

Prawne i ekonomiczne aspekty imigracji do Polski, red. Magdalena Butrymowicz, Piotr Kroczyk, Kraków 2017, s. 71–91 (Biblioteczka Prawa, 2).

DOI: <http://dx.doi.org/10.15633/9788374386340.06>

Małgorzata Moras

UNIWERSYTET EKONOMICZNY W KRAKOWIE

Instrumenty prawne wspierające integrację społeczną i zawodową cudzoziemców objętych ochroną międzynarodową w świetle przepisów z zakresu zamówień publicznych

Migracja (łac. *migratio* – przesiedlenie), definiowana jako wędrówka, ruch ludności mający na celu zmianę miejsca pobytu na stałe lub okresowo (kryterium czasowe) zarówno w obrębie kraju, jak i z jednego kraju do drugiego (kryterium zakresu), jest zjawiskiem naturalnym, nierozzerwalnie związanym z dziejami ludzkości¹. Fale migracyjne powodowane były przez czynniki religijne, polityczne, a także ekonomiczne (zarobkowe)². Aktualnie cała Europa, a szczególnie kraje Unii

1 Definicja za: *Słownik wyrazów obcych*, red. E. Sobol, Warszawa, 1997.

2 Więcej na ten temat: M. Sitek, *Kryzys uchodźczy a kryzys instytucjonalny Unii Europejskiej*, „Journal of Modern Science” 1(2016) nr 28, s. 458–462.

Europejskiej borykają się z problemem masowych migracji wywołanych m.in. przez konflikt zbrojny na Bliskim Wschodzie. Kulminacja fali migracyjnej nastąpiła w 2015 roku, gdy do Europy przybyło ponad milion osób³. Liczba ta, wskutek porozumienia z Turcją w sprawie rozwiązania kryzysu migracyjnego ostatecznie zatwierdzonego 18 marca 2016 roku, uległa znacznemu zmniejszeniu w roku 2016⁴ i wyniosła ponad 300 tys. osób⁵. Należy wskazać, że wśród osób migrujących są zarówno uchodźcy, którzy zostali zmuszeni do poszukiwania schronienia, by uciec przed przemocą, jak również imigranci gospodarczy, chcący poprawić standard swego życia⁶.

W celu zahamowania kryzysu migracyjnego podejmowane są działania o charakterze zewnętrznym mające na celu wstrzymanie „fali migracyjnej”⁷. Z uwagi jednak na fakt, że znaczna liczba cudzoziemców przebywa już w poszczególnych krajach Unii Europejskiej, a ponadto przewiduje się, że Europa będzie musiała się mierzyć z tym zjawiskiem przez najbliższe 10–15 lat⁸, warto omówić instrumenty

- 3 Przepływy migracyjne do Europy nasiliły się już 2014 r., zwłaszcza na szlaku śródziemnomorskim. Zob. Komisja Europejska, *Wspólny komunikat do Parlamentu Europejskiego i Rady „Stawić czoła kryzysowi uchodźczemu w Europie: rola Europejskiej Służby Działań Zewnętrznych”*, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX:52015JC0040> (15.1.2017).
- 4 Komisja Europejska, *EU-Turkey Statement: Questions and Answers*, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-963_pl.htm (3.11.2017).
- 5 *Mediterranean Migrant Arrivals Reach 316,331; Deaths at Sea: 3,611*, <http://www.iom.int/news/mediterranean-migrant-arrivals-reach-316331-deaths-sea-3611> (20.12.2016).
- 6 Wyróżnia się różne formy migracji: emigrację, imigrację, reemigrację, repatriację. Więcej na ten temat: T. Kaczmarczyk, *Migracja – charakterystyka zjawiska*, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy” (2015) nr 16, s. 7–9.
- 7 *Wspólny komunikat do Parlamentu Europejskiego i Rady...*, dz. cyt.
- 8 Taką prognozę przedstawił szef włoskiej dyplomacji Paolo Gentiloni. Za: W. Jarczyński, *Zamówienia publiczne a problem imigrantów*, „Zamawiający” (2015) nr 14, s. 5.

prawne wspierające integrację społeczną i zawodową w świetle przepisów z zakresu zamówień publicznych.

Odpowiednie narzędzia prawne przewidziane zostały w uchwalonych w 2014 roku dyrektywach, a mianowicie: w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych⁹; w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/WE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych¹⁰; a także w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/WE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji¹¹. Dyrektywa klasyczna i dyrektywa sektorowa zostały w niezbędnym zakresie wdrożone do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw¹², a dyrektywa koncesyjna ustawą z dnia 21 października 2016 r. o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi¹³.

