Warszawa, 20 października 2009 r.

Zalecenia
Ministra Rozwoju Regionalnego
oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
dotyczące stosowania „klauzul społecznych" w zamówieniach publicznych

16 lipca 2009 r. weszły w życie, zmiany w ustawie z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wprowadzone z dnia 7 maja 2009 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach socjalnych oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Zmiany te wprowadziły do polskiego porządku prawnego, możliwość stosowania „klauzul społecznych przewidzianych prawem wspólnotowym.

Zgodnie z art. 26 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 usługi, określono, że *„instytucje zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem, że są one zgodne z przepisami prawnymi Wspólnoty oraz zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach. Warunki rządzące realizacją zamówienia mogą, w szczególności, dotyczyć względów społecznych i środowiskowych". Co więcej sprecyzowano ten zapis w punkcie 33 preambuły dyrektywy określając iż: „Warunki realizacji zamówienia zgodne są z niniejszą dyrektywą, pod warunkiem że nie są one, bezpośrednio lub pośrednio, dyskryminujące oraz są przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentacji zamówienia. Mogą one, w szczególności, zachęcać do organizacji wewnętrznych szkoleń zawodowych, zatrudniania osób mających szczególnych trudności z integracją, a także zwalczania bezrobocia lub ochrony środowiska. Można na przykład ustanowić wymóg – odnoszący się do realizacji zamówienia – co do zatrudnienia osób długotrwale poszukujących pracy, co do przeprowadzenia szkoleń dla bezrobotnych lub młodocianych, co do przestrzegania postanowień Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy (MOP), o ile przepisy te nie zostały wdrożone do prawa krajowego, oraz co do zatrudnienia większej liczby osób niepełnosprawnych, niż przewiduje to ustawodawstwo krajowe".*

Zgodnie z nowym art. 29 ust. 4, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych **Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia,** dotyczące:

- zatrudnienia osób:
  - ✓ bezrobotnych lub młodocianych w celu przygotowania zawodowego, o których mowa w przepisach o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
  - ✓ niepełnosprawnych, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych,

- ✓ innych niż określone w lit. a lub b, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym

- lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego;

- utworzenia 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;
- zwiększenia wpłat pracodawców na rzecz funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, do wysokości, co najmniej czterokrotności najniższej wpłaty określonej w tych przepisach;

I. Zakres wymagań w klauzulach społecznych

Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych, wymagania mogą dotyczyć trzech kwestii.

I.1. Wymagania w zakresie zatrudnienia.

Wymagania zawiązane z realizacją zamówienia, mogą odnosić się do zatrudnienia przez wykonawcę następujących grup:

- **osób bezrobotnych** - co oznacza osoby spełniające przesłanki art. 2 ust. 1 pkt. 2 ustawy 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.). Najistotniejszym elementem potwierdzającym fakt spełnienia wszystkich przesłanek jest zarejestrowanie we właściwym powiatowym urzędzie pracy.
- **młodocianych w celu przygotowania zawodowego** - co oznacza zgodnie z działem IX Kodeksu pracy - pracowników, którzy ukończyli 16 lat, a nie przekroczyli 18 lat i nie posiadają kwalifikacji zawodowych. Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie przygotowania zawodowego młodocianych i ich wynagradzania (Dz. U. z 1996 r. Nr 60, poz. 278) oraz rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 5 grudnia 2002 r. w sprawie przypadków, w których wyjątkowo jest dopuszczalne zatrudnianie młodocianych, którzy nie ukończyli gimnazjum, osób niemających 16 lat, które ukończyły gimnazjum, oraz osób niemających 16 lat, które nie ukończyły gimnazjum (Dz. U. z 2002 r. Nr 14, poz. 1808) zatrudnienie młodocianego w celu przygotowania zawodowego odbywa się na podstawie umowy o pracę w celu przygotowania zawodowego.
- **osób niepełnosprawnych,** - co oznacza osoby spełniające przesłanki statusu niepełnosprawności określone ustawą z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z Dz. U. z 2008 r. Nr 14 poz. 92 j.t. z poźn zm.); Status niepełnosprawnego, określony jest posiadanym orzeczeniem o niepełnosprawności orzeczonym przez zespół do spraw orzekania o niepełnosprawności, lub orzeczeniem o całkowitej lub częściowej niezdolności do pracy przez lekarza orzecznika Zakładu Ubezpieczeń społecznych.

