

Maciej Lubiszewski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-8261-7917

Klauzula dotycząca zatrudnienia z art. 29 ust. 3a Prawa zamówień publicznych z perspektywy art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych

Uwagi wprowadzające

Mogłoby się wydawać, że prawa człowieka i zamówienia publiczne to odległe od siebie rzeczywistości, które nie mają żadnych punktów styecznych. To nieprawda – takie punkty istnieją i zostały dostrzeżone stosunkowo dawno. Nie jest to miejsce na szczegółową prezentację antecedencji, warto jednak przywołać Konwencję Międzynarodowej Organizacji Pracy¹ nr 94 z 29.06.1949 r. dotyczącą klauzul zatrudnieniowych w umowach publicznych (ang. *Convention concerning Labour Clauses in Public Contracts*)². Konwencja ta weszła w życie 20.09.1952 r. i wiąże obecnie tylko 63 państwa, w tym jedynie 9 państw członkowskich Unii Europejskiej³. Niewielka popularność tej konwencji wśród członków Międzynarodowej Organizacji Pracy jest jednym z przejawów szerszego procesu wypierania standardów społecznych (promowanych przez MOP) ze sfery stosunków gospodarczych. Niektórzy badacze łączą to zjawisko z kryzysem gospodarczym lat 70. i narastającą krytyką doktryny *welfare state* przez ekonomistów skupionych wokół dynamicznie rozwijającej się OECD⁴. Obecnie można odnotować renesans standardów społecznych w stosunkach gospodarczych, czego dowodem mogą być inicjaty-

¹ Dalej także jako MOP.

² Jej tekst w językach autentycznych jest dostępny na stronie Międzynarodowej Organizacji Pracy pod adresem: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C094 (data dostępu: 16.10.2019).

³ Austrię, Belgię, Bułgarię, Danię, Finlandię, Francję, Hiszpanię, Holandię i Włochy.

⁴ Por. np. M. Leimgruber, *The Embattled Standard-bearer of Social Insurance and Its Challenger: The ILO, The OECD and the 'Crisis of the Welfare State', 1975–1985*, [w:] S. Kott, J. Droux (eds.), *Globalizing Social Rights. The International Labour Organization and Beyond*, Basingstoke 2013, s. 293 i n.

wy podejmowane na forum ONZ, które doprowadziły do przyjęcia przez Radę Praw Człowieka *Wytycznych dotyczących biznesu i praw człowieka: wdrażanie dokumenty ramowego ONZ „Chronić, szanować, naprawiać”* z 21.03.2011 r.⁵ Trzeba też wspomnieć o aktywności Unii Europejskiej w tej dziedzinie, a w szczególności przywołać rozwiązania prospołeczne, wprowadzone lub rozwinięte w unijnych dyrektywach zamówieniowych, czy też inicjatywę Komisji Europejskiej z 26.04.2017 r. w sprawie europejskiego filaru praw socjalnych⁶. Także wśród przedstawicieli nauki widoczne jest rosnące zainteresowanie stykiem biznesu i praw człowieka, czego dowodem może być utworzenie w 2016 r. periodyku naukowego poświęconego tym zagadnieniom (*The Business and Human Rights Journal*) wydawanego przez prestiżowe Cambridge University Press⁷.

Z punktu widzenia niniejszego opracowania najistotniejsze są rozwiązania prospołeczne, zawarte w nowych dyrektywach regulujących udzielanie zamówień publicznych z 2014 r.⁸ Nie ma potrzeby ich omawiania w tym miejscu, natomiast na komentarz zasługuje treść załączonych do dyrektyw wykazów międzynarodowych konwencji w zakresie prawa socjalnego i prawa ochrony środowiska⁹. Jeżeli chodzi o „prawo socjalne” wykazy wyliczają jedynie wybrane konwencje MOP. Można to do pewnego stopnia wytłumaczyć wzmożoną aktywnością Międzynarodowej Organizacji Pracy i renesansem jej standardów. Z drugiej jednak strony poważne wątpliwości budzi pominięcie pozostałych traktatów systemu ONZ, choćby Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, konwencji Rady Europy, jak np. Europejskiej Karty Społecznej oraz, co jest największym zaskoczeniem, Karty praw podstawowych, która zgodnie ze swoim art. 51 ma zastosowanie w zakresie, w jakim organy unijne i państwa członkowskie stosują prawo UE.

⁵ Human Rights Council, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations „Protect, Respect and Remedy” Framework*, A/HRC/17/31. Podobny dokument przyjął 2.03.2016 r. Komitet Ministrów Rady Europy – zob. *Zalecenie Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie praw człowieka i biznesu*, CM/Rec, (2016)3.

