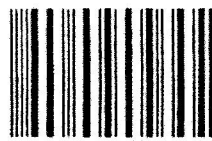


Sygnatura akt IX Ga 739/17



00469345

**WYROK  
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

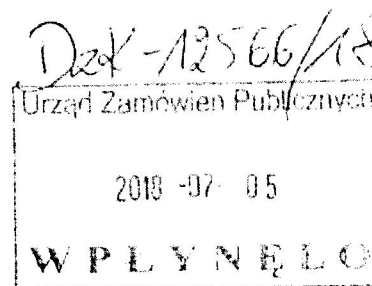
Dnia 7 czerwca 2018 roku

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy  
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Małgorzata Skoczyńska

Sędziowie: SO Agnieszka Jurkowska - Chocyk  
SR del. do SO Beata Figaszewska (spr.)

Protokolant: Monika Ostojka



po rozpoznaniu w dniu 24 maja 2018 roku w Lublinie

na rozprawie

skargi

z siedzibą w

z udziałem zamawiającego

wykonawcy

przy udziale Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2017 roku, sygn. akt KIO 564/17

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 1B i 2B w ten sposób, że:

1. uwzględnia odwołanie

564/17 i nakazuje zamawiającemu

a) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę

najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2,

b) ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert we wskazanym wyżej zakresie i odrzucenie oferty wykonawcy [REDACTED] w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2,

c) wykluczenie wykonawcy [REDACTED] z postępowania w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2;

2. zasądza od zamawiającego [REDACTED] na rzecz odwołującego [REDACTED] kwotę 17.417 zł (siedemnaście tysięcy czterysta siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w postępowaniu odwoławczym;

II. oddala skargę w pozostałej części;

III. zasądza od zamawiającego [REDACTED] na rzecz skarżącego [REDACTED] kwotę 11.200 zł (jedenaście tysięcy dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego;

IV. nieuiszczoną część opłaty od skargi w kwocie 65.000 zł (sześćdziesiąt pięć tysięcy złotych) przejmuje na rachunek Skarbu Państwa.

*Agnieszka Jurkowska – Chocyk*

*Malgorzata Skończyńska*

*Beata Figaszewska (spr.)*

Za zgodność z oryginałem,  
[REDACTED]  
podpis czytelnik

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 6 kwietnia 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołań wniesionych przez [REDACTED] (KIO 560/17) oraz przez [REDACTED] odpowiedzialnością z siedzibą w Puławach (KIO 564/17) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez [REDACTED], przy udziale po stronie

zamawiającego w postępowaniu sygn. akt KIO 560/17 wykonawcy [REDAKTOWANE]  
prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą [REDAKTOWANE]

1A. uwzględniła odwołanie sygn. akt KIO 560/17 i nakazała zamawiającemu [REDAKTOWANE]  
[REDAKTOWANE] powtórzenie badania i oceny ofert w części 7 zamówienia i odrzucenie oferty złożonej  
przez [REDAKTOWANE] a prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą [REDAKTOWANE]  
[REDAKTOWANE] na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 w zw. z art.90 ust.3 Prawa zamówień  
publicznych, oddalając pozostałe zarzuty;

1B. oddaliła odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 564/17;

2A. kosztami postępowania w sprawie sygn. akt KIO 560/17 obciążyła [REDAKTOWANE]

2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez  
[REDAKTOWANE] tytułem wpisu od  
odwołania;

2.2. zasądziła od [REDAKTOWANE]  
[REDAKTOWANE] kwotę 18.600 zł stanowiącą koszty postępowania  
odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

2B. kosztami postępowania w sprawie sygn. akt KIO 564/17 obciążyła [REDAKTOWANE]  
[REDAKTOWANE] i zaliczyła w poczet  
kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez [REDAKTOWANE]  
[REDAKTOWANE] h tytułem wpisu od  
odwołania.

W uzasadnieniu w/w orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza podała, że [REDAKTOWANE]  
[REDAKTOWANE] (zwany dalej Zamawiającym) prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia  
publicznego pn. dostawa, rozładunek, montaż i wniesienie mebli do budynku Sądu Okręgowego i  
Sądu Rejonowego [REDAKTOWANE] które to postępowanie jest podzielone na części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia  
[REDAKTOWANE] 6 roku, poz. [REDAKTOWANE]. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych  
warunków zamówienia (dalej SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest

w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015, poz.2164 z późn. zmianami).

