EUROPA REGIONUM TOM XXIX ROK 2016

PROBLEMATYKA PRAWNA ŚWIADCZENIA USŁUG
O CHARAKTERZE PUBLICZNYM

DOI: 10.18276/er.2016.29-15

DR MAŁGORZATA MORAS

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
Katedra Prawa Administracyjnego i Zamówień Publicznych
e-mail: morasm@uek.krakow.pl

Zamawianie usług społecznych w świetle nowych przepisów z zakresu zamówień publicznych

Wprowadzenie

W 2014 roku uchwalono trzy nowe akty prawne na poziomie unijnym, tj. dyrektywę w sprawie zamówień publicznych (Dyrektywa klasyczna, 2014), dyrektywę w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dyrektywa sektorowa, 2014), a także dyrektywę w sprawie udzielania koncesji (Dyrektywa koncesyjna, 2014). Dwie pierwsze z powyżej wymienionych dyrektyw zostały wdrożone do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Ustawa, 2016), a trzecia z nich ustawą z dnia 21 października 2016 roku o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Ustawa, 2016). Podstawę dla dalszych rozważań stanowi dyrektywa klasyczna oraz ustawa Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych przez powyżej wspomnianą nowelizację (Ustawa, 2004).

Nowe regulacje prawne (Dyrektywa klasyczna, 2014 oraz Ustawa, 2004) zastępują dotychczasowy podział usług na priorytetowe oraz niepriorytetowe, wprowadzając nową kategorię usług społecznych i innych szczególnych usług określonych w załączniku XIV do dyrektywy klasycznej określanych ogólnie

jako usługi społeczne (Ustawa, 2004, art. 138g ust. 1). Usługi te ze względu na ich specyficzny charakter nie są zwykle przedmiotem zainteresowania usługodawców z innych państw członkowskich. Przyjmuje się, że wykonywane są w zasadzie przez podmioty krajowe (Szymańska, 2016, s. 163 i n.). Zainteresowanie usługodawców z innych państw członkowskich może pojawić się, gdy wartość usługi będzie wysoka. Dlatego też ustawodawca unijny zdecydował się na wprowadzenie podwyższonego progu dla ich zamawiania (750 000 euro dla zamówień klasycznych i 1 000 000 euro dla zamówień sektorowych). Z kolei łagodniejszy reżim prawny uzasadniony jest m.in. tym, że niektóre z tych usług świadczone są w określonym kontekście, mocno zróżnicowanym w zależności od państwa członkowskiego, np. z uwagi na różne tradycje kulturowe, co dotyczy szczególnie usług społecznych, zdrowotnych i edukacyjnych (Dyrektywa klasyczna, 2014, motyw 117).

Jednym z celów przyjęcia nowych rozwiązań prawnych na poziomie krajowym i unijnym było umożliwienie instytucjom zamawiającym lepszego wykorzystania zamówień publicznych na usługi społeczne. Jako istotne jawi się zatem przybliżenie tych regulacji w świetle nowych przepisów prawnych z zakresu zamówień publicznych.

1. Charakter prawny usług społecznych

Usługi na gruncie znowelizowanych przepisów prawnych zostały zdefiniowane w sposób otwarty. Zamówienie publiczne na usługi występuje, gdy jego przedmiot stanowi świadczenie usług innych niż te zakwalifikowane jako zamówienia na roboty budowlane (Dyrektywa klasyczna, 2014, art. 2 pkt 6 i 9). Polski ustawodawca reguluje tę kwestię w sposób zbliżony, odsyłając dodatkowo do definicji dostaw (Ustawa, 2004, art. 2 pkt 10). Innymi słowy usługą jest wszystko to, co nie jest dostawą lub robotą budowlaną.

Zdefiniowanie pojęcia usług jest trudne. Wskazuje się, że są to wszystkie czynności związane lub niezwiązane z zaspokojeniem potrzeb ludzkich, ale nie służące bezpośrednio wytwarzaniu przedmiotów (Lange, 1978, s. 19). Usługi mają charakter niematerialny. Cechuje je ogromna różnorodność, która utrudnia lub nawet uniemożliwia ich standaryzację i pomiar efektu.

Nowe regulacje prawne (Dyrektywa klasyczna, 2014, Ustawa, 2004) wprowadzają zamknięty katalog usług społecznych i innych szczególnych usług,

podlegających specjalnemu reżimowi. Założeniem ustawodawcy unijnego nie było bowiem wyłączenie przedmiotowych zamówień spod uregulowań prawnych w zakresie zamówień publicznych, ale stworzenie łagodniejszego reżimu prawnego ich udzielania¹.