⁶ https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights_en (data dostępu: 27.12.2018).

⁷ <https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal> (data dostępu: 27.12.2018).

⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.); 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 (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 243, z późn. zm.); Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 1, z późn. zm.).

⁹ W Dyrektywie 2014/23/UE oraz 2014/24/UE jest to załącznik nr 10, natomiast w Dyrektywie 2014/25/UE – załącznik nr 14.

Problematyka relacji praw człowieka i zamówień publicznych jest bardzo złożona oraz wielowątkowa i jako taka wymaga pogłębionych badań. Z oczywistych względów tematyka artykułu musi zostać ograniczona do takich ram, które pozwolą sprostać zrozumiałym wymogom redakcyjnym.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest analiza klauzuli dotyczącej zatrudnienia z art. 29 ust 3a Prawa zamówień publicznych¹⁰ z perspektywy prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy, zagwarantowanego w art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych¹¹.

Pominięte zostaną inne rozwiązania prospołeczne, nawet zbliżone treścią do wskazanej wyżej klauzuli, jak np. niektóre obligatoryjne¹² i fakultatywne¹³ podstawy wykluczenia wykonawcy, kryteria oceny ofert¹⁴, mechanizmy weryfikacji rażąco niskiej ceny¹⁵. Pominięte zostaną również inne niż Pakt instrumenty międzynarodowe¹⁶.

Zamawiający jako podmiot zobowiązany z tytułu praw człowieka

Normatywnym źródłem prawnomiędzynarodowych standardów z dziedziny praw człowieka są przede wszystkim umowy międzynarodowe¹⁷. W konsekwencji podmiotem zobowiązanym z tytułu prawa międzynarodowego praw człowieka jest państwo-strona danego traktatu¹⁸ i wszystkie jego działania mogą być oceniane pod kątem zgodności z międzynarodowo gwa-

¹⁰ Ustawa z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm. Dalej także jako PZP.

¹¹ Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 169. Dalej także jako MPPGSiK albo Pakt. Traktat ten zostanie krótko scharakteryzowany w dalszej części opracowania.

¹² Por. art. 24 ust 1 pkt 13 lit. a PZP oraz art. 24 ust 1 pkt 15 PZP.

¹³ Por. art. 24 ust 5 pkt 5–8 PZP.

¹⁴ Por. art. 91 ust 2 pkt 2 PZP.

¹⁵ Por. art. 90 ust 1 pkt 1 i 3 PZP.

¹⁶ O gwarancjach w zakresie prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy w europejskim systemie ochrony praw człowieka por. m.in. K. Naumowicz, *Prawo do sprawiedliwych warunków pracy jako implementacja zasady sprawiedliwości w Europejskiej Karcie Społecznej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, nr 32, s. 181 i n.

¹⁷ Do innych źródeł prawa międzynarodowego praw człowieka można zaliczyć m.in. zwyczaj międzynarodowy, jednak ten wątek znacznie wykracza poza zakres niniejszego opracowania.

¹⁸ Jest to pewne uproszczenie. Pomijam w tym miejscu kwestię innych podmiotów zobowiązanych – zwłaszcza pozostałych podmiotów prawa międzynarodowego (np. organizacji międzynarodowych) i tzw. podmiotów niepaństwowych (ang. *non-state actors*). Ponadto zdarzyć się może, że norma traktatowa odzwierciedla normę zwyczajową i – jako taka – obowiązuje również państwa (lub inne podmioty), które nie związały się danym traktatem. To są kwestie z pewnością pasjonujące, jednak drugorzędne z punktu widzenia tej publikacji.

rantowanymi prawami człowieka, pod warunkiem, że oceniane zachowania można przypisać państwu¹⁹.

Analizując powyższe twierdzenie od strony przedmiotowej, należy zauważyć, że ocenie może podlegać prawodawstwo, wymiar sprawiedliwości, działania organów administracji publicznej – zarówno te o charakterze władczym, jak i niewykazujące tej cechy. W grę wejdą więc m.in. umowy zawierane przez podmioty publiczne²⁰.

Z kolei patrząc na poruszoną kwestię z perspektywy podmiotowej, międzynarodowe standardy z dziedziny praw człowieka znajdują zastosowanie w toku działalności ustawodawcy, sądów, organów administracyjnych i innych podmiotów, których działania bądź zaniechania można przypisać państwu. W tej ostatniej grupie należy widzieć państwowe jednostki organizacyjne, podmioty znajdujące się pod kontrolą (np. właścicielską) państwa, ale także podmioty spoza sfery publicznej, wykonujące zadania publiczne. Warto też nadmienić, że z punktu widzenia prawa międzynarodowego praw człowieka nie ma znaczenia okoliczność, czy dany podmiot usytuowany jest w strukturze władzy centralnej, czy też na szczeblu samorządu terytorialnego.