Odnosnie sprawy sygn. akt KIO 564/17 Krajowa Izba Odwoławcza podała, że w dniu 22 marca 2017 r. wykonawca [REDAKTION] (dalej Odwołujący) wniósł odwołanie w zakresie części I postępowania, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.89 ust.1 pkt 1 w zw. z art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTION] [REDAKTION] pomimo, że treść ofert wykonawcy [REDAKTION] [REDAKTION] nie odpowiada treści SIWZ w odniesieniu do wymogu określonego w art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, tj. wykonawca nie wykazał, że jego działalność, lub działalność jego wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych (tu: osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych);
- 2) naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.89 ust.1 pkt 1 w zw. z art.22 ust.2a Prawa zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTION] [REDAKTION] z postępowania pomimo, iż treść oferty wykonawcy [REDAKTION] [REDAKTION] nie odpowiada treści SIWZ w odniesieniu do wymogu określonego w art.22 ust.2a Prawa zamówień publicznych, tj. wykonawca nie wykazał, że spełnia określony przez Zamawiającego procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do kategorii osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, tj. że zatrudnia m.in. 30% osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych;
- 3) naruszenie art.24 ust.1 pkt 12 w zw. z art.22 ust.1 pkt 2 oraz ust.1b pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez niewykluczenie wykonawcy [REDAKTION] [REDAKTION] z postępowania pomimo, iż Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej;
- 4) naruszenie art.24 ust.4 oraz art.89 ust.1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania w oparciu o zarzut z pkt 3) powyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w ocenie Odwołującego oferta wykonawcy [REDAKTOWANE] w zakresie Zadania 1 - meble pracownicze i Zadania 2 - meble sędziowskie, powinna zostać odrzucona na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.89 ust.1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”), w odniesieniu do wymogu określonego w art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, gdyż wykonawca nie wykazał, że jego działalność lub działalność jego wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych (tu: osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych), pomimo zawarcia takiego zastrzeżenia przez Zamawiającego w SIWZ (naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.89 ust.1 pkt 1 w zw. z art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych). Z ostrożności Odwołujący podnosił, że jeżeli wymogi określone w art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych zostałyby uznane za „warunki udziału w postępowaniu”, zgodnie z terminologią stosowaną przez Zamawiającego, to czynności Zamawiającego należałoby zarzucić naruszenie art.24 ust.1 pkt 12 w zw. z art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez niewykluczenie wykonawcy [REDAKTOWANE] z postępowania pomimo, że nie wykazał, iż jest wykonawcą, którego działalność lub działalność jego wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych (tu: osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych). Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, zdaniem Odwołującego, wykonawca [REDAKTOWANE] nie wykazał w żaden sposób, iż spełnia postawiony przez Zamawiającego wymóg, o którym mowa w art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, tj. że jego działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych. W szczególności nie można uznać za potwierdzenie spełniania wskazanego zastrzeżenia poprzez powołanie się na fakt zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych na poziomie wymaganym przez Zamawiającego (tj. minimum 30%). Nadto podniósł, że Zamawiający wzywał wykonawcę [REDAKTOWANE] do złożenia wyjaśnień w zakresie uznania go za „przedsiębiorstwo społeczne” wprost w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 20 lutego 2017 r. oraz pośrednio w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 10 lutego 2017 r. Nadto Odwołujący podnosił, że w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że spełnia wymóg SIWZ określony w art.22 ust.2 pkt 3 Prawa

zamówień publicznych. Wyjaśnienia wykonawcy [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] zawarte w piśmie do Zamawiającego z dnia 14 lutego 2017 r., iż: „działalność Wykonawcy obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych poprzez zatrudnienie osób wskazanych w art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, mających trudności w integracji ze środowiskiem”, nie mogą, zdaniem Odwołującego, być uznane za argument potwierdzający, iż wykonawca jest podmiotem, o którym mowa w art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych i SIWZ. W ocenie Odwołującego, samo zatrudnienie osób z odpowiedniej grupy społecznie marginalizowanej, na poziomie wymaganym w konkretnym postępowaniu, nie potwierdza, że głównym celem działalności wykonawcy jest szeroko pojęta społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych, czy też, że jego działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w ocenie Odwołującego w świetle uregulowań Prawa zamówień publicznych oraz wymogów SIWZ, wykonawca składający ofertę w postępowaniu będącym tzw. „zamówieniem zastrzeżonym”, musi spełnić łącznie dwa odrębne wymogi:

1) głównym celem jego działalności musi być szeroko pojęta społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych (nieformalnie „przedsiębiorstwo społeczne”), w tym działalność ta musi obejmować społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych:

2) musi wykazać określony przez zamawiającego procentowy wskaźnik zatrudnienia osób z grupy defaworyzowanej, wymaganej przez zamawiającego w konkretnym postępowaniu, tu: osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych.

