

## **Aspekty społeczne w dyrektywie unijnej ws. zamówień publicznych**

Ustawodawstwo UE w dziedzinie zamówień publicznych odwołuje się do aspektów społecznych i potrzeby ich uwzględniania w postępowaniu przetargowym.

### **Dyrektywa 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych**

Nowa dyrektywa 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca z dniem 18 kwietnia 2016 roku dyrektywę 2004/18/WE, znacznie rozszerzyła możliwości zastosowania dotychczas istniejących rozwiązań dotyczących aspektów społecznych oraz wprowadziła nowe instrumenty pozwalające promować poprzez zamówienia publiczne włączenie społeczne.

#### **Zamówienia zastrzeżone**

W motywie 36 preambuły dyrektywa 2014/24/UE potwierdza wskazane poprzednio w dyrektywie 2004/18/WE powody, dla których istotnym działaniem jest umożliwienie państwom członkowskim wspierania w ramach zamówień publicznych podmiotów prowadzących integrację osób zagrożonych wykluczeniem społecznym poprzez aktywny udział tych osób w rynku pracy. Zgodnie z brzmieniem tego motywu „Zatrudnienie i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szanse i przyczyniające się do integracji społeczeństwa. W związku z tym zakłady pracy chronionej mogą odgrywać istotną rolę. To samo dotyczy innych form społecznej działalności gospodarczej mających głównie na celu wspieranie społecznej i zawodowej integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych i znajdujących się w niekorzystnej sytuacji, takich jak bezrobotni, członkowie znajdujących się w niekorzystnej sytuacji mniejszości lub grup w inny sposób społecznie marginalizowanych. Takie zakłady lub podmioty gospodarcze mogą nie być jednak w stanie uzyskać zamówień w zwykłych warunkach konkurencji. W związku z tym właściwe jest, by państwa członkowskie mogły zastrzegać, że prawo do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych lub pewnych ich częściach mają jedynie takie zakłady lub podmioty gospodarcze, bądź też zastrzegać realizację zamówień dla programów zatrudnienia chronionego.” W nowej dyrektywie 2014/24/UE wprost stwierdza się, że zastrzeżenie zamówienia może dotyczyć jednej lub kilku części w przypadku, gdy przedmiot zamówienia daje się podzielić na części.

Idea wyrażona w motywie 36 preambuły dyrektywy 2014/24/UE znajduje normatywne odzwierciedlenie w brzmieniu artykułu 20 wskazanej dyrektywy, zgodnie z którym „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.”

W zakresie zastrzeżenia możliwości ubiegania się o zamówienia tylko dla określonej grupy podmiotów nowa dyrektywa klasyczna oprócz instrumentu tzw. zamówień zastrzeżonych znanego już na gruncie dyrektywy 2014/18/WE, przewiduje również nowy instrument w postaci tzw. reżimu zamówień zastrzeżonych na usługi społeczne, zdrowotne i kulturalne

Zgodnie z motywem 118 preambuły „Aby zapewnić ciągłość usług publicznych, niniejsza dyrektywa powinna dopuszczać możliwość rezerwowania udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia na określone usługi w dziedzinie usług zdrowotnych, społecznych i kulturalnych dla organizacji opartych na własności pracowniczej lub aktywnym udziale pracowników w zarządzaniu nimi lub dla istniejących organizacji takich jak spółdzielnie, na udział w świadczeniu tych usług na rzecz użytkowników końcowych. Zakres niniejszego przepisu ogranicza się wyłącznie do określonych usług zdrowotnych i społecznych oraz usług powiązanych, określonych usług edukacyjnych i szkoleniowych, usług związanych z bibliotekami, archiwami, muzeami i innych usług kulturalnych, usług sportowych oraz usług na rzecz prywatnych gospodarstw domowych; przepis ten nie ma również obejmować żadnych wyłączeń przewidzianych ponadto w niniejszej dyrektywie. Takie usługi powinny podlegać jedynie łagodniejszemu reżimowi.”