Przechodząc na grunt polskiego systemu zamówień publicznych należy stwierdzić, że podmiotami zobowiązanymi do stosowania międzynarodowych standardów z dziedziny praw człowieka są zamawiający, a w szczególnych przypadkach – nawet wykonawcy.

Rolę zamawiających przyjmują różnego rodzaju instytucje tworzące aparat państwowy, w tym organy państwa (np. sądy, organy administracyjne, urzędy), jednostki samorządu terytorialnego (np. gminy), państwowe albo samorządowe jednostki organizacyjne (np. centra usług wspólnych), podmioty ulokowane w strukturze właścicielskiej państwa (np. tzw. podmioty prawa publicznego, o których mowa w art. 3 ust 1 pkt 3 PZP) albo podmioty prywatne znajdujące się w okolicznościach skutkujących obowiązkiem stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych (np. zamawiający sektorowy wykonujący działalność na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych²¹).

Można też wskazać sytuacje, w których – obok zamawiających – również wykonawcy będą podmiotami zobowiązanymi z tytułu prawa międzynarodowego praw człowieka. Przykładem może być podmiot znajdujący się pod kontrolą właścicielską państwa, realizujący zamówienie publiczne (np. spółka gminna, która uzyskała zamówienie na odbiór i zagospodarowanie odpadów).

¹⁹ Normy regulujące odpowiedzialność prawnomiędzynarodową państw, w tym zasady przypisania działań państwu, zostały zebrane w Artykułach Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państw za akty międzynarodowo bezprawne przyjęte w rezolucji nr 56/83 Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z 12.12.2001 r., A/RES/56/83. Polskie tłumaczenie Artykułów – zob. M. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe*, Toruń 2013, s. 289 i n.

²⁰ Por. M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 64 i n.

²¹ Por. art. 3 ust 1 pkt 4 PZP – taka sytuacja obecnie nie występuje w Polsce.

Niekiedy także podmiot prywatny może znaleźć się w takiej sytuacji (np. koncesjonariusz, który uzyskał koncesję, a więc szczególnie rodzaj zamówienia publicznego, a następnie sam udziela zamówień w celu wykonania koncesji).

Konkludując powyższe uwagi należy stwierdzić, że z perspektywy międzynarodowej podmiotem zobowiązanym z tytułu praw człowieka jest państwo (jako podmiot prawa międzynarodowego zdolny do ponoszenia odpowiedzialności międzynarodowej) i to ono będzie odpowiadało za naruszenia zobowiązań prawnomiędzynarodowych, nawet jeżeli wynikają one z działań w sferze zamówień publicznych, o ile działania te będzie można przypisać państwu²². Natomiast z perspektywy krajowej podmiotem zobowiązanym z tytułu praw człowieka (choć już bez przymiotu podmiotowości prawnomiędzynarodowej) będą przede wszystkim zamawiający, a w niektórych sytuacjach również wykonawcy, jeżeli ich aktywność będzie można przypisać państwu.

Krótką charakterystyka Paktu i wynikających z niego zobowiązań

Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (ang. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*) został przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w rezolucji 2200A(XXI) z dnia 16.12.1966 r.²³ Umowa ta weszła w życie 3.01.1976 r. po uzyskaniu 35 ratyfikacji²⁴. Obecnie wiąże 169 państw, w tym wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej²⁵. Polska podpisała Pakt 2.03.1967 r., a ratyfikowała go 18.03.1977 r.

Traktat ten gwarantuje szereg praw zaliczanych do tzw. drugiej generacji praw człowieka, takich jak prawo do pracy²⁶, wolności związkowe²⁷, prawo do zabezpieczenia społecznego²⁸, prawo do ochrony zdrowia²⁹, prawo do nauki³⁰ czy też prawo do udziału w życiu kulturalnym³¹.

²² W czerwcu 2017 r. taki pogląd sformułował też Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych w swoich najnowszych Uwagach Ogólnych nr 24 – zob. General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities, 23.06.2017, E/C.12/GC/24, §11.

²³ Tekst rezolucji wraz z załączonymi Międzynarodowym Paktem Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych oraz Międzynarodowym Paktem Praw Obywatelskich i Politycznych z Protokołem Fakultatywnym do tego ostatniego dostępne są pod adresem: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2200\(XXI\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2200(XXI)) (data dostępu: 16.10.2019).

