

**Interpretacja pkt 4 podrozdziału 6.5 Wytucznych w zakresie kwalifikowalności wydatków
w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego,
Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020
dotycząca stosowania aspektów społecznych przy realizacji zamówień
w ramach projektów finansowanych ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego
(Wytuczne z 19 września 2016 r.)¹**

Celem promowania polityki zatrudnienia poprzez stosowanie społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych realizowanych w ramach projektów finansowanych ze środków Unii Europejskiej, w Wytucznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 (dalej: Wytuczne) zawarto zobowiązanie dla instytucji zaangażowanych we wdrażanie programów operacyjnych współfinansowanych ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego (EFS) do kształtowania uregulowań prawnych umożliwiających zamawiającemu uwzględnienie dodatkowych celów społecznych podczas realizacji zamówienia publicznego, tj. stosowania aspektów społecznych. Zgodnie z pkt 4 podrozdziału 6.5 Wytucznych – *Zamówienia udzielane w ramach projektów, „Instytucja Zarządzająca Programem Operacyjnym w wytucznych programowych, lub właściwa instytucja będąca stroną umowy o dofinansowanie może określić rodzaj zamówień realizowanych zgodnie z Pzp albo zasadą konkurencyjności, w ramach których zobowiązuje beneficjenta do uwzględnienia aspektów społecznych, np. stosowania kryteriów premiujących oferty podmiotów ekonomii społecznej oraz stosowania kryteriów dotyczących zatrudnienia osób z niepełnosprawnościami, bezrobotnych lub osób, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym. W przypadku projektów współfinansowanych z EFS określenie rodzaju zamówień, w ramach których zobowiązuje się beneficjenta do uwzględnienia aspektów społecznych jest obowiązkowe”*. W Umowie Partnerstwa na lata 2014-2020 wskazano bowiem, że w przedsięwzięciach realizowanych w jej ramach promowane będzie korzystanie z usług oferowanych przez podmioty ekonomii społecznej.

1. Aspekty społeczne

Aspekty społeczne określone w Wytucznych należy rozumieć szeroko, tj. jako społeczne warunki realizacji zamówienia publicznego. Uzasadnia to konieczność wspierania działań w obszarze polityki społecznej podczas wydatkowania środków EFS oraz uwzględniania potrzeb wszystkich grup społecznych będących odbiorcami i użytkownikami zamówień publicznych w projektach EFS.

2. Prawa i obowiązki beneficjenta oraz właściwej instytucji będącej stroną umowy o dofinansowanie projektu w zakresie stosowania aspektów społecznych

Z pkt 4 podrozdziału 6.5 Wytucznych wynika obowiązek dla zamawiającego zastosowania aspektów społecznych podczas realizacji zamówienia publicznego w zakresie, jaki określili Instytucja Zarządzająca programem współfinansowanym ze środków EFS w wytucznych programowych lub we wzorze umowy o dofinansowanie. Wytuczne zobowiązują Instytucje Zarządzające do wskazania w ww. dokumentach rodzajów zamówień publicznych, w ramach których stosowanie aspektów społecznych jest przez beneficjenta obligatoryjne. Obowiązek ten odnosi się zarówno do zamówień publicznych realizowanych zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2016 r., poz. 2164, z późn.zm.), dalej: pzp, jak i zamówień publicznych realizowanych zgodnie z zasadą konkurencyjności, o której mowa w sekcji 6.5.2 Wytucznych.

¹ Interpretacja pkt 7 sekcji 6.5.1 Wytucznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach EFRR, EFS i FS na lata 2014-2020 z dnia 10 kwietnia 2015 r. (poprzednik pkt 4 podrozdziału 6.5 Wytucznych z dnia 19 września 2016 r.) znajduje się na: <https://bazawiedzy.funduszeuropejskie.gov.pl>.



Ustawodawstwo UE w dziedzinie zamówień publicznych odwołuje się do aspektów społecznych i potrzeby ich uwzględniania w postępowaniu przetargowym. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/EC z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (zwane dyrektywami unijnymi dotyczącymi zamówień publicznych) stanowiące podstawę prawną zamówień publicznych w UE oferują możliwość uwzględniania kwestii społecznych, zwłaszcza gdy kwestie te są powiązane z przedmiotem zamówienia (lub alternatywnie z wykonaniem zamówienia, w przypadkach gdy kwestie społeczne są uwzględniane w klauzulach dotyczących wykonania zamówienia) i są we właściwej proporcji do wymagań zamówienia, a także o ile odnotowuje się przestrzeganie zasady zachowania właściwej relacji wartości do ceny oraz równego dostępu dla wszystkich dostawców z UE. Stwarzają one zamawiającym możliwość wykorzystania zamówień publicznych na rzecz wsparcia celów innych polityk, w tym również celów społecznych, a także w szerszym stopniu włączają do ubiegania się o zamówienie publiczne podmioty należące do tzw. przedsiębiorczości społecznej.