Wspomnianym reżimem (Dyrektywa klasyczna, 2014, art. 74–77 oraz Ustawa, 2004, art. 138g–138s) objęte są wymienione w Załączniku XIV do dyrektywy klasycznej i szczegółowo zdefiniowane na poziomie kodów CPV (Rozporządzenie, 2002) usługi, w tym: usługi zdrowotne, społeczne i pokrewne, usługi administracyjne w zakresie edukacji, opieki zdrowotnej i kultury, świadczenia społeczne, inne usługi komunalne, socjalne i osobiste, w tym usługi świadczone przez związki zawodowe, organizacje polityczne, stowarzyszenia młodzieżowe i inne organizacje członkowskie, usługi religijne, usługi hotelowe i restauracyjne, inne usługi administracyjne i rządowe, świadczenie usług na rzecz społeczności, usługi detektywistyczne i ochroniarskie, usługi międzynarodowe, usługi pocztowe, usługi różne (np. bieżnikowania opon i usługi kowalskie). W załączniku XIV uwzględniono także usługi więziennictwa i bezpieczeństwa publicznego, o ile te usługi nie zostały wyłączone spod zakresu przedmiotowego przepisów unijnych (Dyrektywa klasyczna, 2014, art. 10 lit. h) oraz znowelizowanych przepisów krajowych (Ustawa, 2004, art. 4 pkt 3 lit. jb). To samo odnosi się do usług prawnych (Dyrektywa klasyczna, 2014, art. 10 lit. d, Ustawa, 2004, art. 4 pkt 3 lit. ea).

Część ze wskazanych powyżej usług będzie wchodzić w zakres szerszego pojęcia usług publicznych, które także nie zostały jednoznacznie zdefiniowane. W literaturze podkreśla się, że do kategorii usług publicznych można zaliczyć tylko te usługi, które służą osiągnięciu celów wyższych, stanowiąc o egzystencji wspólnoty obywateli. Podstawowym kryterium, decydującym o tym czy konkretne działania są usługą publiczną, jest służeńie interesowi publicznemu².

¹ W poprzednio obowiązujących przepisach zakresu zamówień publicznych (Dyrektywa, 2004) wskazano, że do zamówień określonych w Załączniku IIB mają zastosowanie wyłącznie określone przepisy (Dyrektywa, 2004, art. 23 i 35 ust. 4), co powodowało wątpliwości w praktyce. Były one rozstrzygane przez TS UE np. w wyr. z 17.03.2011 r., C-95/10, *Strong Segurança SA v. Município de Sintra i Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança*, Zb.Orz. 2011, s. 1–1865 (Pawelec, 2015, komentarz do art. 74, Legalis).

² Występują różne ujęcia interesu publicznego. Za Zimmermannem można wskazać, że: „Interes taki jest relacją między pewnym stanem faktycznym a jego oceną, zawierającą odpowiedź na pytanie, czy stan ten może przynieść jakieś korzyści ogółowi. W interesie publicznym leżą zatem postawy lub działania korzystne dla ogółu (społeczeństwa) i przeciwnie – działania dla ogółu niekorzystne są sprzeczne z interesem publicznym” (Zimmermann, 2014, s. 26).

Podkreśla się, że usługi publiczne można zdefiniować jako dobra publiczne, w stosunku do których niemożliwe jest wykluczenie kogokolwiek z korzystania z nich. Są to dobra, które niezależnie od liczby korzystających posiadają określoną wartość, której nie naruszają kolejni użytkownicy. Mając to na uwadze, można stwierdzić, że są to usługi świadczone przez administrację publiczną bezpośrednio ludności w ramach sektora publicznego lub przez podmioty prywatne zapewniające daną usługę (Kozuch, Kozuch, 2011, s. 34–38).

W tym miejscu można wskazać na przykładową klasyfikację współczesnych usług publicznych. Pierwszy rodzaj stanowią usługi i e-usługi administracyjne, do których zalicza się wydawanie dokumentów nie będących decyzjami administracyjnymi, zezwoleniami, koncesjami, wprowadzanie do baz danych uzyskiwanych bezpośrednio od klientów oraz wydawanie zezwoleń i decyzji w trybie zgodnym z kodeksem postępowania administracyjnego, a także wydawanie zezwoleń i koncesji dotyczących działalności gospodarczej reglamentowanej przez państwo. Kolejny rodzaj stanowią usługi i e-usługi społeczne. Do nich z kolei zalicza się ochronę zdrowia, oświatę i wychowanie, kulturę, kulturę fizyczną i rekreację, pomoc i opiekę społeczną, mieszkalnictwo, bezpieczeństwo publiczne. Ostatni rodzaj to usługi techniczne, czyli transport – usługi i infrastruktura, zaopatrzenie w wodę i kanalizacja, gospodarka odpadami oraz utrzymanie czystości i porządku, cmentarnictwo, zaopatrzenie w energię (elektroenergetyka, gazownictwo, ciepłownictwo), zieleń publiczna (Kozuch, Kozuch, 2011, s. 41).