²⁴ Art. 27 ust. 1 MPPGSiK.

²⁵ Podane za: <http://indicators.ohchr.org/> (data dostępu: 16.10.2019).

²⁶ Art. 6 MPPGSiK.

²⁷ Art. 8 MPPGSiK.

²⁸ Art. 9 MPPGSiK.

²⁹ Art. 12 MPPGSiK.

³⁰ Art. 13 MPPGSiK.

³¹ Art. 15 MPPGSiK.

Cechą szczególną zobowiązań wynikających z MPPGSiK jest ich progresywny charakter. Art. 2 nakłada na państwa-strony obowiązek podjęcia kroków „w celu stopniowego osiągnięcia pełnej realizacji praw uznanych w niniejszym Pakcie”. W doktrynie prezentowany jest niekiedy pogląd, że takie rozwiązanie poważnie osłabia zobowiązania państw-stron. Istotnie, progresywność zobowiązań może utrudniać ocenę, czy i w jakim stopniu państwo realizuje postanowienia Paktu oraz – tym samym – kiedy te postanowienia są naruszane³². Nie może być ona jednak rozumiana jako „wypłukująca” zobowiązania traktatowe z jakiegokolwiek treści. Progresywność zobowiązań wynikała z uznania faktu, iż co do zasady nie jest możliwe urzeczywistnienie w krótkim okresie wszystkich praw zagwarantowanych w Pakcie. Obecnie trudno obronić tezę, iż państwa, które związały się traktatem 40 lat temu nadal są na etapie „stopniowej” realizacji stypulacji z 1966 roku³³.

W doktrynie niemałą wagę przywiązuje się do typologii zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego praw człowieka³⁴. W systemie uniwersalnym, zwłaszcza w sferze praw drugiej generacji, ugruntowało się ich trójdzielne ujęcie, zgodnie z którym na państwach spoczywa obowiązek poszanowania, ochrony i wypełniania³⁵. Zobowiązanie poszanowania polega na powstrzymaniu się od działań, które naruszałby integralność lub wolność jednostki. W przeciwieństwie do tego zobowiązania, pozostałe obowiązki wymagają od państwa aktywności. Obowiązek ochrony jest zobowiązaniem do podjęcia kroków koniecznych do powstrzymania innych osób od naruszania praw jednostki, natomiast obowiązek wypełniania polega na przyjęciu środków służących zagwarantowaniu pełnego urzeczywistnienia praw jednostki³⁶. Odniesienie tej typologii do prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy nastąpi w dalszej części niniejszego opracowania.

Podobnie jak większość tzw. *core instruments*, tj. najważniejszych traktatów z dziedziny praw człowieka przyjętych w ONZ, Pakt został wyposażony w mechanizmy kontrolne oparte na Komitecie – międzynarodowym organie kontrolnym, który w przypadku omawianego traktatu nosi nazwę: Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych³⁷. Podstawowym

³² Z. Kulińska-Kępa, *Prawa obywatelskie i polityczne a prawa gospodarcze, społeczne i kulturalne. Porównanie systemów ochrony*, Warszawa 2017, s. 139.

³³ Z drugiej strony mechanizm stopniowej realizacji może być wykorzystany jako argument uzasadniający niepełne wdrożenie gwarancji wynikających z Paktu przez państwa, które stosunkowo niedawno związały się tym traktatem, np. przez Republikę Południowej Afryki związaną Paktem dopiero od 2015 r.

³⁴ Por. np. E. Morawska, *Zobowiązania pozytywne państw-stron Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2016, s. 138 i n.

³⁵ Ibidem, s. 184. Zob. też Z. Kulińska-Kępa, op. cit., s. 139.

³⁶ E. Morawska, op. cit., s. 182.

³⁷ Dalej także jako KPGSiK albo Komitet. W przeciwieństwie do innych komitetów (powołanych mocą danego traktatu) Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych został utworzony na podstawie rezolucji Rady Gospodarczej i Społecznej z 28.05.1985 r. nr 1985/17

mechanizmem kontrolnym są sprawozdania państw-stron Paktu, badane przez Komitet, który wydaje tzw. Konkluzje (niekiedy zwane Uwagami Końcowymi), zawierające m.in. ocenę realizacji Paktu przez dane państwo (aspekty pozytywne i negatywne) oraz zalecenia.

Kolejnymi mechanizmami kontrolnymi są mechanizmy skargowe, wszczynane poprzez złożenie zawiadomienia indywidualnego albo między-państwowego oraz tzw. niezależne śledztwo. Z punktu widzenia niniejszego opracowania ich znaczenie jest marginalne i nie zostaną tu bliżej omówione.