Zmiana podejścia do zamówień publicznych została wskazana jako jeden z priorytetów unijnej strategii „Europa 2020”. *Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*, zawartej w komunikacie Komisji Europejskiej z dnia 3 marca 2010 r.¹⁴ Zamówienia publiczne traktowane są jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego, sprzyjającego włączeniu

9 Dz.Urz.UE L 94/65, dalej: dyrektywa klasyczna.

10 Dz.Urz.UE L 94/243.

11 Dz.Urz. UE L 94/1.

12 Dz.U. z 2016 r., poz. 1020.

13 Dz.U. z 2016 r., poz. 1920.

14 Komisja Europejska, „Europa 2020”. *Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*, http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_PL_ACT_part1_v1.pdf (30.9.2016).

społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. Podkreśliła to Komisja Europejska w przewodniku dotyczącym możliwości uwzględnienia kwestii społecznych w zamówieniach publicznych¹⁵. Posługuje się w nim terminem „społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych” lub w skrócie „społecznych zamówień publicznych”¹⁶. Pojęcie to oznacza zamówienia publiczne, w ramach których bierze się pod uwagę co najmniej jedną z następujących kwestii społecznych: możliwości zatrudnienia, godnej pracy, zgodności z prawami społecznymi i z prawem do pracy, integracji społecznej, równości szans, dostępności, projektowania dla wszystkich, uwzględniania kryteriów zrównoważonego rozwoju, w tym kwestii etycznego handlu i szerszego dobrowolnego przestrzegania zasad społecznej odpowiedzialności biznesu (*corporate social responsibility* – CSR), z jednoczesnym uwzględnieniem zasad ujętych w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁷ oraz w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych.

Wśród rozwiązań na rzecz szerszego uwzględniania celów społecznych w procesie udzielania zamówień publicznych można wyróżnić instrumenty wspierające integrację społeczną i zawodową, horyzontalną klauzulę społeczną mającą na celu zapewnienie przestrzegania przepisów prawa socjalnego i prawa pracy, a także instrumenty wspomagające uwzględnienie w procedurze udzielenia zamówienia

15 Komisja Europejska, *Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych*, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0024/26709/Kwestie_spoeczne_w_zakupach_Przewodnik_KE.pdf (30.9.2016).

16 Stosowanie terminu społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych zostało uznane za zbyt szerokie. Zob. Z. Mazur, *Klauzule społeczne w polskim prawie zamówień publicznych*, „Zamówienia publiczne. Doradca” (2015) nr 6, s. 52.

17 Dz.Urz. UE C 326 z 2012 r. (wersja skonsolidowana), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT> (30.9.2016), dalej: TFUE.

publicznego potrzeb osób niepełnosprawnych i etykiet społecznych¹⁸. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie zmian w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych¹⁹, kładących nacisk na integrację społeczną osób należących do grup marginalizowanych społecznie, do których zalicza się uchodźców i osoby objęte ochroną uzupełniającą.

1. Zamówienia zastrzeżone

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, że ustawa Pzp przewiduje kilka trybów udzielania zamówień publicznych. Do trybów podstawowych zalicza się przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Tryby, których zastosowanie wymaga spełnienia ustawowo określonych przesłanek, to z kolei negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny²⁰, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę, partnerstwo innowacyjne oraz licytacja elektroniczna (art. 10 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp). Tryby te różnią się przebiegiem, lecz niezależnie od ich rodzaju ich celem jest wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy (art. 2 pkt 7a ustawy Pzp).

18 Zob. K. Ołdak-Bułańska, *Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych, w: Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, red. M. Olejarz, Warszawa 2014, s. 173, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0030/24879/UZP_dyrektywy.pdf (12.10.2016).

19 Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 t.j., dalej: ustawa Pzp.

20 W przypadku trybów negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego można je stosować bez spełnienia specjalnych przesłanek, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poza oceną samej oferty dokonuje się także weryfikacji wykonawców. O udzielenie zamówienia mogą się bowiem ubiegać wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania, a także spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp).

Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, sytuacji ekonomicznej lub finansowej lub zdolności technicznej lub zawodowej (art. 22 ust. 1b ustawy Pzp). Ponadto art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, regulujący warunki udziału w postępowaniu, wskazuje również na możliwość zastrzeżenia zamówień na dostawy, usługi lub roboty budowlane na rzecz wykonawców spełniających specjalne wymagania. Są to tzw. zamówienia zastrzeżone, stanowiące jeden z podstawowych instrumentów prawnych mających na celu włączenie społeczne i zawodowe osób należących do grup społecznie marginalizowanych.

W świetle tego przepisu zamawiający jest uprawniony do zastrzeżenia w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność (lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie) obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. Grupy te zostały przykładowo wyliczone przez ustawodawcę i zaliczono do nich m.in. osoby niepełnosprawne, bezrobotne, pozbawione wolności lub zwalniane z zakładów karnych. Jedną z grup obejmuje również osoby, 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 Polskiej²¹. Zastrzegając zamówienie, zamawiający został zobowiązany do wskazania minimalnego procentowego wskaźnika zatrudnienia osób należących do jednej lub większej liczby grup społecznie marginalizowanych, który nie może być mniejszy niż 30 proc. (art. 22 ust. 2a ustawy Pzp). Przepis daje więc zamawiającemu prawo do określenia grupy lub grup marginalizowanych, dla których zastrzega zamówienie.