Zgodnie z brzmieniem dyrektywy klasycznej „państwa członkowskie mogą organizować świadczenie obowiązkowych usług społecznych lub innych usług, takich jak usługi pocztowe, jako usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym lub jako usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym lub też jako połączenie obu tych rodzajów. Należy doprecyzować, że usługi o charakterze niegospodarczym, jeżeli są świadczone w interesie ogólnym nie powinny być objęte zakresem niniejszej dyrektywy” (Dyrektywa klasyczna, 2014, motyw 6).

Gospodarczy charakter usługi należy ocenić indywidualnie w odniesieniu do każdego przypadku, a rozróżnienie na usługi gospodarcze i niegospodarcze zależy od specyficznych warunków politycznych i gospodarczych w danym państwie członkowskim (Komunikat Komisji, 2011, s. 5).

Zgodnie ze stanowiskiem Szydły (Szydło, 2014, s. 116) należy wskazać, że „usługi niegospodarcze świadczone w interesie ogólnym to takie świadczenia, które są realizowane nie w otoczeniu rynkowym i na zasadach odbiegających od

zasad typowo komercyjnych, a więc w szczególności inaczej niż przez odpłatne oferowanie na rynku określonych usług. Usługi te realizują w swoim założeniu pewną misję publiczną, kojarzoną z interesem publicznym oraz z zasadami publicznymi. Usługi niegospodarcze w interesie ogólnym są najczęściej świadczone przez władze publiczne lub pod ich nadzorem. Do omawianej kategorii usług należą np. działania polegające na wykonywaniu władzy publicznej (np. sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, działalność wojska i policji), a także organizowanie i funkcjonowanie systemów ubezpieczenia społecznego i systemów opieki zdrowotnej opartych na zasadzie solidarności, będącej przeciwieństwem zasady kapitałowej”.

Należy także podkreślić, że zgodnie z przepisami unijnymi państwa członkowskie i organy publiczne zachowują swobodę samodzielnego świadczenia tzw. usług na rzecz osób (usługi społeczne, zdrowotne, edukacyjne) kwalifikowanych do usług społecznych i innych szczególnych usług lub ich organizacji w sposób niewymagający zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (Dyrektywa klasyczna, 2014, motyw 114). Brak przyjęcia takich rozwiązań oznacza stosowanie szczególnego, uproszczonego reżimu ich zamawiania, który jest uzasadniony także tym, że usługi w dziedzinie usług zdrowotnych, społecznych i kulturalnych określone są wprost jako usługi publiczne (Dyrektywa klasyczna, 2014, motyw 118). Dodatkowo, co do zasady powyżej wskazane usługi nie mają charakteru transgranicznego, czyli nie mają wpływu na funkcjonowanie unijnego rynku wewnętrznego. Przesłanka ta w decydujący sposób zaważyła o zakwalifikowaniu pozostałych usług, które nie mają charakteru usług publicznych, do usług społecznych i innych szczególnych usług, w stosunku do których stosuje się łagodniejszy reżim prawny (np. usługi ratownictwa, detektywistyczne, kowalskie itp.) i wspomniany wcześniej podwyższony próg wartościowy.

2. Procedura udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi

Ustawodawca unijny tworząc nowe przepisy z zakresu zamówień publicznych zdecydował o pozostawieniu państwom członkowskim swobody w zakresie organizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Regulacje unijne ograniczają się do wymogów rozpoczęcia procedury od ogłoszenia o zamówieniu, przeprowadzenia jej zgodnie z zasadami przejrzystości i równego traktowania wykonawców oraz zakończenia

publikacją ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (Dyrektywa klasyczna, 2014, art. 75 i art. 76).

W ślad za rozwiązaniami unijnymi do polskiego porządku prawnego z zakresu zamówień publicznych wprowadzono przepisy regulujące uproszczoną procedurę udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Zostały one umiejscowione w dziale III – przepisy szczególne, w rozdziale 6, który nosi tytuł „Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi”³. Ustawodawca zatem wybrał poprawną systematykę ustawową.