Wskazany wyżej wniosek, zdaniem Odwołującego, potwierdza sformułowanie przepisów Prawa zamówień publicznych, która odrębnie odnosi się do (1) wymogu wykazania, że działalność wykonawcy obejmuje szeroko pojętą społeczną i zawodową integrację osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych - art.22 ust.2 Prawa zamówień publicznych, a odrębnie do (2) wymogu wykazania wskaźnika procentowego zatrudnienia osób z odpowiedniej grupy defaworyzowanej - art.22 ust.2a Prawa zamówień publicznych. Powyższą konkluzję, jak podnosił Odwołujący, potwierdza również sama formuła dokumentu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej jako „JEDZ”). Ze sformułowania rubryki w części II lit. A wynika, że odrębnie należy wykazać sam fakt bycia „przedsiębiorstwem społecznym”, a odrębnie wskaźnik zatrudnienia. Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, że Odwołujący w odniesieniu do argumentacji wykonawcy [REDAKTOWANE]

odnośnie faktu, że polskie przepisy nie posługują się pojęciem „przedsiębiorstwa społecznego” zauważał, iż wprowadzić pojęcie takie nie jest wprost zdefiniowane w przepisach Prawa zamówień publicznych, niemniej jednak ustawodawca posługuje się pojęciem opisowym: 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 ” (art.22 ust.2 Prawa zamówień publicznych). Odwołujący podkreślał, że Prawo zamówień publicznych, w art.22 ust.2, wprost dopuszcza możliwość ograniczenia kręgu wykonawców mogących wziąć udział w realizacji zamówienia do podmiotów, których działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, co nie oznacza, iż przepis wyklucza możliwość prowadzenia przez podmiot składający ofertę działalności gospodarczej. Realizacja celu w postaci „społecznej i zawodowej integracji osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych” nie wyklucza bowiem możliwości prowadzenia działalności gospodarczej, nastawionej na osiągnięcie zysku. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, Odwołujący podnosił, iż nawet instytucje z założeniami nastawionymi na realizację celów innych niż zarobkowa działalność gospodarcza, np. fundacje czy stowarzyszenia, mogą prowadzić zyskowną działalność gospodarczą i często taka działalność prowadzą, osiągając przy tym istotne zyski. Zysk taki powinien być jednak przeznaczony w istotnej części na realizację celu zasadniczego, jakim jest pomoc grupom marginalizowanym - i przez taki pryzmat należy interpretować przepisy Prawa zamówień publicznych dotyczące „zamówień zastrzeżonych”. Odwołujący zauważał, że tzw. klauzule społeczne zostały wprowadzone przez Ustawodawcę z zamiarem realizacji celów społecznie pożytecznych, zmierzających do faktycznej aktywizacji osób zagrożonych wykluczeniem społecznym. Stąd też kategoria zamówień zastrzeżonych z definicji stanowi o zawężeniu kręgu potencjalnych wykonawców do ściśle wyspecyfikowanych podmiotów, realizujący szczególny cel społeczny. Wykonawca, składając ofertę w ramach zamówienia zastrzeżonego, w pierwszej kolejności powinien, w ocenie Odwołującego, wykazać, że jego działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności, a jeżeli tak, powinien udowodnić, jaki jest procentowy wskaźnik zatrudnienia osób ze wskazanej grupy marginalizowanej. Odwołujący wywodził, że cel działalności powinien wynikać z dokumentów statutowych danego podmiotu, w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością cele jej utworzenia i działania powinny wynikać z umowy spółki. Jeżeli natomiast cel działalności jest inny niż działalność gospodarcza, powinno to wprost wynikać z