Zamówienia zastrzeżone zostały wprowadzone do ustawy Pzp już wcześniej, a nastąpiło to w wyniku tzw. małej nowelizacji z 5.11.2009 r.²² Wówczas przepis art. 22 ust. 2 ustawy Pzp ograniczał się do grupy osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia określonej kategorii osób nie mógł być mniejszy niż 50 proc., co znacznie utrudniało jego zastosowanie w praktyce²³. W konsekwencji należy dostrzec, że nowelizacja ustawy Pzp z czerwca 2016 r. rozszerzyła możliwość stosowania zamówień zastrzeżonych poprzez odwołanie się do pojęcia grup społecznie marginalizowanych, a także zmniejszenie procentowego wskaźnika zatrudnienia do minimum 30 proc.²⁴

21 Dz.U. z 2016 r., poz. 1836 t.j. z późn. zm.

22 Dz.U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1591.

23 Zob. *Najnowszy raport Fundacji CentrumCSR.PL. Urzędy miast, urzędy marszałkowskie i uniwersytety nie stosują klauzul społecznych i środowiskowych!*, <http://www.monitoringzpp.pl/najnowszy-raport-fundacji-centrumcsr-pl-urzedymiast-urzedymarszalkowskie-i-uniwersytety-nie-stosuja-klauzul-spoecznych-i-srodowiskowych> (5.01.2017).

24 Państwa członkowskie nie mogą czynić rozróżnienia pomiędzy zakładami pracy chronionej mającymi siedziby w różnych państwach członkowskich, co wynika

Wspomnianym celem zamówień zastrzeżonych jest wyrównanie szans. Mają one także stanowić przyczynek do integracji społeczeństwa²⁵. Jednakże omawiana regulacja prawna może nasuwać pewne wątpliwości w praktyce. Przykładowo problematyczne wydaje się wskazanie w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, że informację o zastrzeżeniu zamówienia należy przewidzieć w ogłoszeniu. W konsekwencji należy zauważyć, że ustawodawca wykluczył możliwość zastosowania zamówień zastrzeżonych w trybach, w których nie przewidziano obowiązkowego publicznego ogłoszenia o zamówieniu, czyli w trybach zapytania o cenę, negocjacji bez ogłoszenia czy zamówienia z wolnej ręki (*vide* art. 2 pkt 7a ustawy Pzp).

Warto także zastanowić się nad zagadnieniem spełniania tego warunku przez wykonawców. Bez wątpienia w celu ubiegania się o zamówienie zastrzeżone nie można powoływać się na potencjał podmiotu trzeciego, co zasadniczo (odnośnie innych kryteriów) jest możliwe zgodnie z art. 22a ustawy Pzp. W przepisie tym *explicite* wskazano bowiem, że można polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów. Ustawodawca zatem enumeratywnie wymienił warunki, które mogą być spełnione przez powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego (wyłącznie te określone w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp), co oznacza niemożność powoływania się na te zasoby w celu spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp²⁶.

Rozważyć należy także kwestię podwykonawstwa. W świetle obowiązujących przepisów zasadą jest możliwość powierzenia przez

z ogólnego zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową przewidzianego w art. 18 TFUE.

25 Zostało to wyrażone w motywie 36 preambuły do dyrektywy klasycznej.

26 Por. wyrok Krajowej Izby odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 30 października 2012 r., KIO 2255/12, Legalis nr 722431, który zachował swoją aktualność również w nowym stanie prawnym.

wykonawcę wykonania części zamówienia podwykonawcy (art. 36a ust. 1 ustawy Pzp). Podobnie jest w przypadku zamówień zastrzeżonych. Należy jednak, w ślad za orzecznictwem KIO, podkreślić, że art. 22 ust. 2 i ust. 2a ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem warunki postawione względem wykonawcy na podstawie tych przepisów „należy stosować wprost do podwykonawcy – i to już na etapie złożenia oferty – w celu wykazania uprawnień do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie”²⁷. Konkluzję KIO należy uznać za aktualną również po czerwcowej nowelizacji ustawy Pzp.

Analogicznie KIO odniosła się do wykonawców będących konsorcjantami. Wskazała ona, że skoro art. 22 ust. 2 ustawy Pzp daje zamawiającemu możliwość ograniczenia kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia wyłącznie do wykonawców spełniających warunki określone w tym artykule, to z tego względu nie można uznać, że wykazanie takiego poziomu zatrudnienia u jednego z konsorcjantów byłoby wystarczające dla spełnienia tego warunku przez całe konsorcjum²⁸. Wniosek ten jest aktualny w świetle znowelizowanego stanu prawnego. Każdy z członków konsorcjum musi wykazać, że samodzielnie spełnia warunki pozwalające na realizację zamówienia zastrzeżonego.

Konstatując, przepisy regulujące zamówienia zastrzeżone w poprzednim oraz aktualnym brzmieniu należy interpretować, uwzględniając imperatywną treść tych norm. W takim przypadku zamówienie będzie dostępne wyłącznie dla określonej kategorii wykonawców spełniających wymagania ukształtowane na podstawie art. 22 ust. 2 oraz ust. 2a ustawy Pzp, z wyłączeniem innych wykonawców, którzy w przypadku braku zastrzeżenia byłiby także zdolni do jego należytej realizacji.