Jak już wcześniej wspomniano wprowadzono trzeci próg określony na potrzeby stosowania specjalnego reżimu zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Proóg ten jest wyższy niż w przypadku zamówień na pozostałe usługi⁴ i wynosi 750 000 euro dla zamówień klasycznych lub 1 000 000 euro dla zamówień sektorowych (Ustawa, 2004, art. 138g ust. 1 pkt 1 i pkt 2).

Ustawodawca polski zdecydował się na uregulowanie zarówno procedury poniżej jak i powyżej wskazanych progów.

Jeżeli wartość zamówienia na usługi społeczne jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 750 000 euro lub 1 000 000 euro, zamawiający obowiązany jest udzielając takiego zamówienia przestrzegać zasad przejrzystości, obiektywizmu i niedyskryminacji (Ustawa, 2004, art. 138o ust. 2). Jedynie przykładowo określono konieczne elementy kształtujące procedurę o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi oraz nałożono na zamawiającego obowiązki informacyjne związane z udzieleniem zamówienia publicznego albo jego nieudzieleniem (Ustawa, 2004, art. 138o ust. 3 ust. 4).

Nie oznacza to jednak, że zamówienia te mogą być udzielane w sposób dowolny. W tym miejscu należy wskazać, że udzielanie wszelkich zamówień publicznych przez instytucje zamawiające w poszczególnych państwach członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Traktat, 2016), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług oraz z zasadami z nich się wywodzącymi, tj. zasadą równego traktowania, zasadą niedyskryminacji, zasadą wzajemnego uznawania, zasadą

³ Wcześniej w ustawodawstwie krajowym i unijnym obowiązywał podział usług na priorytetowe i niepriorytetowe (art. 5 i art. 5a, dział I – przepisy ogólne, Ustawy, 2004).

⁴ Co do zasady próg na usługi wynosi 134 000 euro lub 207 000 euro, w zależności od zamawiającego.

proporcjonalności oraz zasadą przejrzystości (Dyrektywa klasyczna, 2014, motyw 1). Jednak zasady wynikające z prawa traktatowego odnoszą się wyłącznie do zamówień publicznych związanych z funkcjonowaniem europejskiego rynku wewnętrznego. Nie dotyczą natomiast zamówień o niewielkim znaczeniu gospodarczym, którymi podmioty z innych państw członkowskich nie byłyby zainteresowane z uwagi na rozmiary i strukturę rynku, geograficzną lokalizację miejsca spełnienia świadczenia lub inne indywidualne okoliczności (Komunikat, 2006). Tylko zatem tzw. zainteresowanie o charakterze transgranicznym wymusza udzielenie zamówienia z zastosowaniem procedury otwartej na rynek europejski (Raczkiewicz, 2009, s. 23 i n.). Tymczasem, jak już zostało wspomniane, zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi co do zasady nie wywołują takiego zainteresowania, jeżeli ich wartość ustalono poniżej wskazanych wcześniej progów. Niezależnie jednak od transgranicznego charakteru podprogowego zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi zamawiający powinni dokonywać wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, a także w sposób umożliwiający terminową realizację zadań oraz w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań (Ustawa, 2009, art. 44 ust. 3 pkt 1–3). Ograniczenia dla zamawiających wynikają także z Kodeksu cywilnego (Kodeks, 1964), a zwłaszcza z przepisów dotyczących niedozwolonych klauzul umownych (Kodeks, 1964, art. 58) lub też szczególnej formy umowy (Kodeks, 1964, art. 73 i n., Szostak, 2014, s. 16 i n.). Można też wskazać, że zastosowanie przez zamawiających w przypadku udzielania omawianych usług przepisów Kodeksu Cywilnego dotyczących przetargu (Kodeks, 1964, Art. 70¹ i n.), czyni zadość obowiązkowi jego udzielenia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący. Kodeksowy przetarg określany jest bowiem jako konkurencyjny sposób zawierania umowy, co następuje po przeprowadzeniu wielostronnego postępowania o charakterze eliminacyjnym (Robaczyński i in., Komentarz, 2014).

Szerzej uregulowana została procedura na usługi społeczne i inne usługi szczególne o wartości równej lub przekraczającej odpowiednio 750 000 euro i 1 000 000 euro. Udzielenie zamówienia na przedmiotowe usługi następuje na uprzywilejowanych zasadach, kształtowanych przez zamawiającego w granicach ustawowych (Ustawa, 2004, art. 138i–138s).