Nowy reżim zamówień zastrzeżonych na określone usługi reguluje artykuł 77 dyrektywy w świetle którego „Państwa członkowskie mogą postanowić, że instytucje zamawiające mogą zastrzec dla organizacji prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie w odniesieniu do tych usług zdrowotnych, społecznych i kulturalnych, o których mowa w art. 74, objętych 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.

Organizacja, o której powyżej musi spełniać wszystkie następujące warunki:

- jej celem jest realizacja misji w zakresie służby publicznej związanej ze świadczeniem usług, o których mowa w ust. 1;
- zyski są ponownie inwestowane z myślą o osiągnięciu celu organizacji. W przypadku, gdy zyski podlegają dystrybucji lub redystrybucji, podstawą takich działań powinny być udziały;
- struktura zarządzająca lub struktura własnościowa organizacji realizującej zamówienie opiera się na akcjonariacie pracowniczym lub zasadach partycypacji, bądź też struktury te wymagają aktywnej partycypacji pracowników, użytkowników lub akcjonariuszy; oraz
- dana instytucja zamawiająca nie udzieliła danej organizacji zamówienia na odnośne usługi na mocy niniejszego artykułu w ciągu trzech poprzednich lat.

Maksymalny czas trwania umowy w sprawie zamówienia nie przekracza trzech lat.”

### **Zapewnienie dostępności dla wszystkich użytkowników**

Zgodnie z brzmieniem motywu 3 preambuły dyrektywy 2014/24/UE „przy wdrażaniu niniejszej dyrektywy należy uwzględnić Konwencję Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych”. W motywie 76 preambuły znajdujemy, że „w przypadku wszelkich zamówień przeznaczonych do użytku osób, zarówno ogółu społeczeństwa, jak i personelu instytucji zamawiającej, niezbędne jest opracowanie przez instytucje zamawiające specyfikacji technicznych w sposób uwzględniający kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub opcji projektowania dla wszystkich, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków.” Tożsame zapisy znalazły się w artykule 42 ustęp 1 dyrektywy: W przypadku wszystkich zamówień, które przeznaczone są do użytku osób fizycznych – zarówno ogółu społeczeństwa, jak i pracowników instytucji zamawiającej – przedmiotowe specyfikacje techniczne sporządza się, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków, w taki sposób, aby uwzględnić kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub projektowanie z

przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników. W przypadku, gdy obowiązkowe wymogi w zakresie dostępności są przyjmowane w formie aktu prawnego Unii, specyfikacje techniczne określa się – jeżeli chodzi o kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub projektowanie z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników – przez odesłanie do tego aktu.”

### **Etykiety społeczne**

Nowym rozwiązaniem jest przewidzenie możliwości określania w specyfikacji technicznej, kryteriach udzielenia zamówienia oraz w warunkach realizacji zamówienia wymogu posiadania określonej etykiety społecznej jako przykładowego środka dowodowego na to, że roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagane przez zamawiającego cechy społeczne, o ile wymogi dotyczące danej etykiety są związane z przedmiotem zamówienia - na przykład z opisem produktu i jego prezentacją. Rozwiązanie to zostało wskazane w motywie 75 preambuły dyrektywy 2014/24/UE: „Instytucje zamawiające, które pragną dokonać zakupu robót budowlanych, dostaw lub usług o szczególnych cechach środowiskowych, społecznych lub innych, powinny mieć możliwość odwoływania się do określonych etykiet, takich jak europejskie oznakowanie ekologiczne, ekoetykiety krajowe lub międzynarodowe lub wszelkie inne etykiety, o ile wymogi dotyczące danej etykiety związane są z przedmiotem zamówienia, na przykład z opisem produktu i jego prezentacją, w tym z wymogami dotyczącymi opakowań.”