Aspekty społeczne w polskiej ustawie pzp oddają podejście Komisji Europejskiej i krajów członkowskich, w tym Polski, traktujących zamówienia publiczne (w przypadku projektów współfinansowanych ze środków UE są to zarówno zamówienia realizowane na podstawie ustawy pzp, jak i zamówienia realizowane zgodnie z procedurami zasady konkurencyjności) jako instrumentu mogącego realizować również cele polityki społecznej. W związku z faktem, iż polskie regulacje prawne właściwe dla zamówień publicznych, w szczególności przepisy ustawy pzp oraz przepisy rozporządzeń wykonawczych do tejże ustawy przewidują włączenie aspektów społecznych do procedur udzielania zamówień publicznych, których podstawą są możliwości, jakie przewidują w tym zakresie dyrektywy unijne dotyczące zamówień publicznych, rozwiązania te mogą zostać przeniesione również na grunt zamówień publicznych udzielanych zgodnie z zasadą konkurencyjności. Jednocześnie, na podstawie pkt 4 podrozdziału 6.5 *Wytucznych*, zamawiający w ramach projektu EFS zobowiązany jest do zastosowania aspektów społecznych, np. do stosowania kryteriów premiujących oferty podmiotów ekonomii społecznej oraz stosowania kryteriów dotyczących zatrudnienia osób z niepełnosprawnościami, bezrobotnych lub osób, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym. A zatem, podmioty zobowiązane do stosowania ustawy pzp podczas realizacji zamówień poniżej progu, od którego wymagane jest stosowanie ustawy pzp, a powyżej kwoty określonej zasadą konkurencyjności, tj. 50 tys. PLN netto, mogą stosować rozwiązania przyjęte ustawą pzp, jak i *Wytucznymi*. To samo dotyczy podmiotów niezobowiązanych do stosowania ustawy pzp podczas realizacji zamówień publicznych na podstawie procedur zasady konkurencyjności.

Od 28 lipca 2016 r. ustawa pzp nakazuje uwzględniać aspekty społeczne poprzez:

1. określenie w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane obowiązkowej klauzuli społecznej, o której mowa w art. 29 ust. 3a (**wymaganie zatrudnienia** przez wykonawcę lub podwykonawcę **na podstawie umowy o pracę** 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 – *Kodeks pracy*);
2. sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia przeznaczonego do użytku osób fizycznych, w tym pracowników zamawiającego z uwzględnieniem **wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych** lub projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników – art. 29 ust. 5² oraz art. 30 ust. 8-9³;
3. obowiązkowe i fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – art. 24;
4. jeden z elementów wykorzystywanych do badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny – art. 90 ust. 1 pkt 3.

² W przypadku, gdy wymagania, o których mowa w art. 29 ust. 5 wynikają z aktów prawa Unii Europejskiej, przedmiot zamówienia, w zakresie projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, opisuje się przez odesłanie do tego aktu (art. 29 ust. 6).

³ W tym zakresie pomocne mogą być: 1) *Wytuczne w zakresie realizacji zasady równości szans i niedyskryminacji, w tym dostępności dla osób z niepełnosprawnościami oraz zasady równości szans kobiet i mężczyzn w ramach funduszy unijnych na lata 2014-2020* oraz 2) *Realizacja zasady równości szans i niedyskryminacji, w tym dostępności dla osób z niepełnosprawnościami. Poradnik dla realizatorów projektów i instytucji systemu wdrażania funduszy europejskich na lata 2014-2020*, dostępne na: www.power.gov.pl/dostepnosc.

Ponadto, ustawa Pzp pozwala uwzględniać aspekty społeczne poprzez:

5. możliwość określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty społeczne, w szczególności dotyczące zatrudnienia osób bezrobotnych; młodocianych w celu przygotowania zawodowego; osób niepełnosprawnych; innych osób, o których mowa w ustawie o zatrudnieniu socjalnym lub we właściwych przepisach państw członkowskich UE lub EOG - art. 29 ust. 4. Przy zastosowaniu klauzuli zatrudnieniowej zamawiający musi zdecydować, jaka powinna być liczba zatrudnionych przy realizacji zamówienia, jaka kategoria osób z trudnościami na rynku pracy obecna w powiecie/województwie odpowiada charakterowi zamówienia (w SIWZ lub zapytaniu ofertowym w ramach zasady konkurencyjności należy określić okres i formę zatrudnienia, a także zadania, przy których osoby mają być zatrudnione). Zamawiający powinien określić również w SIWZ sankcje z tytułu niedotrzymania warunków określonych w klauzuli, swoje uprawnienia do kontroli spełniania przez wykonawcę tych wymagań, którego powinien poinformować o sposobie, w jaki oferent ma potwierdzić spełnianie warunków określonych w klauzuli. Ustalenia te muszą być potwierdzone w umowie z wykonawcą;
6. możliwość zastrzeżenia w ogłoszeniu o zamówieniu podmiotowych warunków udziału dla zakładów pracy chronionej oraz innych wykonawców, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności osób niepełnosprawnych; bezrobotnych; pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, mających trudności w integracji ze środowiskiem; z zaburzeniami psychicznymi; bezdomnych; osób, które uzyskały status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą; osób do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia; osób będących członkami mniejszości znajdującej się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będących członkami mniejszości narodowych i etnicznych – art. 22 ust. 2. Zgodnie z art. 22 ust. 2a, zamawiający zobowiązany jest określić minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej z ww. kategorii, nie mniejszy niż 30%, osób zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej lub wykonawców albo ich jednostki, o których mowa w art. 22 ust. 2;
7. możliwość zastrzeżenia w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym usług zdrowotnych, społecznych lub kulturalnych podmiotowych warunków udziału dla określonej kategorii wykonawców, których celem działalności jest realizacja zadań w zakresie użyteczności publicznej związanej ze świadczeniem tych usług oraz społeczna i zawodowa integracja osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, którzy 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; których 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; którym w ciągu ostatnich 3 lat poprzedzających dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne nie udzielono zamówienia na podstawie tego przepisu przez tego samego zamawiającego. Zgodnie z art. 138p ust. 2, umowa na zamówienie nie może zostać zawarta na okres dłuższy niż 3 lata;
8. możliwość określenia w ramach pozacenowych (pozakosztowych) kryteriów oceny ofert – aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępności dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników – art. 91 ust. 2 pkt 2;
9. możliwość określenia oznakowania przedmiotu zamówienia o szczególnych cechach w opisie przedmiotu zamówienia w kryteriach oceny ofert lub w warunkach realizacji zamówienia – art. 30a.

Wymienione powyżej w punktach od 2 do 5 aspekty społeczne w zamówieniach publicznych, sposób oraz przykłady ich stosowania zostały omówione w podręczniku Urzędu Zamówień Publicznych z 2015 r. pt. „*Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych. Podręcznik. Wydanie drugie zmienione i rozszerzone*” (dostępny na stronie www.uzp.gov.pl), do którego również odwołują się *Wytyczne* w przypisie nr 30 stanowiąc, że podręcznik ten to informacja czy wyjaśnienie przepisów prawa mające jedynie charakter pomocniczy przy stosowaniu ustawy pzp i zasady konkurencyjności. Co więcej, podręcznik nie jest w pełni aktualny (bazuje na ustawie pzp z 2013 r. (Dz. U. z 2013 poz. 907), ponieważ przede wszystkim nie ma w nim omówienia wprowadzonego nowelizacją ustawy pzp z 22 czerwca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) wymogu zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę 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 – *Kodeks pracy* (punkt 1). Dlatego też, warto zwrócić uwagę na „*Opinię UZP dotyczącą art. 29 ust. 3a ustawy Pzp*” dostępną na: www.uzp.gov.pl.

Art. 29 ust. 3a pzp stanowi istotną zmianę w stosunku do dotychczasowych regulacji w tym zakresie, które wskazywały jedynie na uprawnienie do określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeśli było to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności (dotychczasowy art. 29 ust. 4 pkt 4). Obecny obowiązek określenia klauzuli zatrudnieniowej (obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę) jest wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówienia i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku. Obowiązek ten dotyczy zamówienia na usługi lub roboty budowlane, nie dotyczy zaś dostaw, także w sytuacji gdy wchodzi one w zakres danego zamówienia, w tym w szczególności zamówienia na roboty budowlane.

Przy zastosowaniu klauzuli zatrudnieniowej zamawiający musi ocenić, czy przy realizacji zamówienia na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to **zamawiający ma obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności**. Podstawę prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy/podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 *Kodeksu pracy*.