umowy spółki. Działalność społeczna ma definitywnie inne cele niż osiągnięcie zysku przez przedsiębiorcę czy jej wspólników, a skierowana jest na wspieranie podmiotów czy jednostek potrzebujących wsparcia instytucji zewnętrznych. Nadto, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, Odwołujący podnosił, że z informacji z KRS dotyczącej [REDAKTOWANO] wynika, iż przedmiotem działalności wykonawcy jest m.in. produkcja konstrukcji metalowych i ich części, produkcja metalowych elementów stolarki budowlanej, obróbka metali i nakładanie powłok na metale, produkcja pozostałych gotowych wyrobów metalowych, gdzie indziej niesklasyfikowana, produkcja mebli biurowych i sklepowych, działalność agentów zajmujących się sprzedażą mebli, artykułów gospodarstwa domowego i drobnych wyrobów metalowych itp. Zgodnie natomiast z informacją z rejestru REGON, główny cel działalności spółki [REDAKTOWANO] to działalność agentów zajmujących się sprzedażą mebli, artykułów gospodarstwa domowego i drobnych wyrobów metalowych, PKD 4615Z. Z powołanych rejestrów nie sposób, zdaniem Odwołującego, wywnioskować, by działalność wykonawcy [REDAKTOWANO] obejmowała inne niż działalność gospodarcza cele, w szczególności nie potwierdzają one, że działalność wykonawcy obejmuje społeczną i zawodową integrację osób defaworyzowanych. Jeżeli takie cele są przez wykonawcę realizowane, powinny zostać określone w dokumentach statutowych podmiotu, w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, postanowienia takie powinny znaleźć się w umowie spółki. Tym samym zasadne było, w ocenie Odwołującego, zbadanie przez Zamawiającego treści umowy spółki oferenta [REDAKTOWANO] i ustalenie, czy jakiegokolwiek jej zapisy potwierdzają fakt, że działalność oferenta obejmuje społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych. Taki dokument nie został jednak przez wykonawcę Spółkę [REDAKTOWANO] złożony, pomimo wezwania otrzymanego od Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, czy wykonawca jest zakładem pracy chronionej lub tzw. „przedsiębiorstwem społecznym”. Przedstawione na wezwania Zamawiającego przez wykonawcę [REDAKTOWANO] oświadczenia oraz dokumenty w żaden sposób nie dowodzą, zdaniem Odwołującego, że działalność wykonawcy Spółki [REDAKTOWANO] w ogóle obejmuje społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, a tym bardziej nie potwierdzają, iż taka działalność stanowi główny cel funkcjonowania w/w wykonawcy. Odwołujący wskazywał, że w jego ocenie, ponowne wzywanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie mogłoby prowadzić do naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji w udzielaniu zamówień publicznych. Tym samym uznanie przez Zamawiającego, iż wykonawca [REDAKTOWANO]



ograniczoną odpowiedzialnością spełnia wymóg określony w SIWZ na podstawie art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, nie znajduje żadnej podstawy w przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnieniach bądź dokumentach. Niezależnie od powyższego Odwołujący zauważał, iż wykonawca [REDAKTOWANE], zaznaczając pole w formularzu JEDZ, że jest „przedsiębiorstwem społecznym”, zadeklarował na etapie składania ofert, iż na dzień wypełniania formularza JEDZ spełnia zastrzeżenie SIWZ, o którym mowa w art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, co w świetle przytoczonych powyżej okoliczności może wskazywać na złożenie przez wykonawcę oświadczenia niezgodnego ze stanem faktycznym. W świetle powyższego, zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOWANE], narusza powołane na wstępie przepisy Prawa zamówień publicznych i jako takie powinno zostać unieważnione. Ponadto w ocenie Odwołującego, oferta wykonawcy [REDAKTOWANE] w zakresie Zadania 1 - meble pracownicze i Zadania 2 - meble sędziowskie, powinna zostać odrzucona na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.89 ust.1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, jako nieodpowiadająca treści SIWZ w odniesieniu do wymogu określonego w art.22 ust.2a Prawa zamówień publicznych, gdyż wykonawca nie wykazał, że zatrudnia min. 30% osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, pomimo zawarcia takiego zastrzeżenia przez Zamawiającego w SIWZ (naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.89 ust.1 pkt 1 w zw. z art.22 ust.2a Prawa zamówień publicznych). Odwołujący z ostrożności podnosił również, że jeżeli wymogi określone w art.22 ust.2a Prawa zamówień publicznych zostałyby uznane za „warunki udziału w postępowaniu”, zgodnie z terminologią stosowaną przez Zamawiającego, to czynności Zamawiającego należałoby zarzucić naruszenie art.24 ust.1 pkt 12 w zw. z art.22 ust.2a Prawa zamówień publicznych, poprzez niewykluczenie wykonawcy [REDAKTOWANE] z postępowania pomimo, iż nie wykazał, że jest wykonawcą, który spełnia określony przez Zamawiającego procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do kategorii osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, tj. że zatrudnia min. 30% osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych. Odwołujący podnosił, że dla wykazania spełnienia wymogu minimalnego procentowego wskaźnika zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, wykonawca Spółka [REDAKTOWANE], przedłożył umowę o dzieło zawartą w dniu 26 stycznia 2017 r. z osobą pozbawioną wolności, odbywającą karę poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego. Na dzień upływu terminu składania ofert oraz na dzień złożenia w formularzu JEDZ oświadczenia w zakresie procentowego wskaźnika zatrudniania osób

pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, wskazana umowa o dzieło była jedyną umową mającą potwierdzić fakt „zatrudnienia” osoby pozbawionej wolności przez wykonawcę Spółkę [REDAKTION]. W ocenie Odwołującego przedstawiona umowa o dzieło z osobą odbywającą karę pozbawienia wolności poza zakładem karnym nie stanowi podstawy „zatrudnienia” osoby pozbawionej wolności, a tym samym nie potwierdza zatrudnienia przez wykonawcę [REDAKTION] osoby pozbawionej wolności zgodnie z wymogiem SIWZ. Odwołujący wskazywał, że z przedłożonego przez wykonawcę [REDAKTION] postanowienia Sądu Okręgowego w Bydgoszczy V Wydział Penitencjarny i Nadzoru nad Wykonywaniem Orzeczeń Karnych z dnia 9 stycznia 2017 r., sygn. akt V Kow 3800/16/el wynika, że skazany, z którym wykonawca zawarł umowę o dzieło, na dzień 9 stycznia 2017 r. był już zatrudniony na podstawie umowy o pracę u innego pracodawcy niż Spółka [REDAKTION]. System odbywania kary i ustalone w orzeczeniu Sądu godziny, w których skazany może oddalać się z miejsca zamieszkania, wykluczają możliwość świadczenia dodatkowej pracy na rzecz wykonawcy [REDAKTION] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Ponadto Odwołujący podnosił, że z istoty umowy o dzieło wynika, iż jej przedmiot musi być ściśle określony. Tymczasem przedmiot umowy zawartej pomiędzy Spółką [REDAKTION], a osobą skazaną, nie jest jednoznacznie określony. Z umowy o dzieło przedstawionej przez wykonawcę [REDAKTION] Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością trudno wywnioskować, jakie to dzieło z zakresu branży wyposażenia wnętrz i meblarskiej miałyby zostać wykonane przez skazanego w miejscu jego stałego pobytu, w sposób niekolidujący z orzeczeniem sądu penitencjarnego. Z treści umowy można wnioskować, iż nie jest to umowa o dzieło, a co najwyżej umowa zlecenia. Analizując treść przedstawionej umowy o dzieło Odwołujący stwierdził, że została zawarta jedynie na potrzeby przedmiotowego postępowania. W świetle powyższego Zamawiający powinien, zdaniem Odwołującego, powziąć wątpliwość w tym zakresie i zwrócić się do wykonawcy Spółki [REDAKTION] o złożenie stosownych wyjaśnień lub dokumentów potwierdzających fakt zatrudnienia skazanego (np. stosownego zgłoszenia umowy - mającej charakter umowy zlecenia - do ZUS), a nie uznać, iż wykonawca potwierdził fakt zatrudnienia osoby pozbawionej wolności w oparciu o samą umowę o dzieło o wątpliwej treści. Konkludując, Odwołujący wywodził, że przedstawiona przez wykonawcę [REDAKTION] Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością umowa o dzieło z dnia 26 stycznia 2017 r., bez przedstawienia właściwego porozumienia z dyrektorem zakładu karnego, nie potwierdza, że wykonawca zatrudnia osoby pozbawione wolności na poziomie wymaganym przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego oświadczenie złożone przez wykonawcę [REDAKTION] Spółkę z