27 Orzeczenie KIO z dnia 15 czerwca 2015 r., KIO 1142/15, Legalis nr 1378530.

28 Zob. wyrok KIO z dnia 30 października 2012 r., KIO 2249/12, Legalis nr 1378530.

2. Osoby objęte ochroną międzynarodową jako grupa marginalizowana

Jak już zostało powyżej wskazane, w ramach art. 22 ust. 2 ustawy Pzp jako jedną z grup marginalizowanych społecznie określono osoby, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą. Są to dwie formy ochrony międzynarodowej wyodrębnione w prawie polskim i europejskim. Cudzoziemcowi²⁹ nadaje się status uchodźcy, jeżeli spełnia przesłanki określone w art. 13 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP³⁰. Zgodnie z tzw. konwencją genewską³¹ uchodźcą jest osoba, która żywi uzasadnioną obawę przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych przebywa poza granicami państwa, którego jest obywatelem, i nie może lub nie chce z powodu tych obaw korzystać z ochrony tego państwa³². Z kolei przesłanki udzielenia ochrony uzupełniającej wskazane zostały w art. 15 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony. Przyznawana jest ona w sytuacji, gdy powrót do kraju pochodzenia może narazić osobę na rzeczywiste ryzyko doznania poważnej krzywdy, co oznacza np. nieludzkie bądź poniżające traktowanie, tortury albo znalezienie się na obszarze, na którym toczy się konflikt zbrojny. W praktyce

29 Definicja cudzoziemca została wskazana w ustawie o cudzoziemcach z 2013 roku. Wedle art. 3 pkt 3 tej ustawy jest nim każdy, kto nie posiada obywatelstwa polskiego.

30 Dz.U. z 2003 r. Nr 128, poz. 1176, dalej: ustawa o udzielaniu cudzoziemcom ochrony.

31 Konwencja dotycząca statusu uchodźców, sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r., Dz.U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515, dalej: konwencja genewska.

32 Zob. np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 kwietnia 2002 r., V SA 1327/01, Legalis nr 61792; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 lutego 2002 r., V SA 1673/01, Legalis nr 56819, ONSA 2003 nr 2, poz. 67.

uzyskanie jednej z wyżej wymienionych form ochrony jest bardzo trudne i otrzymuje ją niewielka liczba osób³³.

Ochrona może zostać udzielona na terenie RP także przez udzielenie azylu oraz ochrony czasowej (art. 3 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony). Osoby, którym została w ten sposób przyznana pomoc, nie zostały wymienione w ustawie Pzp. W przypadku ochrony czasowej jest to uzasadnione okresowością pobytu (maksymalnie 24 miesiące). Z kolei azyl, stanowiący formę ochrony udzielaną cudzoziemcom w sytuacji, gdy jest to niezbędne do zapewnienia im bezpieczeństwa oraz gdy przemawia za tym ważny interes RP, nie został prawdopodobnie wymieniony z uwagi na jego niewielki walor praktyczny³⁴.

Ponadto na podstawie ustawy o cudzoziemcach z 2013 roku³⁵ możliwe są dwa rodzaje ochrony, zaliczane do ochrony krajowej, tj. zgoda na pobyt ze względów humanitarnych oraz zgoda na pobyt tolerowany. Pierwsza z nich udzielana jest w szczególności, gdy deportacja może nastąpić wyłącznie do państwa, w którym zagrożone jest prawo do życia, wolności, bezpieczeństwa osobistego cudzoziemca, gdzie mógłby on zostać poddany torturom lub nieludzkiemu traktowaniu czy ukarany bez podstawy prawnej. Zgodę na pobyt ze względów

33 Status uchodźcy w 2015 roku otrzymało 350 osób, a ochronę uzupełniającą – 163 osoby. Zob. Urząd ds. Cudzoziemców, *Ochrona międzynarodowa. Top 5*, <http://udsc.gov.pl/wp-content/uploads/2016/01/top5-ochrona1.pdf> (29.12.2016).

34 Od 1989 roku azyl otrzymało 57 cudzoziemców. Zob. M. Czarnecki, M. Jałoszewski, T. Kwaśniewski, *Więcej wiedzy, mniej strachu Uchodźcy w Polsce*, <https://udsc.gov.pl/wp-content/uploads/2015/09/Wi%C4%99cej-wiedzy-mniej-strachu-Uchod%C5%BAcy-w-Polsce-small.pdf> (7.11.2017). Azyl ma charakter polityczny i jest zakotwiczony w Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.). Zob. Krajowy Punkt Kontaktowy Europejskiej Sieci Migracyjnej, *Raport dotyczący krajowych form udzielania cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej*, https://rownosc.info/media/uploads/ochrona_cudzoziemcow.pdf (3.11.2017).