Zamawiający powinien przestrzegać regulacji ustawowych dotyczących obowiązków informacyjnych związanych ze wszczęciem postępowania przetargowego (Ustawa, 2004, art. 138i, art. 138j), komunikacji elektronicznej⁵, warunków ubiegania się o zamówienie (Ustawa, 2004, art. 22–22d), podstaw wykluczenia (Ustawa, 2004, art. 24), protokołu postępowania i sprawozdawczości⁶, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, z zastrzeżeniem, że zamawiający może je grupować kwartalnie i przekazywać w terminie 30 dni od ostatniego dnia każdego kwartału, a także kontroli sprawowanej przez Prezesa UZP oraz środków ochrony prawnej.

Zamawiający ma obowiązek sporządzenia należytego opisu przedmiotu zamówienia. Warto w tym miejscu wspomnieć, że znowelizowana ustawa Pzp wprost wskazuje na uwzględnianie aspektów społecznych w opisie przedmiotu zamówienia. Przykładowo w przypadku zamówień przeznaczonych do użytku osób fizycznych, w tym pracowników zamawiającego, opis przedmiotu zamówienia sporządza się z uwzględnieniem wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych lub projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników (Ustawa, 2004, art. 29 ust. 5).

Należy podkreślić, że sporządzenie dokumentacji przetargowej w formie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) nie jest obligatoryjne. Ważne jest, by w opisie przedmiotu zamówienia wskazać, które usługi są przedmiotem zamówienia, podając stosowne kody CPV zgodnie przepisami unijnymi (załącznik XIV do Dyrektywy klasycznej, 2014 oraz odpowiednio załącznik XVII do Dyrektywy sektorowej, 2014).

W celu przeprowadzenia postępowania przetargowego zamawiający może wybrać spośród trzech trybów udzielenia zamówienia, które mogą być przez niego swobodnie kształtowane, a odpowiadają one standardowo stosowanym trybom, tj. przetargowi nieograniczonemu, przetargowi ograniczonemu oraz negocjacji z ogłoszeniem. Zamawiający może jednak sam ustalić przebieg postępowania, dopuszczając negocjacje w trakcie procedury, samodzielnie określając

⁵ Z uwagi na przepisy temporalne komunikacja elektroniczna ma zostać wdrożona do 18.10. 2018 r.

⁶ Wszelkie działania zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia (wszystkie jego etapy), tj. wewnętrzne prace zamawiającego (np. członków komisji przetargowej), przygotowywanie dokumentów zamówienia, kwalifikacji kandydatów i udzielenia zamówienia podlegają obowiązkowi sprawozdawczemu. Obowiązki dotyczące dokumentowania udzielania zamówień oraz przechowywania dokumentacji przez okres 3 lat, licząc od daty udzielenia zamówienia, dotyczą wszystkich zamówień, także podprogowych.

warunki udziału w postępowaniu i dokumenty na potwierdzenie spełnienia tych warunków. Jak w przypadku każdego postępowania przetargowego konieczne jest jednak uwzględnienie jego specyfiki. Zamawiający ustala terminy składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem złożoności przedmiotu zamówienia oraz czasu potrzebnego na przygotowanie ofert lub wniosków (Ustawa, 2004, art. 138q). Może także odrzucić ofertę w przypadkach określonych w art. 89 (Ustawa, 2004, art. 138r w zw. z art. 89).

Interesującym rozwiązaniem jest natomiast możliwość odrzucenia oferty także w innych przypadkach, jeżeli zostały one przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu albo w warunkach zamówienia. Zamawiający decydując się na wprowadzenie dodatkowych przesłanek jest zobowiązany przestrzegać zasad unijnych, tj. zasady przejrzystości, zasady obiektywizmu i zasady równości oraz przestrzegania ogólnych zaleceń dotyczących wszystkich zamawiających, tj. obowiązku uwzględniania aspektów społecznych dotyczących przestrzegania prawa pracy i prawa socjalnego, prawa ochrony środowiska.

Ofertę najkorzystniejszą zamawiający wybiera wyłącznie na podstawie najlepszej relacji ceny lub kosztu i innych kryteriów, w szczególności jakości i zrównoważonego charakteru usług społecznych, ciągłości lub dostępności danej usługi lub kryterium stopnia uwzględnienia szczególnych potrzeb użytkownika usługi (Ustawa, 2004, art. 138r ust. 3). Zabronione jest zatem udzielanie zamówień wyłącznie na podstawie kryterium ceny lub kosztu, jako jedynego kryterium wyboru oferty.