Ściśle z art. 29 ust. 3a koreluje art. 36 ust. 2 pkt 8a, zgodnie z którym, w przypadku zastosowania klauzuli zatrudnieniowej z art. 29 ust. 3a, należy pamiętać, że SIWZ musi zawierać w szczególności:

- sposób udokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a,
- uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań,
- rodzaj czynności niezbędnych dla realizacji zamówienia, które dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Gdy zamawiający oceni, że określone czynności w ramach realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 *Kodeksu pracy*, ma on obowiązek wskazania rodzaju tych czynności w SIWZ. Jednocześnie, aby zobowiązanie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę nie było fikcyjne, zamawiający wskazuje w SIWZ sposób udokumentowania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę i swoje uprawnienia do kontroli spełniania przez wykonawcę tegoż wymogu oraz sankcje z tytułu niespełnienia tychże wymagań (np. w formie kar umownych). Podkreślić jednak należy, że w celu zapewnienia ich skuteczności właściwym miejscem na ich opisanie jest projekt umowy, a następnie umowa podpisana z wykonawcą. Oznacza to, że z tytułu niespełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, zamawiający może przewidzieć sankcje jedynie dla wykonawcy. Za działania lub zaniechania podwykonawcy w tym przedmiocie odpowiada wykonawca. Przykłady sposobu udokumentowania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, realizacji obowiązków kontrolnych przez zamawiającego w tym zakresie oraz zastosowania sankcji za niedopełnienie klauzuli zatrudnieniowej zostały wskazane w „*Opinii UZP dotyczącej art. 29 ust. 3a ustawy Pzp*” dostępnej na: www.uzp.gov.pl.

Ze względu na efekt zatrudnieniowy (możliwość tworzenia nowych miejsc pracy lub utrzymanie istniejących) największe możliwości daje stosowanie aspektów społecznych:

- a) z art. 29 ust. 3a Pzp, który nakazuje zamawiającemu nałożenie na wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia przy realizacji zamówienia na usługi lub roboty budowlane na podstawie umowy o pracę 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 – *Kodeks pracy*
- b) z art. 29 ust. 4 Pzp, który daje zamawiającemu możliwość nałożenia na wykonawcę wymogu zatrudnienia przy realizacji przedmiotu zamówienia osób będących w trudnej sytuacji na rynku pracy (bezrobotnych; młodocianych w celu przygotowania zawodowego; niepełnosprawnych).

Omówienie aspektów społecznych, w tym korzyści ze stosowania aspektów społecznych płynące dla osób niepełnosprawnych i osób w trudnej sytuacji na rynku pracy, a także podmiotów zatrudniających te osoby (m.in. podmiotów ekonomii społecznej), przykłady dotychczasowego ich stosowania, a także informacje, jak się przygotować do zastosowania aspektów społecznych oraz jak przeprowadzić postępowanie z aspektami społecznymi wraz z wzorami zapisów w ogłoszeniach, specyfikacji/zapytaniu ofertowym i umowie

z wykonawcą można znaleźć w „Podręczniku stosowania klauzul społecznych w zamówieniach publicznych” autorstwa Tomasza Schimanka i Barbary Kunysz-Syrytczyk. Podręcznik został przygotowany w ramach projektu „Zintegrowany system wsparcia ekonomii społecznej” współfinansowanego przez Europejski Fundusz Społeczny w Programie Operacyjnym Kapitał Ludzki w 2014 roku i jest dostępny na stronie www.isp.org.pl. Podręcznik ten znajduje zastosowanie również do zamówień publicznych realizowanych zgodnie z zasadą konkurencyjności. Należy jednak zauważyć, iż podręcznik bazuje na poprzedniej ustawie pzp z 2013 r., zatem jako nie w pełni aktualny może mieć jedynie charakter pomocniczy przy stosowaniu aspektów społecznych.

Jak wskazano powyżej, z warunku kwalifikowalności z pkt 4 podrozdziału 6.5 *Wytucznych* wynika dla instytucji ogłaszającej konkurs/wzywającej do złożenia wniosku o dofinansowanie projektu pozakonkursowego zobowiązanie do określenia rodzaju zamówień publicznych, w ramach których beneficjenci zobowiązani są do stosowania aspektów społecznych. Zobowiązanie to może wynikać bądź z wytucznych programowych kwalifikowalności wydatków (jeśli zostały wydane przez Instytucję Zarządzającą PO i jeśli Instytucja Zarządzająca PO w nich tak postanowi) lub ze wzoru umowy o dofinansowanie projektu, w którym Instytucja Zarządzająca PO powinna określić obowiązek dla beneficjenta zastosowania aspektów społecznych przy udzielaniu zamówień publicznych wraz ze wskazaniem rodzaju zamówień publicznych, względem którego powstaje ten obowiązek. Następnie, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający powinien zdecydować, z którego aspektu społecznego chce skorzystać i który jest najważniejszy do osiągnięcia zamierzonego efektu. Przy wyborze aspektu społecznego niezwykle ważne jest rozeznanie rynku potencjalnych wykonawców, przede wszystkim określenie, czy istnieją firmy mogące odpowiedzieć na ogłoszenie o postępowaniu i czy mają odpowiedni potencjał, w tym zdolności zawiązania konsorcjów do realizacji zamówienia.