35 Ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach, Dz.U. z 2016 r., poz. 1990 z późn. zm., dalej: ustawa o cudzoziemcach, u.c.

humanitarnych może także uzyskać osoba, której deportacja naruszałaby jej prawo do życia rodzinnego czy prywatnego³⁶, oraz osoba, której dziecko zintegrowało się już z polskim społeczeństwem, i deportacja, oznaczająca oderwanie od środowiska szkolnego, mogłaby istotnie zaburzyć rozwój psychofizyczny.

Przesłanki udzielenia zgody na pobyt tolerowany są tożsame z tymi, które zostały określone w przypadku zgody na pobyt ze względów humanitarnych, lecz jednocześnie niemożliwe jest udzielenie zgody na ten pobyt³⁷. Przykładowo chodzi o sytuację, gdy wydalenie cudzoziemca jest niewykonalne z przyczyn niezależnych zarówno od organu właściwego do przymusowego wykonania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, jak i od cudzoziemca, co może być spowodowane brakiem możliwości potwierdzenia jego tożsamości³⁸.

Z uwagi na otwarte wyliczenie grup społecznie marginalizowanych określonych w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp wydaje się możliwe zakwalifikowanie osób objętych ochroną krajową do tych grup, jeżeli zamawiający uzna, że okoliczności to uzasadniają. Dyrektywa klasyczna nie odsyła do żadnych przepisów w zakresie ustalenia zakresu pojęcia grup defaworyzowanych³⁹. Z uwagi na ograniczenie konkurencyjności,

36 Przykładowo można wskazać sprawę Silvenko przeciwko Łotwie, w której skarżącymi były dwie osoby narodowości rosyjskiej (matka i córka), wobec których wydano decyzję o wydaleniu. Mieszkały one przez całe życie na terytorium Łotwy i czuły się emocjonalnie związane z Łotwą. Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że skarżące zostały zmuszone do opuszczenia kraju, w którym realizowały się ich trwałe więzi osobiste, społeczne i gospodarcze, czyli stanowiące podstawowy element życia prywatnego (skarga nr 48321/99). Za: *Ustawa o cudzoziemcach. Komentarz*, red. J. Chlebny, Warszawa 2015, komentarz do art. 348 u.c.

37 Zgodę na pobyt tolerowany otrzymały 122 osoby w roku 2015. Zob. Urząd ds. Cudzoziemców, *Ochrona międzynarodowa...*, dz. cyt.

38 *Ustawa...*, red. J. Chlebny, dz. cyt., komentarz do art. 351 u.c.

39 W literaturze można znaleźć pogląd o korzystaniu z definicji wskazanych w Rozporządzeniu Komisji Unii Europejskiej nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającym niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym

które niesie za sobą stosowanie przepisów o zamówieniach zastrzeżonych, wydaje się jednak, że zamawiający będą rzadko wykraczać poza grupy wskazane przez ustawodawcę. Stosując regulacje prawne mające na celu integrację osób zagrożonych wykluczeniem zawodowym i społecznym, warto uwzględnić postanowienia innych aktów prawnych dotyczących polityki społecznej państwa, zwłaszcza ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej⁴⁰. W świetle art. 7 pkt 11 tej ustawy pomocy takiej udziela się osobom i rodzinom w szczególności z powodu trudności w integracji cudzoziemców, którzy uzyskali w RP status uchodźcy, ochronę uzupełniającą lub zezwolenie na pobyt czasowy udzielone w celu połączenia się z rodziną⁴¹.

W tym miejscu należy podkreślić, że Niemcy, którzy borykają się z największą falą migracyjną i problemem wyłączenia społecznego i zawodowego cudzoziemców, nie wprowadzili przykładowego wyliczenia grup społecznie marginalizowanych. Klasycznych zamówień ponadprogowych (unijnych) dotyczy czwarta część ustawy o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji – *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*⁴² oraz rozporządzenie o zamówieniach publicznych (*die Vergabeverordnung*) z dnia 12 kwietnia 2016 r.⁴³ W ramach wspomnianej ustawy o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji, regulując zamówienia zastrzeżone, powtórzono w § 118 ust. 1 i ust. 2 treść art. 20

w zastosowaniu art. 107 i 108 TFUE. Za: M. Moras, K. Moras-Olaś, *Wpływ rozwoju polityki społecznej UE na regulacje dotyczące zamówień publicznych*, „Praca i zabezpieczenie społeczne” (2017) nr 8, s. 15.

40 Dz.U. z 2016 r., poz. 930 t.j. z późn. zm.

41 Zob. art. 159 ust. 1 pkt 1 lit. c i d u.c.

42 Ustawa o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gwb/gesamt.pdf> (16.9.2016), dalej: GWB.

43 Wszystkie rozporządzenia modernizujące prawo zamówień publicznych w Niemczech dostępne są na stronie: http://www.berlin.de/vergabeservice/vergabeleitfaden/rechtsquellen/vergrmodv_14-04-2016_endg.pdf (6.09.2016).

ust. 1 dyrektywy klasycznej⁴⁴. Niemiecka regulacja prawna nie zawiera żadnych szczególnych rozwiązań. W literaturze nadal podkreśla się związek zamówień zastrzeżonych z integracją osób niepełnosprawnych, odwołując się do § 141 księgi dziewiątej *Sozialgesetzbuch* (kodeks socjalny)⁴⁵.