- **osób, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym** - co oznacza osoby nie będące bezrobotnymi lub niepełnosprawnymi a zostały wymienione w art. 1 ust 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. **o zatrudnieniu socjalnym (Dz. U. z Dz. U. z 2003 r. Nr 122, poz. 1143)**. Są to:
  - ✓ bezdomni realizujący indywidualny program wychodzenia z bezdomności, w rozumieniu przepisów o pomocy społecznej,
  - ✓ uzależnieni od alkoholu, po zakończeniu programu psychoterapii w zakładzie lecznictwa odwykowego;
  - ✓ uzależnieni od narkotyków lub innych środków odurzających, po zakończeniu programu terapeutycznego w zakładzie opieki zdrowotnej;
  - ✓ chorzy psychicznie, w rozumieniu przepisów o ochronie zdrowia psychicznego;
  - ✓ zwalniani z zakładów karnych, mających trudności w integracji ze środowiskiem, w rozumieniu przepisów o pomocy społecznej;
  - ✓ uchodźcy realizujący indywidualny program integracji, w rozumieniu przepisów o pomocy społecznej.

  W tym przypadku, nie jest wymagane jest posiadanie statusu bezrobotnego ani tez orzeczenia o niepełnosprawności, zaś sytuacja danej osoby powinna wynikać z zaświadczenia wystawionego przez właściwy ośrodek pomocy społecznej, lub instytucję opieki zdrowotnej.

Warto pamiętać, że wymagania w zakresie zatrudnienia, nie dotyczą faktu zatrudnienia określonych grup pracowników w ogóle, ale zatrudnienia ich do realizacji zamówienia. Chodzi bowiem, o to, aby powiązać kwestię zatrudnienia np. bezrobotnych z realizacją zamówienia. Nie może stanowić spełnienia warunku określonego w „klauzuli społecznej" samo tylko zatrudnienie bezrobotnych, którzy następnie nie będą uczestniczyli w wykonywaniu zamówienia.

Przykład:

W zależności od specyfiki zamówienia publicznego, wymaganiem związanym z realizacją zamówienia, może być wymóg zatrudniania przez wykonawcę przy jego realizacji np. co najmniej 50% pracowników, którzy zostali zatrudnieni spośród osób o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym lub analogicznych przepisach państwa członkowskiego UE, w którym wykonawca ma miejsce zamieszkania albo siedzibę;

I.2. Wymagania w zakresie szkoleniowym

Wymagania związane z realizacją zamówienia, mogą odnosić się do utworzenia lub zwiększenia wpłat na Fundusz Szkoleniowy przez wykonawcę. Zgodnie z art. 67 ustawy 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.) zakładowy fundusz szkoleniowy tworzą pracodawcy w ramach posiadanych środków. Fundusz ten, jest przeznaczony na finansowanie lub współfinansowanie kosztów kształcenia ustawicznego pracowników i pracodawców.

Zgodnie z art. 68, ust. 1 pkt. 1, ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy pracodawca decydując się na utworzenie funduszu szkoleniowego powinien zadeklarować wpłaty na ten fundusz w wysokości nie niższej niż 0,25% funduszu płac.

Warunek określony w art. 29 ust. 4 pkt. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, mówiący o wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, wskazuje na utworzenie lub zwiększenie wpłat na fundusz szkoleniowy w wysokości czterokrotnie przekraczającej najniższą wpłatę. Oznacza to, że wymóg dotyczy sytuacji, w której pracodawca utworzy fundusz lub zwiększy wpłaty na istniejący fundusz do wysokości, co najmniej 1% funduszu płac w przedsiębiorstwie. Wysokość wpłat dokumentuje układ zbiorowy pracy lub regulamin funduszu szkoleniowego przyjęty przez pracodawcę.

Należy jednak pamiętać, że warunek określony w art. 29 ust. 4 pkt 2 i 3 musi zostać zapisany przez zamawiającego w sposób umożliwiający jego spełnienie również przez wykonawców zagranicznych, mających siedzibę albo miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Odmienne regulacje prawne kraju ich siedziby albo pochodzenia mogą bowiem nie przewidywać instytucji funduszu szkoleniowego.

Z tego względu zamawiający winien dopuścić sytuację polegającą na przeznaczeniu przez wykonawcę zagranicznego na szkolenia pracowników kwoty równej wysokości wpłat na fundusz szkoleniowy, jakie byłby obowiązany ponieść stosując przepisy polskie.