Kryteriami oceny ofert mogą być, w szczególności: jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób niepełnosprawnych lub innych defaworyzowanych społecznie (Ustawa, 2004, art. 22 ust. 2), dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników (projektowanie), aspekty środowiskowe i innowacyjne (Ustawa, 2004, art. 91 ust. 2). Należy podkreślić, że wszystkie wprowadzone kryteria muszą gwarantować obiektywne porównanie i ocenę ofert oraz równe traktowanie wykonawców.

2.1. Usługi zastrzeżone

Znowelizowane przepisy z zakresu zamówień publicznych przewidują szczególne rozwiązania związane z udzielaniem zamówienia na usługi zdrowotne,

społeczne i kulturalne⁷, zwane usługami zastrzeżonymi, w ramach szczególnego reżimu usług społecznych i innych szczególnych usług (Ustawa, 2004, art. 138p).

Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia na powyżej określone usługi, mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają łącznie, ustalone *ex lege*, warunki. Jednym z nich jest, by celem ich działalności była realizacja zadań w zakresie użyteczności publicznej związanej ze świadczeniem tych usług oraz społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych, bezrobotnych, z zaburzeniami psychicznymi, pozbawionych wolności lub zwolnionych z zakładów karnych, bezdomnych, uchodźców lub objętych ochroną uzupełniającą, do trzydziestego roku życia lub po pięćdziesiątym roku życia posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia, będących członkami mniejszości znajdującej się w niekorzystnej sytuacji (Ustawa 2004, art. 138p ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 2).

Kolejna przesłanka, która musi być spełniona w celu zastosowania omawianego przepisu, to brak charakteru gospodarczego prowadzonej działalności przez wykonawcę ubiegającego się o zastrzeżone zamówienie. Ustawodawca wskazuje, że wykonawca ten nie może działać w celu osiągnięcia zysku oraz ma przeznaczać całość dochodu na realizację celów statutowych oraz nie może przeznaczać zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników⁸ (Ustawa, 2004, art. 138p ust. 1 pkt 2).

Trzecią przesłanką jest, by struktura zarządzania podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia zastrzeżonego lub ich struktura własnościowa opierała się na współzarządzaniu w przypadku spółdzielni, akcjonariacie pracowniczym lub zasadach partycypacji pracowników, co wykonawca określa w swoim statucie (Ustawa, 2004, art. 138p ust. 1 pkt 3).

Ostatni warunek związany jest z ograniczeniem czasowym zastosowania przepisu. Wykonawca może uzyskać zamówienie publiczne u tego samego zamawiającego spełniając powyżej określone warunki ustawowe tylko raz na trzy

⁷ Zamówienia zastrzeżone dotyczą m.in. usług administracyjnych w zakresie edukacji, opieki zdrowotnej, usług w zakresie pozyskiwania personelu pielęgnacyjnego, 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.

⁸ W przepisach unijnych 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 (Dyrektywa klasyczna, 2014, art. 77 ust. 2 lit. b).

lata, które liczone są wstecz od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (Ustawa, 2004, art. 138p ust. 1 pkt 4). W znowelizowanej ustawie Pzp zastrzeżono także, że taka umowa nie może zostać zawarta na okres dłuższy niż 3 lata (Ustawa, 2004, art. 138p ust. 2).

Reasumując, wprowadzono nową kategorię wykonawców, dla których można zastrzec prawo udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wówczas zamówienie będzie dostępne wyłącznie dla wykonawców spełniających wymagania ustawowe (Ustawa, 2004, art. 138p), z wyłączeniem innych, którzy w przypadku braku zastrzeżenia byłiby także zdolni do jego należytej realizacji. Celem przepisu jest umożliwienie dostępu do realizacji wskazanych usług dla wyspecjalizowanych podmiotów, które prowadzą działalność socjalną (*non-governmental organization* – *NGO*), czyli inaczej chodzi o wykonawcę zaliczanego do tzw. podmiotów ekonomii społecznej. Na gruncie prawa polskiego mogą to być stowarzyszenia, fundacje, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością „non profit”, pod warunkiem zgodności celów tych organizacji związanych ze świadczeniem usług wskazanych w nowych przepisach prawnych (Ustawa, 2004), oraz spółdzielnie socjalne. Należy podkreślić, że do udzielenia zamówień zastosowanie mają omówione powyżej (pkt 2) przepisy szczególne.