Niezależnie od mechanizmów kontrolnych, KPGSiK wydaje tzw. Komentarze Ogólne (ang. *General Comments*) zwane niekiedy Uwagami Ogólnymi. Komitet dokonuje w nich interpretacji wybranego postanowienia Paktu. Komentarze Ogólne nie mają charakteru wiążącego, jednak stanowią „jedno z niewielu źródeł spójnej wykładni prawa”³⁸.

Art. 7 MPPGSiK i jego implikacje w sferze zamówień publicznych

Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych gwarantuje m.in. prawo do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy, wyrażone w art. 7, który brzmi:

„Państwa Strony niniejszego Paktu uznają prawo każdego do korzystania ze sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy, obejmujących w szczególności:

- a) wynagrodzenie zapewniające wszystkim pracującym jako minimum:
 - i) godziwy zarobek i równe wynagrodzenie za pracę o równej wartości bez jakiegokolwiek różnicy; w szczególności należy zagwarantować kobietom warunki pracy nie gorsze od tych, z jakich korzystają mężczyźni, oraz równą płacę za równą pracę;
 - ii) zadowalające warunki życia dla nich samych i ich rodzin zgodnie z postanowieniami niniejszego Paktu;
- b) warunki pracy odpowiadające wymaganiom bezpieczeństwa i higieny;
- c) równe dla wszystkich możliwości awansu w pracy na odpowiednio wyższe stanowisko w oparciu jedynie o kryteria stażu pracy i kwalifikacji;
- d) wypoczynek, wolny czas i rozsądne ograniczenie czasu pracy, okresowe płatne urlopy oraz wynagrodzenie za dni świąteczne.”

– por. M. Lubiszewski, *Kodyfikacja ochrony praw człowieka w systemie uniwersalnym*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 64.

³⁸ Z. Kulińska-Kępa, op. cit., s. 237.

Przepis ten doczekał się Uwag Ogólnych³⁹. Ponadto Komitet odniósł się do art. 7 Paktu w swoich najnowszych Uwagach Końcowych, dotyczących ostatecznego sprawozdania okresowego Polski⁴⁰. Wymienione wyżej dokumenty będą podstawą ustalenia zakresu zobowiązań Polski, wynikających z art. 7 MPPGSiK i ich implikacji w sferze zamówień publicznych. Pewną pomocą będzie służył również najnowszy dokument Komitetu – Uwagi Ogólne nr 24 z 23.06.2017 r.

Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych konsekwentnie dostrzega trzy poziomy zobowiązań państw: zobowiązanie do poszanowania, ochrony oraz do wypełniania, przy czym w tym ostatnim wyróżnia obowiązek ułatwienia (ang. *facilitate*), promocji (ang. *promote*) i zapewnienia (ang. *provide*)⁴¹.

Obowiązek poszanowania polega na powstrzymaniu się państwa (tj. podmiotów, których zachowania można przypisać państwu) od naruszania prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy. Dotyczy to przede wszystkim sytuacji, w których państwo jest pracodawcą⁴². W naszym kraju powszechnie znany jest problem nakłaniania, czy wręcz zmuszania pracowników podmiotów publicznych do przechodzenia na tzw. samozatrudnienie, czyli przekształcania umów o pracę w umowy cywilnoprawne. W Uwagach Końcowych Komitet dostrzegł ten problem wyrażając swoje „zaniepokojenie wysokim wskaźnikiem umów terminowych, w szczególności umów cywilnoprawnych i wysokim odsetkiem nisko opłacanych posad”. W opinii Komitetu „umowy cywilnoprawne mogą negatywnie wpłynąć na prawo do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy” zagwarantowane w art. 7 MPPGSiK. W konkluzji Komitet zalecił państwu wprowadzenie wszelkich stosownych środków, które stopniowo zredukują takie praktyki, m.in. poprzez stwarzanie warunków zapewniających bezpieczeństwo pracy i uczciwe wynagrodzenie⁴³.

Obowiązek ochrony rozumiany jest jako wymóg zagwarantowania, by osoby trzecie (np. prywatni przedsiębiorcy) nie naruszały prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy⁴⁴. Państwa-strony Paktu powinny m.in. zapewnić efektywne wdrożenie ustawodawstwa gwarantującego minimalne wynagrodzenie i minimalne standardy warunków pracy. Komitet oczekuje od władz krajowych nakładania różnego rodzaju sankcji na podmioty, które naruszają prawo jednostki do sprawiedliwych i korzystnych warun-

³⁹ General comment No.23 (2016) on the right to just and favourable conditions of work (article 7 of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 27.04.2016, E/C.12/GC/23. Dalej jako Uwagi Ogólne nr 23.

