawiający: Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Toruniu,
- Przedmiot zamówienia: świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości i porządku w obrębie nieruchomości gminnych, administrowanych przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Toruniu.

„Dodatkowe wymagania związane z realizacją zamówienia - klauzula społeczna:

Na podstawie art. 29 ust. 4 Ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający będzie wymagał, aby wśród osób bezpośrednio uczestniczących w wykonywaniu zamówienia zatrudnionych było minimum 10 osób bezrobotnych. Osoby winny być zatrudnione w jednej z poniższych form:

- na podstawie skierowania właściwego urzędu pracy zgodnie z ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy Dz.U. z 2008 r. Nr 69 poz. 415 j.t. z późn. zm.,
- na podstawie właściwego dokumentu kierującego bezrobotnego do pracodawcy wystawionego przez organ zajmujący się realizacją zadań z zakresu rynku pracy określony w analogicznych przepisach państwa członkowskiego UE lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego,
- w ramach zatrudnienia socjalnego, o którym mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 roku o zatrudnieniu socjalnym Dz.U. z 2011 r. Nr 122, poz. 143 j.t. z późn. zm. (np. zatrudnienie wspierane lub Indywidualne Programy Zatrudnienia Socjalnego) lub odpowiadające mu programy lub formy zatrudnienia określone w przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Zatrudnienie minimalnej liczby wskazanych osób powinno trwać nieprzerwanie przez cały okres trwania umowy”.

W powyższym przykładzie zamawiający nie tylko określił rodzaj i liczbę zatrudnionych osób, ale także wskazał okres wymaganego ich zatrudnienia oraz jego formę, w tym przypadku będącą jednocześnie formą weryfikacji statusu zatrudnianych osób.

Zgodnie z art. 36 PZP zamawiający powinien jeszcze określić sposób dokumentowania zatrudnienia oraz swoje uprawnienia w zakresie kontroli wypełniania warunków klauzuli przez wykonawcę:

SPECYFIKACJA ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

- Numer ogłoszenia: 133224-2011,
- Zamawiający: Gmina Miasto Brzeziny, województwo łódzkie,
- Przedmiot zamówienia: przebudowa ulicy Moniuszki (Nr 121230E) i ulicy Piłsudskiego (Nr 121248E) w Brzezinach.

„Dodatkowe wymagania związane z realizacją przedmiotu zamówienia:

Zamawiający określa wymagania związane z realizacją zamówienia stosownie do art. 29 ust. 4 Ustawy, dotyczące klauzuli społecznej:

- Wykonawca, przyjmując do realizacji zamówienie, musi zatrudnić w pełnym wymiarze czasu pracy przy wykonywaniu zamówienia co najmniej 3 osoby niepełnosprawne (osoba niepełnosprawna - osoba spełniająca przesłanki statusu niepełnosprawności określone Ustawą z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2008 r. Nr 14 poz. 92 j.t. ze zm.)).
- Status niepełnosprawnego określony jest posiadaniem orzeczeniem o niepełnosprawności wydanym przez zespół do spraw orzekania o niepełnosprawności lub orzeczeniem o całkowitej lub częściowej niezdolności do pracy pracownika niepełnosprawnego, wydanym przez lekarza Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.
- Zatrudnienie przy realizacji zamówienia powinno trwać w okresie wykonywania robót remontowych. W przypadku rozwiązania stosunku pracy przez osobę niepełnosprawną lub przez pracodawcę przed zakończeniem tego okresu, Wykonawca będzie zobowiązany do zatrudnienia na to miejsce innej osoby niepełnosprawnej.
- Wykonawca, przy wykonywaniu zamówienia, przedstawia Zamawiającemu umowę o pracę lub spółdzielczą umowę o pracę z osobą niepełnosprawną.
- Zamawiający ma prawo w każdym okresie realizacji zamówienia zwrócić się do Wykonawcy o przedstawienie dokumentacji zatrudnienia osób niepełnosprawnych, natomiast Wykonawca ma obowiązek przedstawić ją niezwłocznie Zamawiającemu.
- W przypadku niezatrudnienia przy realizacji zamówienia wymaganej przez Zamawiającego liczby osób niepełnosprawnych, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłacenia kary umownej Zamawiającemu w wysokości 10 % wynagrodzenia ryczałtowego brutto umowy za każdą niezatrudnioną osobą niepełnosprawną poniżej liczby wymaganej przez zamawiającego”.

Warto zwrócić także uwagę, że jeżeli zamówienie publiczne składa się z kilku części/zadań, to wymóg zatrudnienia nie musi dotyczyć wszystkich tych zadań, a np. jedynie tych, które będą w stanie wykonać należycie starannie osoby bezrobotne czy niepełnosprawne.

Przydatne dla Zamawiającego jest również umieszczenie w umowie zgody Wykonawcy na wgląd przez Zamawiającego w dane osobowe pracowników i w informacje zawarte w umowach ich zatrudnienia. Brak takiej zgody może utrudnić Zamawiającemu kontrolę spełniania warunków dotyczących zatrudnienia osób zagrożonych wykluczeniem społecznym.

Zamawiający mogą także wymagać od ubiegających się o zamówienie złożenia wraz z ofertą stosowanego oświadczenia, potwierdzającego spełnianie warunków dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia.

