

Klauzule społeczne, zamówienia na usługi społeczne i aspekty społeczne w nowym Pzp

Nowa ustawa Prawo Zamówień Publicznych z 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 i poz. 2020) weszła w życie 1 stycznia 2021 r. W niniejszym dokumencie zostaną omówione najważniejsze zmiany z zakresu klauzul społecznych oraz aspektów społecznych między nowym a obowiązującym do 31.12.2020 Prawem Zamówień Publicznych.

Klauzula zastrzeżona (art. 94 ust. 1, wcześniej art. 22 ust. 2/2a)

W nowym Pzp do jednostek, które mogą ubiegać się o zamówienie zastrzeżone, **dodano spółdzielnie socjalne**. Wskazanie w nowej ustawie wprost spółdzielni socjalnych jako podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienie zastrzeżone, wynika z uregulowania ich statusu w ustawie z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1205). Zgodnie z przepisami tej ustawy (art. 2) celem działalności spółdzielni socjalnej jest integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych.

Przeformułowano także warunek dotyczący prowadzenia działalności, obejmującej społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, przez wykonawców ubiegających się o zamówienie zastrzeżone. Przepisy nowej ustawy Pzp wymagają od wykonawców, aby **głównym celem ich działalności** była społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych. Oznacza to, że działalność wykonawcy polegać ma **nie tylko na samym zatrudnieniu osób z grup marginalizowanych, ale również na ich społeczno-zawodowej integracji**. Wykonawca powinien zatem móc wykazać prowadzenie takiej działalności zamawiającemu, co w praktyce oznacza zawarcie takiego celu w dokumencie założycielskim np. statucie czy innym akcie wewnętrznym określającym cel działalności takiego podmiotu.

Do grup społecznie marginalizowanych dodano:

- **osoby poszukujące pracy**, niepozostające w zatrudnieniu lub niewykonujące innej pracy zarobkowej, w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2020 poz. 1409 i poz. 2023),
- **osoby usamodzielniane**, o których mowa w art. 140 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz. U. z 2020 poz. 821).

Pełne brzmienie art. 94 ust. 1 nowej Pzp to:

„Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że 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 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),
 - 2) bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2019 r. poz. 1482, 1622 i 1818),
 - 3) osób poszukujących pracy, niepozostających w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. 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 (Dz.U. z 2019 r. poz. 1111, 924 i 1818),
 - 5) osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. z 2019 r. poz. 676, 679 i 1694), mających trudności w integracji ze środowiskiem,
 - 6) osób z zaburzeniami psychicznymi w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1878 oraz z 2019 r. poz. 730 i 1690),
 - 7) osób bezdomnych w rozumieniu ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1507, 1622, 1690 i 1818),
 - 8) osób, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1666),
 - 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 w rozumieniu ustawy z dnia 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz. U. z 2017 r. poz. 823)
- - 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.”

W przypadku grupy osób defaworyzowanych, określonej w art. 94 ust. 1 pkt 4 będą to osoby opuszczające, po osiągnięciu pełnoletności, rodzinę zastępczą, rodzinny dom dziecka, placówkę opiekuńczo-wychowawczą lub regionalną placówkę opiekuńczo-terapeutyczną oraz osoby, których pobyt w rodzinnej pieczy zastępczej ustał na skutek śmierci osób tworzących rodzinę zastępczą lub osoby prowadzącej rodzinny dom dziecka, w okresie 6 miesięcy przed osiągnięciem przez osobę usamodzielnianą pełnoletności.

Mimo uzupełnienia katalogu osób społecznie marginalizowanych o powyższe grupy, nadal ma on charakter otwarty, na co wskazuje zwrot „w szczególności”. Zatem przepisy nowego Pzp, podobnie jak regulacje obowiązujące do 31 grudnia 2020 r., umożliwiają zamawiającemu wskazanie innej społecznie marginalizowanej grupy, która nie została wymieniona wprost w treści art. 94 ust. 1, a którą zamawiający chciałby wspierać w ramach udzielania zamówienia zastrzeżonego.

Art. 94 ust. 2 nowej Pzp informuje o tym, jakich dokumentów może żądać zamawiający od wykonawcy:

„W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający może żądać:

- 1) **dokumentów potwierdzających status wykonawcy jako zakładu pracy chronionej** lub 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) **dokumentów potwierdzających procentowy wskaźnik zatrudnienia** osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w ust. 1, zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej lub wykonawcę lub jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie.