3. Rodzaj działalności jako przesłanka stosowania zamówień zastrzeżonych

W art. 22 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, że dany wykonawca będzie mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku gdy jego działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. Z pewnością będą to wykonawcy zaliczani do tzw. podmiotów ekonomii społecznej, np. przedsiębiorstwa społeczne. Na gruncie prawa polskiego mogą to być stowarzyszenia, fundacje, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością *non-profit* oraz spółdzielnie socjalne.

Analizując ostatnią z wymienionych form, należy podkreślić, że w ustawie z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych⁴⁶ wprost wskazano, że spółdzielnia socjalna działa na rzecz społecznej reintegracji jej członków, przez co należy rozumieć działania mające na celu odbudowanie i podtrzymanie umiejętności uczestniczenia w życiu społeczności lokalnej i pełnienia ról społecznych w miejscu pracy, zamieszkania lub pobytu, a także zawodowej reintegracji jej

44 § 118 ust. 1 i ust. 2 znajdzie także zastosowanie w odniesieniu do zamówień sektorowych § 142 GWB oraz w przypadku ustanawiania koncesji (§ 154 GWB). Zob. też H. Schaller, *Vergaberechtsreform 2016 – Neue Vorschriften zum öffentlichen Auftragswesen*, Burglengenfeld 2016.

45 Dostępny na stronie: https://dejure.org/gesetze/SGB_IX/141.html (3.11.2017). Za: R. Ley, M. Wankmüller, *Das neue Vergaberecht 2016*, Heidelberg 2016, s. 106n.

46 Dz.U. Nr 94, poz. 651 z późn. zm., dalej: ustawa o spółdzielniach socjalnych.

członków. To ostatnie z kolei oznacza działania mające na celu odbudowanie i podtrzymanie zdolności do samodzielnego świadczenia pracy na rynku pracy (art. 2 ust. 2 ustawy o spółdzielniach socjalnych)⁴⁷.

Podkreślenia wymaga fakt, że w świetle ustawy z dnia 10 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy⁴⁸ uprawnienie do wykonywania pracy bez konieczności uzyskiwania zezwolenia dotyczy cudzoziemców, którzy uzyskali ochronę na terytorium Polski, a zatem osób, którym nadano status uchodźcy, udzielono ochrony uzupełniającej, azylu lub ochrony czasowej (art. 87 ust. 1 pkt 1, 2, 6 tej ustawy). Do osób, od których nie wymaga się zezwolenia, zaliczono także te, które mają zgodę na pobyt ze względów humanitarnych oraz zgodę na pobyt tolerowany (art. 87 ust. 1 pkt 4a i 5 ww. ustawy)⁴⁹. Ograniczenie procedur administracyjnych stanowi ułatwienie w aktywizacji zawodowej tych osób.

4. Pozostałe instrumenty prawne wspierające włączenie społeczne i zawodowe

Poza zamówieniami zastrzeżonymi ustawodawca przewidział też inne instrumenty prawne służące włączeniu społecznemu i zawodowemu osób należących do grup marginalizowanych społecznie, które z uwagi na zakres niniejszego opracowania zostaną jedynie zasygnalizowane.

47 Należy wskazać, że do ustawy o spółdzielniach socjalnych dodano ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r. (Dz.U. z 2015 r., poz. 1567) art. 15a, który przewiduje możliwość zastrzeżenia przez jednostki sektora finansów publicznych zamówień, do których nie ma zastosowania ustawa Pzp ze względu na ich wartość, na rzecz spółdzielni socjalnych działających na podstawie ustawy lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

48 Dz.U. z 2016 r., poz. 645. Zob. także art. 4d ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

49 Więcej na ten temat: M. Culepa, M. Rotkiewicz, D. Wołoszyn-Kądziołka, *Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Komentarz*, Warszawa 2015, komentarz do art. 87.

Po pierwsze należy wskazać, że znowelizowane przepisy z zakresu zamówień publicznych przewidują szczególne rozwiązania związane z udzielaniem zamówienia na usługi zdrowotne, społeczne i kulturalne⁵⁰, zwane zamówieniami zastrzeżonymi w ramach szczególnego reżimu usług społecznych i innych szczególnych usług (art. 138p ustawy Pzp). Wskazując na różnice należy podkreślić, że regulacja zamówień zastrzeżonych zawarta w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp dostępna jest dla wszystkich rodzajów zamówień publicznych, niezależnie od rodzaju zamówienia, przedmiotu czy wartości. Natomiast omawiane zamówienia – jak wynika z nomenklatury – dotyczą wyłącznie enumeratywnie wskazanych w przepisie rodzajów usług. Dodatkowo jeszcze bardziej ograniczono grupę podmiotów, które będą mogły ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego na tego rodzaju usługi. Analogicznie do art. 22 ust. 2 ustawy Pzp jedną z ustawowych przesłanek jest społeczna i zawodowa integracja osób należących do grup społecznie marginalizowanych. W tym zakresie zastosowano odesłanie wewnętrzne do art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, czyli przepis ten obejmuje także uchodźców lub osoby objęte ochroną uzupełniającą (art. 138p ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp)⁵¹. Poza wspomnianym celem działalności wymaga się braku charakteru gospodarczego prowadzonej działalności przez wykonawcę ubiegającego się