ograniczoną odpowiedzialnością w formularzu [REDAKTOR] przedłożonym wraz z ofertą w przedmiotowym postępowaniu, wskazujące procentowy wskaźnik zatrudnienia osób pozbawionych wolności, nie znajduje potwierdzenia w przedstawionych powyżej okolicznościach faktycznych i uwarunkowaniach prawnych. Tym samym na dzień złożenia oświadczenia w JEDZ i na dzień upływu terminu składania ofert, wykonawca Spółka [REDAKTOR] nie spełniał określonego w SIWZ minimalnego procentowego wskaźnika zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych na poziomie nie mniejszym niż 30% osób zatrudnionych przez Wykonawcę. W szczególności potwierdzeniem spełniania zastrzeżenia określonego w SIWZ w oparciu o art.22 ust.2a Prawa zamówień publicznych, w ocenie Odwołującego, nie może być zawarta w dniu 6 marca 2017 r. przez Spółkę [REDAKTOR] umowa o odpłatnym zatrudnieniu skazanych skierowanych do pracy z Aresztu Śledczego w Starogardzie Gdańskim. Umowa zawarta została bowiem po upływie terminu składania ofert i po dacie złożenia przez wykonawcę [REDAKTOR] Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w JEDZ oświadczenia o spełnianiu wymogu Zamawiającego, wynikającego z art.22 ust.2a Prawa zamówień publicznych. Odwołujący zwracał uwagę, że wymóg określony w art.22 ust.2 oraz art.22 ust.2a Prawa zamówień publicznych, musi być spełniony przez wykonawcę już na etapie składania ofert i podpisywania oświadczenia JEDZ. Powołana umowa o odpłatnym zatrudnieniu skazanych skierowanych do pracy z dnia 6 marca 2017 r. nie może zatem zostać uznana za dokument potwierdzający, iż wykonawca [REDAKTOR] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością złożył ofertę odpowiadającą treści SIWZ w zakresie wskaźnika zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych. Odwołujący podkreślił, że zakreślając rubrykę w części 11 lit. A JEDZ, dotyczącą zamówień zastrzeżonych, Wykonawca deklaruje, iż spełnia wymogi Zamawiającego dotyczące zamówienia zastrzeżonego, a nie że takie wymogi spełni w przyszłości, po otrzymaniu od Zamawiającego stosownego wezwania do złożenia dokumentów lub wyjaśnień. Nadto Odwołujący podnosił, że w świetle aktualnego brzmienia art.26 ust.1 Prawa zamówień publicznych ustawodawca zasadniczo dopuścił możliwość składania przez wykonawców dokumentów datowanych na okres przypadający po upływie terminu składania ofert, w przeciwieństwie do stanu prawnego sprzed nowelizacji Prawa zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 r. Możliwość taka dotyczy jedynie dokumentów, o których mowa w art.25 ust.1 Prawa zamówień publicznych, tj. oświadczeń lub dokumentów potwierdzających (1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, (2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, (3) brak podstaw wykluczenia. Tym samym, zdaniem Odwołującego,

wymogi Prawa zamówień publicznych z zakresu zamówień zastrzeżonych, określone w art.22 ust.2 i ust.2a Prawa zamówień publicznych, nie mieszczą się w katalogu określonym w art.25 ust.1 Prawa zamówień publicznych, tj. nie mogą być uznane ani za warunki udziału w postępowaniu, ani za kryteria selekcji, ani też nie stanowią podstaw wykluczenia z postępowania. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, niedopuszczalne jest, w powołaniu się na art.26 ust.1 Prawa zamówień publicznych twierdzenie, iż wymóg wskazany w SIWZ w oparciu o art.22 ust.2 i 2a Prawa zamówień publicznych, może być wypełniony po upływie terminu składania ofert. Odwołujący podnosił, że Zamawiający wzywał wykonawcę Spółkę [REDAKTOWANE] do złożenia wyjaśnień w zakresie wskaźnika zatrudnienia dwukrotnie, tj. w wezwaniach do złożenia wyjaśnień z dnia 10 lutego 2017 r. i z dnia 17 lutego 2017 r. Ponadto wykonawca Spółka [REDAKTOWANE] został w dniu 22 lutego 2017 r. wezwany do przedłożenia dokumentów określonych w § 6 pkt 5 SIWZ. Dopiero w odpowiedzi na to ostatnie wezwanie wykonawca przedłożył powołaną wyżej umowę o odpłatnym zatrudnieniu skazanych skierowanych do pracy zawartą w dniu 6 marca 2017 r. W związku z dwukrotnym wezwaniem skierowanym do wykonawcy w zakresie wykazania faktu zatrudniania osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, Odwołujący stwierdził, że nie można zarzucić Zamawiającemu, iż nie podjął próby wyjaśnienia pojawiających się wątpliwości. Natomiast podnosił, że można zarzucić Zamawiającemu niewłaściwą ocenę przedstawionych przez wykonawcę Spółkę [REDAKTOWANE] wyjaśnień i dokumentów. W świetle powyższego, zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością narusza, w ocenie Odwołującego, powołane na wstępie przepisy Prawa zamówień publicznych i jako takie powinno zostać uznane za nieważne.