W zakresie normatywnym uszczegółowione w przepisie artykułu 43 dyrektywy. Zgodnie z powyższym wymóg posiadania określonej etykiety społecznej jako środka dowodowego na to, że roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagane cechy społeczne, może zostać wpisany przez instytucję zamawiającą do specyfikacji technicznej, kryteriów udzielenia zamówienia lub warunków realizacji zamówienia, pod warunkiem że etykieta ta spełnia łącznie wszystkie następujące warunki:

- ,wymogi dotyczące etykiety dotyczą wyłącznie kryteriów, które są związane z przedmiotem zamówienia, i są odpowiednie dla określenia cech robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia;
- wymogi dotyczące etykiety są oparte na kryteriach obiektywnie możliwych do sprawdzenia i niedyskryminacyjnych;

- etykiety są przyjmowane w drodze otwartej i przejrzystej procedury, w której mogą uczestniczyć wszystkie odpowiednie podmioty, w tym instytucje rządowe, konsumenci, partnerzy społeczni, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje pozarządowe;
- etykiety są dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron;
- wymogi dotyczące etykiety są określane przez podmiot trzeci, na który wykonawca ubiegający się o etykietę nie może wywierać decydującego wpływu.

### **Horyzontalna klauzula społeczna**

Nowością w stosunku do poprzednich uregulowań jest ustanowienie w ramach przepisu artykułu 18 ustęp 2 dyrektywy 2014/24/UE ogólnej zasady dotyczącej podjęcia przez państwa członkowskie odpowiednich środków służących zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków między innymi w dziedzinie prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy. Międzynarodowe prawo socjalne i międzynarodowe prawo pracy obejmuje konwencje Międzynarodowej Organizacji Pracy ratyfikowane przez wszystkie państwa członkowskie UE i wskazane w załączniku X do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych

Warunkiem zastosowania przy udzielaniu zamówień publicznych obowiązków wynikających z krajowych przepisów ustawodawczych i wykonawczych, dekretów oraz decyzji, obowiązujących układów zbiorowych, jak też przepisów prawa międzynarodowego, jest ich zgodność z prawem unijnym. Jak podaje motyw 37 preambuły dyrektywy 2014/24/UE obowiązki z zakresu prawa pracy i prawa socjalnego wynikające z przepisów wspomnianych powyżej aktów prawnych muszą być stosowane w sposób zgodny z zasadą równego traktowania, co oznacza brak jakiegokolwiek dyskryminacji pośredniej lub bezpośredniej w nakładaniu zobowiązań na wykonawców, w szczególności z innych państw członkowskich UE oraz EOG. W szczególności dyrektywa podkreśla, iż środki mające na celu zapewnienie przestrzegania obowiązków wynikających z prawa pracy i prawa socjalnego powinny być stosowane zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 96/71/WE

dotyczącą delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, która ma zastosowanie także do kwestii związanych z przestrzeganiem uprawnień pracowniczych podczas realizacji zamówień transgranicznych na usługi - gdy pracownicy jednego państwa członkowskiego świadczą usługi w innym państwie członkowskim w celu realizacji zamówienia.

Preambuła dyrektyw 2014/24/UE daje również wskazówki w zakresie transpozycji przepisu artykułu 18 ustęp 2 i stosowania go w ramach procedury udzielenia zamówienia publicznego. Zgodnie z motywem 39 zobowiązania dotyczące przestrzegania prawa pracy oraz prawa socjalnego powinny znaleźć się w zapisach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewywiązywanie się przez wykonawców z określonych w ten sposób zobowiązań umownych może być natomiast uznawane w przypadku danego wykonawcy za poważne naruszenie, mogące skutkować wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: „Stosowne zobowiązania mogłyby znaleźć odzwierciedlenie w klauzulach umownych. Powinna także istnieć możliwość wprowadzenia do umów w sprawie zamówień publicznych klauzul zapewniających przestrzeganie układów zbiorowych zgodnie z prawem unijnym. Nieprzestrzeganie stosownych zobowiązań można uważać za poważne naruszenie przez danego wykonawcę, mogące skutkować wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Wskazanie na aspekt związany z wpływem przepisu artykułu 18 ustęp 2 na dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wybór zwycięskiej oferty znajduje swoją kontynuację w motywie 40 preambuły, który już wprost mówi, że „monitorowanie przestrzegania tych przepisów prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy powinno się odbywać na odpowiednich etapach postępowania o udzielenie zamówienia przy stosowaniu zasad ogólnych regulujących wybór uczestników i udzielenie zamówienia, przy stosowaniu kryteriów wykluczenia i przy stosowaniu przepisów dotyczących rażąco tanich ofert. Niezbędna w tym celu weryfikacja powinna mieć miejsce zgodnie ze stosownymi przepisami niniejszej dyrektywy, w szczególności z przepisami regulującymi środki dowodowe i oświadczenia własne.”