Klauzula pracownicza (art. 95 ust. 1, wcześniej art. 29 ust. 3a)

Nowa ustawa Pzp nie wprowadza znaczących zmian w zakresie przepisu dotyczącego wymogu zatrudnienia na umowę o pracę. Zgodnie z nowymi regulacjami zamawiający ma możliwość określenia wymogów zatrudnienia na umowę o pracę w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia np. specyfikacji warunków zamówienia.

Do treści przepisu został wprowadzony obowiązek określenia przez zamawiającego sposobu weryfikacji oraz instrumentów kontroli spełnienia przez wykonawcę warunku zatrudnienia na umowę o pracę pracowników wykonujących czynności wskazane przez zamawiającego.

Art. 95 ust. 1 brzmi:

„Zamawiający określa w **ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia** na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie **stosunku pracy** osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495).

Art. 95 ust. 2 informuje, jakie wymagania powinny być określone w dokumentach zamówienia:

„W przypadku gdy zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w ust. 1, określa w dokumentach zamówienia w szczególności:

1. **rodzaj czynności** niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia;
2. **sposób weryfikacji** zatrudnienia tych osób;

3. **uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli** spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań.”

Klauzula zatrudnieniowa (art. 96 ust. 1, wcześniej art. 29 ust. 4)

Artykuł 96 ust. 1 brzmi podobnie do dawnego art. 29 ust. 4:

„Zamawiający może określić w **ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia** inne niż określone w art. 95 ust. 1 wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, **społeczne**, związane z innowacyjnością, **zatrudnieniem** lub zachowaniem poufnej charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku realizacji zamówienia.

Do grup społecznie marginalizowanych dodano, analogicznie do klauzuli zastrzeżonej, 2 grupy:

- **osób poszukujących pracy**, niepozostających w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
- **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

Pełna treść art. 96 ust. 2 to:

„Wymagania, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zastosowania określonych środków zarządzania środowiskowego;
- 2) zatrudnienia:
 - a. bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
 - b. osób poszukujących pracy, niepozostających w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
 - c. 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,
 - d. młodocianych, o których mowa w przepisach prawa pracy, w celu przygotowania zawodowego,
 - e. osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych,
 - f. innych osób niż określone w lit. a–e, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 217, 730 i 1818) lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.”

W przypadku definiowania wymagań związanych z zatrudnieniem osób defaworyzowanych bez zmian pozostają obowiązki zamawiającego w zakresie wskazania na liczbę, okres zatrudnienia osób, uprawnienia kontrolne oraz sankcje. Nowe regulacje doprecyzowują jednocześnie, iż w ramach opisu sposobu weryfikacji przez zamawiającego wymogu zatrudnienia, ma on obowiązek określić również sposób dokumentowania zatrudnienia przez wykonawcę.

Nowa ustawa Pzp bezpośrednio w art. 96 wskazuje na ww. obowiązki zamawiającego oraz odsyła do treści tego artykułu w przepisach dotyczących zawartości specyfikacji warunków zamówienia dla poszczególnych trybów udzielania zamówienia.

Art. 96 ust. 3: „W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 2, zamawiający określa w dokumentach zamówienia **liczbę i okres wymaganego zatrudnienia osób**, których dotyczy ten wymóg.”

Art. 96 ust. 4: „W przypadku gdy zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w ust. 1, w dokumentach zamówienia określa w **szczególności sposób dokumentowania spełniania przez wykonawcę tych wymagań, uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli** spełniania przez wykonawcę tych wymagań oraz **sankcje** z tytułu ich niespełnienia.”

Zamówienia na usługi społeczne (art. 361)

Nowa ustawa Pzp nie wprowadza istotnych zmian w treści artykułu dotyczącego zamówień zastrzeżonych na wybrane usługi społeczne, zdrowotne i kulturalne.