⁴⁰ Concluding observations on the sixth periodic report of Poland, 26.10.2016 r., E/C.12/POL/CO/6. Dalej jako Uwagi Końcowe.

⁴¹ Uwagi Ogólne nr 23, § 58–64.

⁴² Ibidem, § 58.

⁴³ Uwagi Końcowe, § 19a.

⁴⁴ Uwagi Ogólne nr 23, § 59.

ków pracy. Wśród postulowanych sankcji Komitet wymienił powstrzymanie się od udzielania zamówień publicznych takim podmiotom⁴⁵.

Wprowadzenie klauzuli dotyczącej zatrudnienia (art. 29 ust 3a Prawa zamówień publicznych) było motywowane potrzebą wdrożenia postanowień dyrektyw unijnych z 2014 r. – dyrektywy te były jedynym normatywnym źródłem rozwiązań prospołecznych, proponowanych w nowelizacji. Nie zmienia to jednak faktu, iż klauzula z art. 29 ust 3a PZP może być postrzegana jako wypełnienie zobowiązań poszanowania i ochrony, wynikających z art. 7 MPPGSiK statuującego prawo do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy. Dostrzegł to Rzecznik Praw Obywatelskich w toku procedury sprawozdawczej prowadzonej przed Komitetem Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. W swojej Informacji wskazał, że rozwiązania prospołeczne, w tym klauzula dotycząca zatrudnienia, stanowią przejaw realizacji przez Polskę prawa do pracy (art. 6 Paktu)⁴⁶. Komitet w swoich Uwagach Końcowych wprawdzie nie odniósł się wprost to tych informacji, jednak zbadł sygnalizowany przez Rzecznika problem umów cywilnoprawnych z perspektywy art. 7 Paktu⁴⁷.

Obowiązek wypełniania jest realizowany poprzez przyjęcie przez państwa-strony Paktu środków niezbędnych do zagwarantowania pełnego urzeczywistnienia prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy. Komitet poświęcił temu obowiązkowi sporo miejsca w Uwagach Ogólnych nr 23, jednak rozważania nie odnoszą się bezpośrednio do sfery zamówień publicznych. Nie oznacza to jednak, że takie odniesienia są niemożliwe.

Obligatoryjne klauzule społeczne to mechanizm, dzięki któremu beneficjenci prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy mogą efektywnie z tego prawa korzystać, czego nie mogliby osiągnąć na własną rękę. Wprowadzenie tego rozwiązania stanowi więc realizację obowiązku wypełniania w aspekcie zapewnienia⁴⁸.

Art. 154 pkt 10 Prawa zamówień publicznych zobowiązuje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do przygotowania i upowszechniania wzorcowych dokumentów. Jednym z nich jest „Zmodyfikowana w zakresie uzgodnionym pomiędzy Prezesem UZP a GIODO klauzula dotycząca zatrudnienia na podstawie umowy o pracę”⁴⁹. Opracowanie i upowszechnienie wzorcowej klau-

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Information provided by the Commissioner for Human Rights of the Republic of Poland in accordance with the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in connection with ten consideration of the sixth periodic report of Poland (E/C.12/POL/6), 12.09.2016, § 16.

⁴⁷ A częściowo także z perspektywy art. 9 Paktu gwarantującego prawo do zabezpieczenia społecznego.

⁴⁸ Komitet niekiedy określa to jako *obligation to fulfil (provide)*.

⁴⁹ Dokument jest opublikowany na stronie Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/wzorcowe-dokumenty/wzory-oswiadczen-i-dokumentow-z-zakresu-znowelizowanych-przepisow-ustawy-pzp> (data dostępu: 16.10.2019 r.). Ustalenia

zuli zatrudnieniowej stanowi znaczące ułatwienie dla zamawiających, którzy mogą w prawidłowy i efektywny⁵⁰ sposób zobowiązać wykonawców do zatrudnienia osób realizujących zamówienie publiczne na podstawie umowy o pracę. Pośrednim beneficjentem tego rozwiązania są podmioty prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy. Uzasadniona zatem będzie teza, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zrealizował obowiązek wypełniania w aspekcie ułatwienia⁵¹.