Niezależnie od podniesionych wcześniej zarzutów, Odwołujący wskazywał, że w zakresie Zadania 1 - meble pracownicze, oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art.24 ust.4 Prawa zamówień publicznych oraz art.89 ust.1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, gdyż Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na to, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, tj. nie wykazał, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną dostawę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia (naruszenie art.24 ust.1 pkt 12 w zw. z art.22 ust.1 pkt 2 oraz art.22 ust.1b pkt 3 Prawa zamówień publicznych). Jak wskazał Odwołujący, z przedłożonych referencji nie wynika bowiem, czy przedmiotem zamówienia realizowanego przez

wykonawcę ██████████ Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością był również montaż dostarczanych mebli, czy jedynie sama ich dostawa. W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Podniesiono również, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego, wykonawca ██████████ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w ██████████, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący albo ██████████ Sp. z o.o.).

Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art.179 ust.1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, Odwołujący zarzucał naruszenie art.24 ust.1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych podnosząc, że w zakresie Zadania 1 - meble pracownicze, oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art.24 ust.4 Prawa zamówień publicznych oraz art.89 ust.1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego, wykonawca podlega wykluczeniu, ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, tj. nie wykazał, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną dostawę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia (naruszenie art.24 ust.1 pkt 12 w zw. z art.22 ust.1 pkt 2 oraz art.22 ust.1 b pkt 3 Prawa zamówień publicznych). Tak sformułowany zarzut Odwołujący uzasadniał tym, iż z przedłożonych przez Przystępującego referencji nie wynika, czy przedmiotem zamówienia realizowanego przez wykonawcę ██████████ Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością był również montaż dostarczanych mebli, czy jedynie sama ich dostawa. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła tak sformułowany zarzut podnosząc, że Odwołujący nie udowodnił, iż Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Z żadnego przepisu nie wynika, że dokumenty potwierdzające, iż przedmiot umowy został wykonany należycie (tzw. referencje), mają potwierdzać również zakres wykonanych prac. Wykonawca, składając ofertę, składa

oświadczenie o zakresie zrealizowanych zamówień w wykazie dostaw (usług, robót budowlanych). W konsekwencji z samego faktu, że z treści referencji nie wynika zakres wykonanych prac, nie można wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków. Konkludując, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie było podstaw do uwzględnienia zarzutu z tak sformułowanym uzasadnieniem faktycznym.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, niezależnie od powyższego, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: 1) naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.89 ust.1 pkt 1 w zw. z art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy ██████████ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z postępowania pomimo, iż treść oferty wykonawcy Spółki ██████████ nie odpowiada treści SIWZ w odniesieniu do wymogu określonego w art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, tj. wykonawca nie wykazał, że jego działalność lub działalność jego wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych (tu: osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych); 2) naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.89 ust.1 pkt 1 w zw. z art.22 ust.2a Prawa zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy ██████████ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z postępowania pomimo, iż treść oferty wykonawcy Spółki ██████████ nie odpowiada treści SIWZ w odniesieniu do wymogu określonego w art.22 ust.2a Prawa zamówień publicznych, tj. wykonawca nie wykazał, że spełnia określony przez Zamawiającego procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do kategorii osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, tj. że zatrudnia min. 30% osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nie potwierdził się żaden z powyższych zarzutów. Skład orzekający podniósł, że Odwołujący wywodził, iż oferta wykonawcy Spółki ██████████, w zakresie Zadania 1 -meble pracownicze i Zadania 2 - meble sędziowskie, powinna zostać odrzucona na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.89 ust.1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”), w odniesieniu do wymogu określonego w art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, gdyż wykonawca nie wykazał, że jego działalność lub działalność jego wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych (tu: osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych), pomimo zawarcia takiego zastrzeżenia przez Zamawiającego w SIWZ (naruszenie

art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.89 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych). Z ostrożności Odwołujący podnosił, iż jeżeli wymogi określone w art. 22 ust 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych zostałyby uznane za „warunki udziału w postępowaniu”, zgodnie z terminologią stosowaną przez Zamawiającego, to czynności Zamawiającego należałoby zarzucić naruszenie art.24 ust.1 pkt 12 w zw. z art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez niewykluczenie wykonawcy [REDAKTOWANE] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z postępowania pomimo, że nie wykazał, iż jest wykonawcą, którego działalność lub działalność jego wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych (tu: osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych).