3. Wymogi stawiane wykonawcom

Wymogi stawiane wykonawcom ubiegającym się o zamówienia na usługi społeczne mogą mieć charakter ogólny oraz szczególny. Jest to uzależnione od tego z jakim zamówieniem mamy do czynienia, tj. zastrzeżonym czy niezastrzeżonym (Piotrowska, 2015, s. 189, 190).

Wymogi natury ogólnej mogą być nałożone na wykonawców w każdym postępowaniu. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu (tzw. warunki negatywne, których wystąpienie powoduje lub może powodować wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, jeżeli zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Są to tzw. warunki pozytywne, które mają potwierdzać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, np. odpowiednie zdolności techniczne lub zawodowe (Ustawa, 2004, art. 22 ust. 1 i 1a).

W przypadku warunków negatywnych wprowadzono podział na warunki obligatoryjne (Ustawa, 2004, art. 24 ust. 1) i fakultatywne (Ustawa, 2004, art. 24 ust. 5). Z warunków fakultatywnych zamawiający może zastrzec wszystkie, wybrane lub zdecydować się na wariant ograniczenia się do warunków obligatoryjnych. Jeżeli fakultatywne warunki zostaną zastrzeżone przez zamawiającego w warunkach zamówienia staną się bezwzględnie obowiązujące w ramach konkretnego postępowania przetargowego. Spośród tych warunków można wskazać obowiązek przestrzegania przez wykonawców przy realizacji zamówień publicznych obowiązujących przepisów z zakresu prawa socjalnego i prawa pracy (Dyrektywa klasyczna, 2014, motyw 39). W szczególności z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można wykluczyć wykonawcę, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych (Ustawa, 2004, art. 24 ust. 5 pkt 7).

Przewidziano też w ramach zasad ogólnych warunki szczególne, tj. zamówienia zastrzeżone (Ustawa, 2004, art. 22 ust. 2). Niezależnie od przedmiotu zamówienia może być ono zastrzeżone na rzecz podmiotów zatrudniających wymagany odsetek pracowników niepełnosprawnych lub innych osób defaworyzowanych (Ustawa, 2004, art. 22 ust. 2 i ust. 2a; por. Piotrowska, 2015, s. 189, 190).

Podsumowanie

Nowe regulacje prawne w zakresie udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi wynikają z wdrożenia nowych dyrektyw unijnych. Wcześniej obowiązujący podział usług na usługi priorytetowe i niepriorytetowe został zniesiony. Przedmiotowe usługi zostały dokładnie określone przez właściwe kody CPV, a ich udzielanie następuje w ramach łagodniejszego reżimu. Będzie mieć on zastosowanie, gdy wartość zamówienia na usługi społeczne lub inne szczególne usługi będzie równa lub przekroczy podwyższone progi wartościowe. Odmienne zasady będą mieć zastosowanie w przypadku zamówień na usługi o niższej wartości niż wskazane. W takim przypadku zamawiający sam określa szczegóły związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględniając jednak m.in. zasady stosowane przy wydatkowaniu środków publicznych (Ustawa, 2009). W ramach usług społecznych

i innych szczególnych usług uregulowane zostały także usługi, o które ubiegać mogą się wyłącznie wykonawcy spełniający wymagania ustawowe. Przedmiotem usług zastrzeżonych w ramach szczególnego reżimu ustawowego (Ustawa, 2004, art. 138i–138s) są usługi społeczne, zdrowotne i kulturalne doprecyzowane przez kody CPV. Regulacja ta ma na celu m.in. zapewnienie ciągłości usług publicznych.