Dnia 29.03.2017 r. Rada Ministrów przyjęła „Zalecenia w sprawie uwzględniania przez administrację rządową aspektów społecznych w zamówieniach publicznych”⁵². Już we wstępie do zaleceń Rząd ujawnił, że celem „wzmocnienia działań na rzecz powszechnego uwzględniania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych” jest „wsparcie zrównoważonego rozwoju społeczno-ekonomicznego kraju, uwzględniającego (...) stabilność zatrudnienia i prawo do godnej pracy (...)”⁵³. Zamawiający należący do sektora rządowego zostali zobowiązani „do zapewnienia, aby w jednostkach, którymi kierują aspekty społeczne, w tym w szczególności klauzule społeczne, były uwzględniane w możliwie jak najszerszym zakresie oraz w jak największej liczbie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego”⁵⁴. Rozważenie zasadności zastosowania klauzul społecznych powinno nastąpić już na etapie planowania postępowania⁵⁵. Ponadto Rada Ministrów zaleciła stosowanie rozwiązań prospołecznych w postępowaniach, które nie są objęte obowiązkiem stosowania Prawa zamówień publicznych⁵⁶. Wreszcie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych został zobowiązany do objęcia monitoringiem „stopnia uwzględniania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych, udzielanych przez jednostki administracji rządowej”⁵⁷.

Niezależnie od zaleceń wydanych przez Radę Ministrów, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych opublikował materiały poświęcone zagadnieniom społecznym w kontekście zamówień publicznych, w tym dość obszerny pod-

z Generalnym Inspektorem Danych Osobowych dotyczyły zakresu informacji o pracowniku (jego danych osobowych), jakich może żądać zamawiający na podstawie klauzuli zatrudnieniowej.

⁵⁰ Zwłaszcza dzięki proponowanym mechanizmom weryfikacji faktycznego zatrudnienia pracowników.

⁵¹ Ang. *obligation to fulfil (faciliate)*.

⁵² Dalej jako Zalecenia. Dokument opublikowany został na stronie Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/zrownowazone-zamowienia-publiczne/spoleczne-zamowienia/przydatne-dokumenty/linki-i-zalaczniki/zalecenia-w-sprawie-uwzgledniania-przez-administracje-rzadowa-aspektow-spoecznych-w-zamowieniach-publicznych> (data dostępu: 27.12.2018).

⁵³ Zalecenia, s. 1.

⁵⁴ Ibidem, s. 4.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibidem, s. 5.

ręcznik⁵⁸. Materiały te zostały udostępnione wszystkim zainteresowanym na stronie internetowej Urzędu⁵⁹.

Obok działalności wydawniczej, Urząd Zamówień Publicznych organizuje również szkolenia dotyczące aspektów społecznych. Co ważne, odbywają się one nie tylko w Warszawie, ale także w innych miastach, co z pewnością zwiększa ich dostępność.

Opisane wyżej działania można zakwalifikować jako realizację obowiązku wypełniania w aspekcie promocji⁶⁰. Podobnie jak w przypadku aspektu ułatwiania, tu również efekt wystąpi po stronie podmiotów prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy w sposób pośredni, co nie umniejsza znaczenia tych działań. Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych wśród środków promocyjnych przewiduje m.in. kampanie informacyjne skierowane nie tylko do bezpośrednich beneficjentów tego prawa, ale także do innych podmiotów (pracodawców)⁶¹.

Z powyższych rozważań można wyciągnąć wniosek, że klauzula dotycząca zatrudnienia, obok wdrożenia przepisów unijnych dyrektyw zamówieniowych, stanowi również realizację zobowiązań Polski wynikających z art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Jak zostało dowiedzione, ta realizacja występuje w pełnym spektrum triady obowiązków, a więc w zakresie zobowiązania do poszanowania, ochrony oraz do wypełniania.

Z racji ograniczeń, o których była mowa na wstępie niniejszego opracowania, pominięto w nim inne rozwiązania prospołeczne. One także mogą być analizowane pod kątem zobowiązań prawnomiędzynarodowych naszego państwa. Analizy te najpewniej doprowadzą do podobnych wniosków.

Na zakończenie warto choćby zasygnalizować jeszcze jeden interesujący problem. Wykazane zostało, że wprowadzenie klauzuli dotyczącej zatrudnienia stanowi wykonanie zobowiązań płynących z art. 7 MPPGSiK. Czy w związku z tym można stwierdzić, że brak takiego mechanizmu *per se* stanowiłby naruszenie tego przepisu? Nie wdając się w szczegółowe analizy można przyjąć, że odpowiedź twierdząca byłaby zbyt daleko idącym wnioskiem. Pakt jest instrumentem dość elastycznym, pozwalającym na przyjęcie przez państwa-strony różnorodnych środków implementacyjnych. Klauzule

⁵⁸ K. Ołdak-Bulanowska, *Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych. Podręcznik*, Warszawa 2015. Wersja elektroniczna podręcznika dostępna jest pod adresem: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0021/30279/Aspekty_spoeczne_w_zamowieniach_publicznych_Podrecznik_Wydanie_II.pdf (data dostępu: 16.10.2019). Trzeba jednak przyznać, że podręcznik nie uwzględnia najnowszych zmian wprowadzonych nowelizacją Prawa zamówień publicznych z 2016 r.