50 Zamówienia zastrzeżone dotyczą m.in. usług administracyjnych w zakresie edukacji, opieki zdrowotnej, usług w zakresie pozyskiwania personelu pielęgniarskiego, medycznego, usług szkolnictwa przedszkolnego, szkolnictwa wyższego, usług *e-learning*, usługi edukacji dorosłych na poziomie akademickim, usługi szkolenia personelu, usługi w zakresie zdrowia i opieki społecznej, usług zdrowotnych świadczonych na rzecz wspólnot, usług świadczonych przez biblioteki, archiwa, muzea i inne usługi kulturalne, usług sportowych, usług świadczonych przez organizacje społeczne lub stowarzyszenia młodzieżowe.

51 Więcej na ten temat: A. Piotrowska, *Zamawianie usług społecznych według nowych rozwiązań europejskich*, „Prawo Zamówień Publicznych” (2015) nr 3, s. 183–192.

o zastrzeżone zamówienie. Ustawodawca wskazuje, że wykonawca ten nie może działać w celu osiągnięcia zysku oraz ma przeznaczać całość dochodu na realizację celów statutowych, jak również nie może przeznaczać zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników (art. 138p ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp)⁵². Kolejną przesłanką jest, by struktura zarządzania podmiotem ubiegającym się o udzielenie takiego zamówienia lub ich struktura własnościowa opierała się na współzarządzaniu w przypadku spółdzielni, akcjonariacie pracowniczym lub zasadach partycypacji pracowników, co wykonawca określa w swoim statucie (art. 138p ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Ostatni warunek związany jest z ograniczeniem czasowym możliwości użycia zamówienia publicznego u tego samego zamawiającego. Może to nastąpić raz na trzy lata, które liczone są wstecz od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (art. 138p ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Zastrzeżono także, że taka umowa nie może zostać zawarta na okres dłuższy niż 3 lata (art. 138p ust. 2 ustawy Pzp). W przypadku regulacji tych zamówień nie odesłano do art. 22 ust. 2a ustawy Pzp, a zatem nie będzie mieć w tym wypadku zastosowania przesłanka związana ze wskaźnikiem zatrudnienia.

Kolejnym instrumentem jest tzw. klauzula zatrudnieniowa. Zgodnie z nowymi regulacjami zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z zatrudnieniem osób m.in. bezrobotnych, niepełnosprawnych, a także np. uchodźców realizujących indywidualny program integracyjny (dalej: IPI) w rozumieniu przepisów o pomocy społecznej⁵³. Zamawiający może np. za-

52 W dyrektywie klasycznej zastrzeżono, że zyski mają być ponownie inwestowane z myślą o osiągnięciu celu organizacji. W przypadku gdy zyski podlegają dystrybucji lub redystrybucji, podstawą takich działań powinny być udziały.

53 Art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 1 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym, Dz.U. z 2016 r., poz. 1828 t.j., dalej: ustawa o zatrudnieniu socjalnym.

żądać, by wykonując zamówienie, wykonawcy zatrudnili np. dwóch uchodźców, którzy objęci są IPI⁵⁴. Klauzula dotyczy etapu realizacji zamówienia i na nim też jest weryfikowana przez zamawiającego dzięki odpowiednim postanowieniom umownym (np. kary umowne, prawo odstąpienia od umowy), ale jedynie w czasie wykonywania zamówienia – po jego zakończeniu pracownicy objęci klauzulą mogą zostać zwolnieni⁵⁵. Omawiana klauzula może być wprowadzona do opisu przedmiotu zamówienia jednocześnie z zastrzeżeniem zamówienia na rzecz wykonawców spełniających warunki wskazane w art. 22 ust. 2 oraz ust. 2a ustawy Pzp⁵⁶. Podkreślić należy, że klauzula zatrudnieniowa nie ogranicza kręgu wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia publicznego, jak w przypadku zamówień lub usług zastrzeżonych. Forma prawna i cel działania przedsiębiorcy jest w tym przypadku nieistotny. Ponadto w przypadku tej klauzuli – inaczej niż przy zamówieniach zastrzeżonych – wystarczy, by tylko jeden z konsorcjantów zatrudnił wymaganą liczbę osób bądź też aby wymóg ten spełniał podwykonawca, któremu powierzono realizację części zamówienia⁵⁷.

54 Należy wskazać, że choć art. 1 ust. 2 pkt 7 ustawy o zatrudnieniu socjalnym wskazuje tylko na osoby, którym przyznano status uchodźcy, przepis ten trzeba interpretować w związku z przepisami ustawy o pomocy społecznej. Klauzulę tę można zatem zastosować w szczególności do osób objętych ochroną uzupełniającą. Zob. art. 91 ust. 1 ustawy o pomocy społecznej.