Zamawiający powinni nadto wskazać w specyfikacji wskazówki dla wykonawców zagranicznych, w jaki sposób powinni obliczyć wysokość tych wpłat (np. poprzez wskazanie tej kwoty procentowo w stosunku do kwot przeznaczonych na całość płac dla pracowników) aby wymóg ten nie utrudniał im udziału w postępowaniu oraz realizacji zamówienia. Należy przy tym pamiętać, aby w takich wyjaśnieniach unikać pojęć nieznanych porządkom prawnym innych państw, np. fundusz pracy, fundusz szkoleniowy itp.

I.3. Wymagania określone w porządku prawnym UE

Zamawiający jest obowiązany również odwołać się, do wymagań określonych we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego;

Oznacza to, że każdorazowo określenie przez zamawiającego warunków na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 1 powinno uwzględniać nie tylko polskie, ale i zagraniczne uwarunkowania prawne. W przypadku wymagań w zakresie polityki zatrudnieniowej proponujemy w przypadku bezrobotnych, niepełnosprawnych lub osób, o którym mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym, odwoływać się do pojęć *„pracownika znajdującego się w niekorzystnej sytuacji"* lub *„pracownika niepełnosprawnego"* w rozumieniu Rozporządzenia Komisji (WE) NR 800/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu (ogólne rozporządzenie w sprawie wyłączeń blokowych), Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 214 s. 3 z 9 sierpnia 2008 r.

II. Procedura określenia wymagań w klauzulach społecznych

Zgodnie z 36 ust. 2, pkt. 9 ustawy, z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zamawiający, w przypadku określenia wymagań związanych z realizacją zamówienia, o których mowa w art. 29 powinien określić w szczególności, w fakultatywnych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku wymogu o charakterze zatrudnieniowym:

- **liczbę** osób bezrobotnych, niepełnosprawnych lub innych, o których mowa w ustawie o zatrudnieniu socjalnym, których zatrudnienie jest wymagane przez zamawiającego;
- **okres** wymaganego zatrudnienia osób bezrobotnych, niepełnosprawnych lub innych, o których mowa w ustawie o zatrudnieniu socjalnym, których zatrudnienie jest wymagane przez zamawiającego; Okres wymagany przez zamawiającego nie może być dłuższy niż okres realizacji zamówienia;
- **sposób** dokumentowania zatrudnienia osób bezrobotnych, niepełnosprawnych lub innych, o których mowa w ustawie o zatrudnieniu socjalnym, których zatrudnienie jest wymagane przez zamawiającego;
- **uprawnienia** zamawiającego w zakresie **kontroli** spełniania przez wykonawcę wymagań w zakresie zatrudnienia;
- **sankcje** z tytułu niespełnienia wymagań w zakresie zatrudnienia;

W przypadku wymogu o charakterze edukacyjnym w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powinny znaleźć się zapisy dotyczące:

- **sposobu** dokumentowania rzez wykonawcę utworzenia albo zwiększenia funduszu szkoleniowego;
- **uprawnienia** zamawiającego w zakresie **kontroli** spełniania przez wykonawcę wymagań w zakresie szkoleniowym;
- **sankcje** z tytułu niespełnienia wymagań w zakresie szkoleniowym.

Warto zwrócić uwagę, że katalog określony w 36 ust. 2, pkt. 9 ustawy, z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, wskazuje, że powyższe zapisy, w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie są katalogiem zamkniętym, albowiem przepis wskazuje, że zapisy te powinny znaleźć się „w szczególności". Tym samym, zamawiający może określić kwestie dodatkowe np. wymóg, aby zatrudnienie było realizowane na podstawie stosunku pracy, lub aby zatrudnienie dotyczyło osób skierowanych przez powiatowy urząd pracy, lub osób zwalnianych w ramach ustawy z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników, lub analogicznych przepisach państwa członkowskiego UE, w którym wykonawca ma miejsce zamieszkania albo siedzibę wydanych w związku z Dyrektywą Rady NR 98/59/WE z dnia 20 lipca 1998 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do zwolnień grupowych (Dz.U. L 225 z 12.8.1998, str. 16).