Zmiana w tym zakresie jest **konsekwencją modyfikacji przepisów dotyczących zamówień zastrzeżonych** (art. 94 ust. 1 nowego Pzp), do których odwołuje się **art. 361 ust. 1 pkt 1** nowego Pzp. **Jednym z warunków** ubiegania się o zamówienie zastrzeżone na usługi społeczne, zdrowotne i kulturalne jest prowadzenie przez podmiot działalności polegającej na **realizacji zadań w zakresie użyteczności publicznej** związanej ze świadczeniem tych usług oraz **społeczna i zawodowa integracja osób z grup społecznie marginalizowanych wymienionych w art. 94 ust. 1 nowego Pzp**, w tym również grup dodanych nową ustawą - osób poszukujących pracy, niepozostających w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz 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 (Dz. U. z 2019 r. poz. 1111 i 924).

Brzmienie artykułu 361 to:

1. „W przypadku zamówień, o których mowa w art. 359 pkt 1 i 2, zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu lub we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, 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 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,
 - 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 przez tego samego zamawiającego.
2. W przypadkach, o których mowa w ust. 1, umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może zostać zawarta na okres dłuższy niż 3 lata.

Cztery warunki z art. 361 ust. 1 muszą być **spełnione łącznie**, aby podmiot mógł ubiegać się o zamówienia zastrzeżone na wybrane usługi społeczne, zdrowotne i kulturalne.

Aspekty społeczne w pozacenowych kryteriach ofert

Nowa ustawa Pzp, tak jak i poprzednia, wprowadza możliwość uwzględniania aspektów społecznych w pozacenowych kryteriach ofert.

Zgodnie z **art. 242 ust. 1** zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu albo ceny lub kosztu. **Kryteria jakościowe mogą odnosić się do aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1.**

Przepisy art. 242 ust. 2 - analogicznie jak w ustawie obowiązującej do 31.12.2020 - wskazują na szeroki katalog kwestii społecznych, jakie mogą być uwzględniane w kryteriach oceny ofert, a jako przykładowe kryterium wskazują na integrację społeczno-zawodową osób defaworyzowanych.

Nowa ustawa Pzp, która weszła w życie 1 stycznia 2021 r., wprowadza nie tylko zmiany w zakresie istniejących instrumentów o charakterze społecznym, ale też całkiem nowe rozwiązania mające na celu **zwiększenie stopnia uwzględniania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych.**

Wśród nowych rozwiązań w Prawie zamówień publicznych, które – obok już istniejących w tym zakresie regulacji – mają na celu wsparcie realizacji celów polityki społecznej w ramach zamówień publicznych można wymienić m.in.:

- dodanie do katalogu zasad udzielania zamówień publicznych **zasady efektywności ekonomicznej** (art. 17 ust. 1), co oznacza udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym **efektów społecznych**, środowiskowych i gospodarczych,
- obowiązek dokonania przed wszczęciem postępowania, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia, **analizy potrzeb i wymagań**. W ramach analizy, zgodnie z art. 83 nowego Pzp, zamawiający powinien również wskazać możliwość **uwzględnienia aspektów społecznych**, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia,
- wprowadzenie podstawy prawnej do stworzenia polityki zakupowej państwa, która będzie narzędziem do realizacji polityki gospodarczej państwa. Zgodnie z nowym Pzp (art. 21) polityka zakupowa państwa określa jego priorytetowe działania w obszarze zamówień publicznych, a także pożądany kierunek działań zamawiających w zakresie udzielanych zamówień, który obejmuje w szczególności zakup innowacyjnych lub zrównoważonych produktów oraz usług, z uwzględnieniem m.in. **społecznej odpowiedzialności przedsiębiorców oraz stosowania aspektów społecznych**.

Nowa ustawa Pzp nie wprowadza natomiast istotnych zmian w zakresie możliwości stosowania **etykiet społecznych** w zamówieniach publicznych. Ustawodawca w nowym art. 104 zdecydował się jedynie na doprecyzowanie ustępu pierwszego art. 30a ustawy obowiązującej do końca roku 2020 tak, aby podkreślić, że zamawiający może żądać określonej etykiety w celu potwierdzenia zgodności oferowanych przez wykonawców robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganymi przez zamawiającego **cechami społecznymi**, środowiskowymi lub innymi cechami zamówienia. Pozostałe regulacje dotyczące etykiet określone w art. 104 (warunki konieczne do ich zastosowania, zasady powoływania się na konkretną etykietę lub kryteria będą podstawą do jej przyznawania, zasady wymagania środków dowodowych) pozostają takie jak w obecnie obowiązującej ustawie.