3.3. Praktyczny sposób stosowania klauzul społecznych

Na podstawie praktyki stosowania przez samorządy terytorialne i ich jednostki klauzul społecznych, można określić optymalny sposób działania służący skutecznemu zastosowaniu klauzul w postępowaniach przetargowych:

Krok 1: zapoznanie się przez zamawiającego z regulacjami prawnymi dotyczącymi klauzul społecznych oraz opiniami UZP w tym zakresie

Krok 2: określenie potrzeb społecznych w zakresie zatrudniania określonych grup zagrożonych wykluczeniem społecznym

Krok 3: rozpoznanie rynku - w jakich strefach zamówień operują potencjalni wykonawcy, np. PES, jaki jest ich potencjał wykonawczy i jakie są ich możliwości w zakresie zatrudnienia osób wykluczonych

Krok 4: podjęcie przez zamawiającego (na podstawie wyników kroku 2 i 3) decyzji dotyczącej zastosowania klauzuli społecznej - czy zostanie zastosowana, jaka klauzula, dla jakich przedmiotów zamówienia, w jakim trybie udzielone zostanie zamówienie, ile osób ma być zatrudnionych i z jakich grup zagrożonych wykluczeniem społecznym, czy do całości czy do części zamówienia, na jakich warunkach mają być one zatrudnione, w jakiej formie zamawiający będzie kontrolował zamówienie, jakie konsekwencje poniesie wykonawca w przypadku niedotrzymania warunków klauzuli

Krok 5: przygotowanie dokumentacji przetargowej lub innej związanej z udzieleniem zamówienia uwzględniające klauzule społeczne

Krok 6: przeprowadzenie postępowania, zweryfikowanie wymogów określonych w klauzuli i podpisanie umowy z wykonawcą

Krok 7: monitorowanie realizacji zamówienia i kontrolowania wypełniania warunków określonych w klauzuli społecznej

Krok 8: ocena realizacji zamówienia, w tym oszacowanie korzyści wynikających z zastosowania klauzuli społecznej

4. BARIERY I SZANSE UPOWSZECHNIANIA KLAUZUL SPOŁECZNYCH W POLSCE

4.1. Bariery

Podstawową przyczyną ograniczonego stosowania klauzul społecznych w Polsce jest nadal **brak powszechnej wiedzy** na temat tej możliwości. Wielu zamawiających, w szczególności przedstawicieli samorządów lokalnych, nie wie, że w Prawie zamówień publicznych znajdują się klauzule społeczne. Natomiast wśród tych, którzy o tym wiedzą, spora część nie uświadamia sobie jeszcze, jakie cele mogą realizować dzięki zastosowaniu klauzul społecznych i jakie korzyści może przynieść ich stosowanie. Inne przyczyny marginalnego jak dotąd wykorzystania klauzul to:

- ▣ obawa przed stosowaniem klauzul wynikająca z tego, że wciąż jest to rozwiązanie nowe, a zatem „ryzykowne”,
- ▣ obawa przed unieważnieniem postępowań przez organy kontroli oraz z powodu odwołań uczestników postępowań,
- ▣ brak dobrego rozpoznania rynku potencjalnych wykonawców, wiedzy nt. podmiotów, które spełnią dodatkowe warunki społeczne,

- ▣ przywiązywanie zbyt dużej wagi do ceny, jako jedynego kryterium decydującego o wyborze wykonawcy,

4.2. Szanse

Szansą na upowszechnienie klauzul społecznych jest przede wszystkim to, że powoli, ale konsekwentnie, rośnie liczba zamawiających stosujących to rozwiązanie. Nic bowiem lepiej nie działa jak **dobry przykład** - możliwość skorzystania z doświadczeń tych, którzy już zastosowali klauzule. Ważne dla upowszechniania stosowania klauzul społecznych jest także:

- ▣ zainteresowanie **Komisji Europejskiej** poszerzeniem i wzmocnieniem stosowania klauzul społecznych jako instrumentu stymulującego zatrudnienie w czasach kryzysu gospodarczego, a także wspierającego przedsiębiorczość społeczną. Komisja przygotowała propozycje zmian w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych, które umożliwiałyby na przykład poszerzenie stosowania klauzuli zastrzeżonej na inne grupy osób w trudnej sytuacji na rynku pracy,
- ▣ zainteresowanie **Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej** upowszechnianiem klauzul społecznych jako instrumentu wspierającego zatrudnienie i stymulującego rozwój ekonomii społecznej. Także w projekcie **Krajowego Programu Rozwoju Ekonomii Społecznej** do 2020 roku oraz w wielu regionalnych programach rozwoju ekonomii społecznej proponowane są działania służące upowszechnianiu klauzul społecznych,
- ▣ zainteresowanie klauzulami ze strony **Urzędu Zamówień Publicznych**, który m.in. w planach działań na najbliższe lata przewidział szkolenia dla zamawiających w zakresie stosowania klauzul społecznych,
- ▣ działania na rzecz upowszechniania klauzul społecznych podejmowane przez **środowiska związane z ekonomią społeczną** oraz przez samorządy terytorialne zainteresowane wykorzystaniem klauzul jako instrumentu prozatrudnieniowego i wspierającego rozwój PES.

Użyteczne strony internetowe:

- ▣ Strona internetowa Urzędu Zamówień Publicznych: www.uzp.gov.pl
- ▣ Portal ekonomii społecznej, na którym znajdują się informacje o stosowaniu klauzul społecznych: www.ekonomiaspoleczna.pl

Tomasz Schimanek

Polityk społeczny, działacz i ekspert organizacji pozarządowych, od ponad sześciu lat zaangażowany w rozwój ekonomii społecznej w Polsce, ekspert Instytutu Spraw Publicznych w projekcie systemowym „Zintegrowany System Wsparcia Ekonomii Społecznej”, zajmujący się m.in. popularyzowaniem klauzul społecznych.