### **Podstawy wykluczenia o charakterze społecznym**

Zgodnie z przepisem artykułu 57 dyrektywy „instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy

stwierdzą – po weryfikacji przeprowadzonej zgodnie z art. 59, 60 oraz 61 – lub gdy w inny sposób zdobyły informację, że w stosunku do tego wykonawcy wydany został prawomocny wyrok z powodu dopuszczenia się m. in : pracy dzieci i innych form handlu ludźmi, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE.

Z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyklucza się też wykonawcę, jeżeli instytucja zamawiająca wie, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne, i jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej, zgodnie z przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ten ma siedzibę, lub zgodnie z przepisami prawa państwa członkowskiego instytucji zamawiającej.

Ponadto, instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca może za pomocą dowolnych stosownych środków wykazać, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne. Ustęp ten przestaje mieć zastosowanie, jeżeli wykonawca spełnił swoje obowiązki, dokonując płatności należnych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, lub też zawierając wiążące porozumienia w celu spłaty tych należności, obejmujące w stosownych przypadkach narosłe odsetki lub grzywny.

Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy:

(...) gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2.”

### **Rażąco niskie oferty**

Zgodnie z przepisem artykułu 69 dyrektywy „wyjaśnienia dotyczące ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług, mogą w szczególności dotyczyć (...) zgodności z obowiązkami, o których mowa w art. 18 ust. 2”

„Instytucje zamawiające są zobowiązane odrzucić ofertę, jeżeli stwierdzą, że jest

ona rażąco niska, ponieważ jest niezgodna z mającymi zastosowanie obowiązkami, o których mowa w art. 18 ust. 2.”

### **Społeczne warunki realizacji zamówienia oraz kryteria oceny ofert**

Przepis artykułu 70 dyrektywy 2014/24/UE mówi, że instytucje zamawiające mogą określić szczególne warunki związane z realizacją zamówienia dotyczące aspektów społecznych lub związanych z zatrudnieniem, pod warunkiem że są one powiązane z przedmiotem zamówienia w rozumieniu art. 67 ust. 3. Na przykładowe warunki o charakterze społecznym wskazują motywy 97 – 99 preambuły dyrektywy.

Natomiast w przypadku kryteriów udzielenia zamówienia przepis artykułu 67 dyrektywy 2014/24/UE wprost stwierdza, że kryteria brane pod uwagę w przypadku zastosowania kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, obejmującej najlepszą relację jakości do ceny, mogą dotyczyć aspektów społecznych związanych z przedmiotem danego zamówienia publicznego takich jak dostępność, projektowanie dla wszystkich użytkowników oraz cechy społeczne. Bardziej szczegółowe wskazówki w zakresie tego, co można rozumieć pod hasłem „cechy społeczne” dają motywy 97 oraz 99 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