W celu zapewnienia przejrzystości wymagań zaleca się również, aby wymagania związane z realizacją zamówienia, o których mowa w art. 29 ust 4 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych były również **zamieszczane w ogłoszeniu o zamówieniu** lub, w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji. Właściwym miejscem do zamieszczenia tego rodzaju informacji będzie pozycja dot. informacji dodatkowych.

Wykonawca wraz z ofertą składa jedynie oświadczenie, że zamówienie zostanie wykonane zgodnie ze wskazanymi wymogami zamawiającego związanymi z realizacją przedmiotu zamówienia, natomiast dokumentację potwierdzającą spełnianie tych wymogów będzie obowiązany przedstawić dopiero na etapie realizacji zamówienia.

Przykład

Zamawiający, przygotowując postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wprowadza dodatkowy rozdział:

Dodatkowe wymagania związane z realizacja przedmiotu zamówienia

- realizacja zamówienia powinna przewidywać zatrudnienie przy wykonywaniu zamówienia, co najmniej 5 osób bezrobotnych na podstawie skierowania powiatowego urzędu pracy zgodnie z ustawą 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.) lub 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, w którym wykonawca ma miejsce zamieszkania albo siedzibę ;
- zatrudnienie przy realizacji zamówienia powinno trwać do końca upływu terminu realizacji zamówienia; w przypadku, rozwiązania stosunku pracy przez bezrobotnego lub przez pracodawcę przed zakończeniem tego okresu, wykonawca będzie obowiązany do zatrudnienia na to miejsce innego bezrobotnego
- wykonawca, na etapie wykonywania zamówienia, przedstawia zamawiającemu zgłoszenia ofert pracy przedstawione powiatowemu urzędowi pracy; odpis skierowania bezrobotnych przez powiatowy urząd pracy do pracodawcy oraz umowy o prace;
- jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w akapicie poprzedzającym, przedstawia: zgłoszenie ofert pracy przedstawione odpowiedniemu organowi zajmującemu się realizacją zadań z zakresu rynku pracy w kraju pochodzenia wykonawcy lub w kraju, w którym wykonawca ma swoją siedzibę; odpis wystawionego przez ten organ dokumentu kierującego bezrobotnych do pracodawcy oraz umowę o pracę (spółdzielczą umowę o pracę);
- zamawiający ma prawo w każdym okresie realizacji zamówienia zwrócić się do wykonawcy o przedstawienie dokumentacji zatrudnienia skierowanych bezrobotnych, zaś wykonawca ma obowiązek przedstawić ją niezwłocznie zamawiającemu;
- w przypadku niezatrudnienia przy realizacji zamówienia wymaganej przez zamawiającego liczby osób bezrobotnych, wykonawca będzie zobowiązany do zapłacenia kary umownej zamawiającemu, w wysokości iloczynu kwoty najniższego

wynagrodzenia wraz z należnymi składkami na ubezpieczenie społeczne oraz liczby miesięcy w okresie realizacji zamówienia – za każdego niezatrudnionego bezrobotnego poniżej liczby wymaganej przez zamawiającego, chyba że wykonawca wykaże, że przedstawił zgłoszenie ofert pracy powiatowemu urzędowi pracy albo odpowiedniemu organowi zajmującemu się realizacją zadań z zakresu rynku pracy w państwie, w którym ten wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a niezatrudnienie osób bezrobotnych nastąpiło z przyczyn nieleżących po jego stronie; za przyczynę nieleżącą po stronie wykonawcy będzie uznany w szczególności brak na obszarze, w którym jest realizowane zamówienie i w okresie jego realizacji, osób bezrobotnych zdolnych do wykonania zamówienia lub odmowa podjęcia pracy przez taką osobę bezrobotną.

Nie ulega wątpliwości, że wprowadzenie wymagań związanych z realizacją zamówienia, w zakresie polityki zatrudnienia, o których mowa w art. 29, ust. 4 powinny być związane w pewnym stopniu z przedmiotem zamówienia. Oznacza to, że wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie wymogu zatrudniania bezrobotnych, powinien być adekwatny do produktu wytwarzanego przed wykonawcę np. trudno wymagać, aby przy zamawianiu oprogramowania komputerowego, stawiać warunek zatrudniania jakichkolwiek osób bezrobotnych. Powinny być to osoby związane z profilem wykonawcy.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

PREZES
Urzędu Zamówień Publicznych
Jacek Sadowy

Minister Rozwoju Regionalnego

z up. MINISTER
Jarosław Pawłowski
PODSEKRETARZ STANU