55 T. Schimanek, B. Kunysz-Syrytczyk, *Podręcznik stosowania klauzul społecznych w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2014, s. 41.

56 Zamówienia zastrzeżone oraz klauzula zatrudnieniowa mogą być dla zamawiających opłacalne. Przykładowo regularne stosowanie tych klauzul przez miasto Brzeziny wygenerowało oszczędności w postaci mniejszych nakładów na świadczenia socjalne czy aktywizację zawodową. Za: T. Schimanek, B. Kunysz-Syrytczyk, *Podręcznik stosowania...*, dz. cyt., s. 32.

57 Zob. przykłady stosowania klauzuli zatrudnieniowej w praktyce: K. Ołdak-Bułańska, *Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych. Podręcznik*, Warszawa 2015, s. 104–119.

Jeżeli zamawiający uzna, że uwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia powyżej omówionej klauzuli zatrudnieniowej jest niewystarczające, może rozważyć zastosowanie kryterium oceny ofert w postaci zobowiązania do zatrudnienia przy realizacji zamówienia osób bezrobotnych lub wykluczonych albo przeprowadzenia szkoleń lub praktyk w zakresie wiedzy i umiejętności związanych z realizowanym zamówieniem⁵⁸.

Podsumowanie

Instytucje publiczne stanowią istotną grupę nabywców dóbr i usług zarówno na szczeblu unijnym, jak i na poziomie krajowym. Oszacowana wartość rynku zamówień publicznych stanowiła ok. 6,50 proc. produktu krajowego brutto z roku 2015⁵⁹. Mając na uwadze potencjał nabywcy zamawiających związany z udzielaniem zamówień publicznych, widocznym jest, że mogą oni wspierać m.in. cele polityki społecznej państwa. Taka instrumentalizacja zamówień publicznych stanowiła jeden z priorytetów przyświecających przyjęciu nowych dyrektyw unijnych.

Instrumenty wspierające integrację społeczną i zawodową osób należących do grup społecznie marginalizowanych w świetle przepisów z zakresu zamówień publicznych mogą przyczynić się do wyrównania szans oraz integracji (reintegracji) społeczeństwa także w przypadku osób objętych ochroną międzynarodową. Ich sytuacja życiowa jest trudna. Po otrzymaniu statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej

58 Za: R. Szostak, *Kryteria oceny ofert przetargowych w nowym ujęciu*, „Prawo Zamówień Publicznych” (2014) nr 4, s. 16n.

59 Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r., https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0025/32389/Sprawozdanie-Urzedu-Zamowien-Publicznych-za-rok-2015.pdf (3.11.2017), s. 27.

powinny one opuścić ośrodek dla cudzoziemców i żyć samodzielnie. Mają już wówczas prawo do pomocy społecznej w wymiarze takim samym jak obywatele Polski, a także mogą starać się, by powiatowe centra pomocy rodzinie objęły ich indywidualnym programem integracji (wsparcie pieniężne oraz niepieniężne, np. poradnictwo zawodowe). Trwa on jednak tylko rok, stąd warto stosować instrumenty prawne stymulujące aktywizację zawodową tych osób.

Zastosowanie klauzul społecznych przewidzianych w ustawie Pzp powinno jednak zostać poddane wcześniejszej analizie dokonanej przez zamawiającego. W szczególności należy zbadać grupy marginalizowane pod względem ich liczebności czy korzystania przez osoby do nich należące z pomocy społecznej. Należy także zastanowić się nad rodzajami zamówień publicznych, w ramach których można zastrzec omawiane rozwiązania prawne⁶⁰.

Podsumowując, stosowanie przedstawionych instrumentów prawnych w praktyce może przynieść wymierne korzyści dla zamawiających, np. oszczędności przy wypłacaniu świadczeń z zakresu pomocy społecznej, a także stanowić wsparcie dla realizacji polityki społecznej państwa. Dotyczy to przede wszystkim zamówień udzielanych przez instytucje samorządowe odpowiedzialne za niesienie pomocy społecznej⁶¹.

60 Trudno wyobrazić sobie klauzulę dotyczącą wymogu zatrudnienia bezrobotnego będącego informatykiem.

61 Zadania, które mają realizować instytucje państwowe i samorządowe w związku z aktywizacją zawodową i społeczną tych osób, wskazane zostały w uchwale Rady Ministrów z dnia 10 marca 2015 r., nr 28/2015, RM-111-32-15.

Summary

Legal instruments supporting the social and professional integration of foreigners under international protection according to the public procurement regulations

The article presents the changes implemented into the public procurement regulation, which concern the legal instruments supporting social and professional integration or reintegration of members of the socially marginalized groups. It pays particular attention to refugees and beneficiaries of subsidiary protection. Firstly, it discusses the regulation of reserved contracts, then reserved contracts for certain services. It presents also the use of the employment social clause aimed at participation of people belonging to the socially marginalized groups during the performance of a public contract and the possibility of including social aspects creating contract award criteria as well. Key words: social clauses, public procurement, foreigner, refugee, international protection