Literatura

- Kożuch, B., Kożuch, A. (2011). Istota współczesnych usług publicznych. W: B. Kożuch, A. Kożuch (red.), *Usługi publiczne. Organizacja i zarządzanie* (s. 32–54). Pobrane z: <http://www-isp.miks.uj.edu.pl/pliki/e-monografie/monografia-8.pdf> (25.6.2016).
- Lange, O. (1978). *Ekonomia polityczna*. Warszawa: PWN.
- Pawelec, J. (2015). *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*. Wyd. 1. Komentarz do art. 74. Warszawa: C.H. Beck.
- Piotrowska, A. (2015). Zamawianie usług społecznych według nowych rozwiązań europejskich. *Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych*, 3 (46), 183–190.
- Raczkiewicz, Z. (2009). Prawo wspólnotowe a udzielanie zamówień publicznych o wartościach podprogowych. *Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych*, 1, 23.
- Robaczyński, W. (2014). Komentarz do art.70 (1) Kodeksu cywilnego, LEX. W: P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, B. Giesen, W.J. Katner, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Skoczny, T., Jurkowska, A., Bernatt M. (2008). *Charakter usług świadczonych przez podmioty sektora pozarządowego w Polsce na tle definicji usług ekonomicznych oraz nieekonomicznych w prawie wspólnotowym, w szczególności w świetle zakresu Dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym 2006/123/WE, z uwzględnieniem orzecznictwa ETS*. Pobrane z: <http://www.pozytek.gov.pl/files/Prawo/Uslugi%20nieekonomiczne%20-%20wersja%20final%20prof%20Skoczny.pdf> (27.06.2016).
- Szostak, R. (2014). Udzielanie drobnych zamówień wyłączonych spod przepisów Pzp. *Zamówienia Publiczne Doradca*, 4, 16.
- Szydło, M. (2014). Opinia prawna na temat nowych unijnych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji. *Zeszyty Prawnicze*, 2 (42), 110–132. Pobrane z: http://orka.sejm.gov.pl/wydbas.nsf/0/DF5AC3744CB5DA8AC1257D540038B-7DF/%24File/Strony%20od%20ZP_2_2014-7_Marek%20Szyd%C5%82o.pdf (26.6.2016).

Szymańska, A. (2016). Status drobnych zamówień transgranicznych – odrzucenie oferty przetargowej – glosa do wyroku TSUE z 16.4.2015 r. w sprawie C-278/14. *Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych*, 1, 163.

Zimmerman, J. (2014). *Prawo administracyjne* (s. 26), Warszawa: Wolters Kluwer.

Akty prawne

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z 31.3.2004 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Dz. Urz. UE L, 134/114.

Dyrektywa w sprawie zamówień Publicznych Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 w sprawie zamówień publicznych. Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65, z późn. zm.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych 2014/25/UE z 26.2.2014. Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 243, z późn. zm.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania koncesji 2014/23/UE z 26.2.2014. Dz.U. UE L, nr 94, poz. 1.

Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych z 1.08.2006. Dz. Urz. UE 2006, C 179/02. Pobrane z: [\(http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX:52006XC0801\(01\)\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX:52006XC0801(01)) (1.07.2016).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) nr 2195/2002 z 5.11.2002. Dz.U. L 340 z 16.12.2002, s. 1.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) z 7.06. 2016. Dz. Urz. UE.C 2016, nr 202, s. 47.

Ustawa o finansach publicznych z 27.8.2009. T.j. Dz.U. 2013, poz. 885, z późn. zm.

Ustawa Kodeks cywilny z 23.4.1964. T.j. Dz. U. 2016, poz. 380, z późn. zm.

Ustawa Prawo zamówień publicznych z 29.1.2004. T.j. Dz.U. 2015, poz. 2164, z późn. zm. Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi z 21.10.2016. Pobrane z: [\(http://orka.sejm.gov.pl/proc8.nsf/ustawy/612_u.htm#_ftn1\)](http://orka.sejm.gov.pl/proc8.nsf/ustawy/612_u.htm#_ftn1) (29.10.2016).

Ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z 22.6.2016. Dz.U. 2016, poz. 1020.

Streszczenie

Celem artykułu jest przedstawienie nowych regulacji prawnych w zakresie zamawiania usług społecznych i innych szczególnych usług w świetle znowelizowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Nowa regulacja prawna uprasza procedurę ich zamawiania, pozostawiając znaczną swobodę w zakresie jej ukształtowania zamawiającemu. Z uwagi na szczególny charakter tych usług zdecydowano, że podlegać będą nie tylko łagodniejszemu reżimowi, lecz także wyższemu progowi wartościowemu, niż próg mający zastosowanie do innych usług. Nowe przepisy wprowadzają także zamówienia zastrzeżone, których można udzielić wykonawcom spełniającym szczególne wymagania ustawowe.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, usługi społeczne, procedura, zamawiający, wykonawca, zamówienia zastrzeżone

Contracting social services according to new Polish regulations

Summary

The aim of the article is to specify new regulations concerning contracting social and others specific services according to the revised Public Procurement Act. The new regulations simplify the procedure of contracting those services, leaving considerable freedom of its setting by the purchaser. Moreover, a new threshold for social and other specific services contracts is specified. New regulations have also introduced contracts reserved for social economy contractors who meet the statutory requirements.

Keywords: public procurement, social services, procedure, purchaser, contractor, reserved contracts