Motyw 97 wskazuje, iż „by lepiej uwzględnić kwestie społeczne w postępowaniach o udzielanie zamówień, instytucje zamawiające powinny mieć możliwość stosowania kryteriów udzielenia zamówienia lub warunków realizacji zamówienia w odniesieniu do robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane na podstawie zamówienia publicznego, we wszystkich aspektach i na każdym etapie cyklu życia tych robót, dostaw lub usług, począwszy od wydobycia surowców przeznaczonych dla danego produktu aż po etap jego utylizacji, łącznie z czynnikami związanymi z konkretnym procesem produkcyjnym, dostarczeniem lub obrotem i jego warunkami w odniesieniu do tych robót budowlanych, dostaw lub usług, bądź też z konkretnym procesem na późniejszym etapie ich cyklu życia, nawet jeśli te czynniki nie są ich istotnym elementem. (...) Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej obejmuje to także kryteria udzielenia zamówienia lub warunki realizacji zamówienia związane z dostarczaniem lub wykorzystywaniem produktów sprawiedliwego handlu w trakcie wykonywania zamówienia, które ma zostać udzielone. Kryteria i warunki dotyczące obrotu i jego warunków mogą np. odnosić się do faktu, że dany produkt pochodzi ze sprawiedliwego handlu, łącznie z wymogiem zapłacenia producentom ceny minimalnej i premii. Warunek związku z przedmiotem



zamówienia wyklucza jednak kryteria i warunki dotyczące ogólnej polityki firmy, których nie można uznać za czynnik charakteryzujący konkretny proces produkcji lub dostarczania zakupionych robót budowlanych, dostaw lub usług. Instytucje zamawiające nie powinny mieć zatem możliwości wymagania od oferentów, by prowadzili określoną politykę społecznej lub środowiskowej odpowiedzialności przedsiębiorstw.”

Z kolei w motywie 98 znaleźć można że „niezbędne jest, by kryteria udzielenia zamówienia lub warunki realizacji zamówienia dotyczące społecznych aspektów procesu produkcji miały związek z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami, które mają być zrealizowane na podstawie zamówienia. Oprócz tego, powinny one być stosowane zgodnie z dyrektywą 96/71/WE, zgodnie z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, i nie powinny być dobierane ani stosowane w sposób pośrednio lub bezpośrednio dyskryminujący wykonawców z innych państw członkowskich lub z państw trzecich będących stronami Porozumienia GPA lub umów o wolnym handlu, których stroną jest Unia. Zatem wymogi dotyczące podstawowych warunków pracy regulowanych dyrektywą 96/71/WE, takich jak minimalna stawka wynagrodzenia, powinny pozostać na poziomie ustalonym na mocy przepisów krajowych lub układów zbiorowych stosowanych zgodnie z prawem unijnym w kontekście tej dyrektywy. Warunki realizacji zamówienia mogą także mieć na celu sprzyjanie wdrożeniu środków służących promowaniu równouprawnienia płci w pracy, większemu uczestnictwu kobiet w rynku pracy oraz godzeniu życia zawodowego i prywatnego, a także ochronie środowiska lub dobrostanowi zwierząt, przestrzeganie co do istoty podstawowych konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy i zatrudnianie większej liczby osób defaworyzowanych niż przewidują to przepisy krajowe.”

Wreszcie motyw 99 preambuły dyrektywy wskazuje, że w ramach warunków realizacji zamówienia mogą być uwzględniane „Środki, które mają na celu ochronę zdrowia personelu biorącego udział w procesie produkcji, wspieranie integracji społecznej osób defaworyzowanych lub członków słabszych grup społecznych wśród osób wyznaczonych do wykonania zamówienia lub przeprowadzenia szkoleń z umiejętności potrzebnych przy danym zamówieniu, także mogą stanowić przedmiot kryteriów udzielenia zamówienia lub warunków realizacji zamówienia, o ile dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają zostać zrealizowane na podstawie

danego zamówienia. Na przykład takie kryteria lub warunki mogą odnosić się m.in. do zatrudniania osób długo poszukujących pracy, czy wdrożenia działań szkoleniowych dla bezrobotnych lub ludzi młodych w trakcie wykonania zamówienia, które ma zostać udzielone. W specyfikacjach technicznych instytucje zamawiające mogą umieścić takie wymogi społeczne, które bezpośrednio charakteryzują dany produkt lub daną usługę – są to np. dostępność dla osób niepełnosprawnych lub projektowanie dla wszystkich użytkowników”.