⁵⁹ <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/zrownowazone-zamowienia-publiczne/spoeczne-zamowienia> (data dostępu: 16.10.2019 r.).

⁶⁰ Ang. *obligation to fulfil (promote)*.

⁶¹ Uwagi Ogólne nr 23, § 63.

społeczne w sferze zamówień publicznych są więc jednym z wielu możliwych rozwiązań. Nie można wykluczyć, że władze krajowe mogą osiągnąć podobny, a być może nawet lepszy⁶² efekt za pomocą innych środków, np. poprzez eliminację czynników sprawiających, że umowy o pracę wiążą się z dodatkowymi kosztami występującymi po stronie pracodawcy lub pracownika⁶³.

W sytuacji, kiedy takie środki nie zostały wdrożone przez państwo-stronę w sposób skuteczny i adekwatny, brak klauzuli dotyczącej zatrudnienia zwiększa ryzyko naruszenia art. 7 MPPGSiK, tym bardziej, że działania w sferze zamówień publicznych przypisywane są państwu, co otwiera drogę do przypisania mu odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej. Doniesienia prasowe i badania naukowe, w których opisywane są bulwersujące przypadki łamania prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy⁶⁴ pokazują, jak bardzo realne jest to ryzyko.

Wykaz literatury

- Balcerzak M., *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe*, Toruń 2013.
- Duda K., *Outsourcing usług ochrony oraz utrzymania czystości w instytucjach publicznych. Wpływ publicznego dyktatu najniższej ceny usług na warunki zatrudniania pracowników przez podmioty prywatne*, Wrocław 2016.
- Gronowska B., Jasudowicz T., Balcerzak M., Lubiszewski M., Mizerski R., *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010.
- Kulińska-Kępa Z., *Prawa obywatelskie i polityczne a prawa gospodarcze, społeczne i kulturalne. Porównanie systemów ochrony*, Warszawa 2017.
- Leimgruber M., *The Embattled Standard-bearer of Social Insurance and Its Challenger: The ILO, The OECD and the 'Crisis of the Welfare State', 1975–1985*, [w:] S. Kott, J. Droux (eds.), *Globalizing Social Rights. The International Labour Organization and Beyond*, Basingstoke 2013.
- Morawska E., *Zobowiązania pozytywne państw-stron Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2016.
- Naumowicz K., *Prawo do sprawiedliwych warunków pracy jako implementacja zasady sprawiedliwości w Europejskiej Karcie Społecznej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, nr 32.

⁶² Klauzula dotycząca zatrudnienia, o której tu mowa wywiera skutki jedynie w sferze zamówień publicznych.

⁶³ W grę może wejść zniesienie kosztów związanych z zatrudnieniem albo wyrównanie kosztów związanych z umowami cywilnoprawnymi z kosztami zatrudnienia.

⁶⁴ Por. np. K. Duda, *Outsourcing usług ochrony oraz utrzymania czystości w instytucjach publicznych. Wpływ publicznego dyktatu najniższej ceny usług na warunki zatrudniania pracowników przez podmioty prywatne*, Wrocław 2016. Publikacja w formie elektronicznej dostępna pod tym adresem: http://lassalle.org.pl/wp2/wp-content/uploads/2016/02/OMSL_Outourcing_uslug-ochrony_i_sprzatania.pdf (data dostępu: 27.12.2018).

Oldak-Bułańska K., *Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych. Podręcznik*, Warszawa 2015.

Szydło M., *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014.

Summary

Labour Clause (article 29.3a of the Public Procurement Law) from the Perspective of Article 7 of the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights

Key words: labour clause, human rights, International Economic, Social and Cultural Covenant, right to fair and favourable conditions of work, state's obligations under international law.

This contribution provides an analysis of the labour clause (article 29.3a of the Public Procurement Law) from the perspective of the right to just and favourable conditions of work as guaranteed in Article 7 of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. This analysis indicates that the labour clause, in addition to the implementation of the EU procurement directives, also fulfils Poland's obligations under Article 7 of the Covenant. This fulfilment occurs in a full spectrum of the triad of duties, i.e. in the sphere of the obligation to respect, protect and fulfil the right to fair and favourable working conditions. It was also concluded that, from the national point of view, contracting authorities and contractors can be considered to be obliged entities bound by the international law of human rights (although without the international legal personality) if their acts can be attributed to the state.