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, ewentualne niewykazanie, że wykonawca może wykonać zamówienie zastrzeżone, skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a nie odrzuceniem jego oferty jako niezgodnej z SIWZ. Jednak kwalifikacja prawna ma w tej kwestii znaczenie drugorzędne - dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania istotne było ustalenie, czy Przystępujący spełnił wymogi Zamawiającego, czy też nie. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że Odwołujący podnosił, iż wykonawca Spółka [REDAKTOWANE] nie wykazał, że spełnia postawiony przez Zamawiającego wymóg, o którym mowa w art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, tj. że jego działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych. W szczególności nie można było zdaniem Odwołującego uznać za potwierdzenie spełniania wskazanego zastrzeżenia poprzez powołanie się na fakt zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych na poziomie wymaganym przez Zamawiającego (tj. minimum 30%). Odwołujący wywodził, że samo zatrudnienie osób z odpowiedniej grupy społecznie marginalizowanej, na poziomie wymaganym w konkretnym postępowaniu, nie potwierdza, że głównym celem działalności wykonawcy jest szeroko pojęta społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych, czy też, że jego działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych. W ocenie Odwołującego w świetle uregulowań Prawa zamówień publicznych oraz wymogów SIWZ, wykonawca składający ofertę w postępowaniu będącym tzw. „zamówieniem zastrzeżonym”, musi spełnić łącznie dwa odrębne wymogi: 1) głównym celem jego działalności musi być szeroko pojęta społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych (nieformalnie „przedsiębiorstwo społeczne”), w tym działalność ta musi obejmować

społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych; 2) musi wykazać określony przez zamawiającego procentowy wskaźnik zatrudnienia osób z grupy defaworyzowanej, wymaganej przez zamawiającego w konkretnym postępowaniu, tu: osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych. Zdaniem Odwołującego, Przystępujący nie wykazał żadnego z tych wymogów: jego głównym celem nie jest integracja społeczna, a zatrudnienie osoby odbywającej karę w systemie dozoru elektronicznego nie jest równoznaczne z zatrudnieniem osoby pozbawionej wolności lub zwalnianej z zakładu karnego.

Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu Krajowa Izba Odwoławcza dokonała analizy pojęcia przedsiębiorstwa społecznego i wiążącej się z tym kwestii postulowanej przez Odwołującego integracji społecznej jako „głównego celu” działalności oraz zagadnienia, czy osoba odbywająca karę w systemie dozoru elektronicznego może być traktowana na równi z osobą pozbawioną wolności. Po pierwsze, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie ulega wątpliwości, że brak w przepisach prawa jakiegokolwiek definicji „przedsiębiorstwa społecznego” (co zresztą przyznawał sam Odwołujący w odwołaniu). Pojęcie to pojawia się w opracowaniach, często ekonomicznych, ale brak definicji ustawowej. Przykładowo, pojęcie to zostało opisane w wytycznych Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 24 października 2016 r. w zakresie realizacji przedsięwzięć w obszarze włączenia społecznego i zwalczania ubóstwa z wykorzystaniem środków Europejskiego Funduszu Społecznego i Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego na lata 2014-2020 (MR/H/2014-2020/13(3)/10/2016). I tak, przedsiębiorstwem społecznym jest podmiot, który spełnia łącznie poniższe warunki:

a) jest podmiotem wyodrębnionym pod względem organizacyjnym i rachunkowym, prowadzącym działalność gospodarczą zarejestrowaną w Krajowym Rejestrze Sądowym lub działalność oświatową w rozumieniu art. 83a ust. 1 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty, lub działalność kulturalną w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz. U. z 2012 r. póź. 406, z późn. zm.), której celem jest:

i) integracja społeczna i zawodowa określonych kategorii osób wyrażona poziomem zatrudnienia tych osób:

(1) zatrudnienie co najmniej 50%:

- osób bezrobotnych lub
- osób z niepełnosprawnościami, lub
- osób, o których mowa w art.1 ust.2 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym, lub



• osób, o których mowa w art.4 ust.1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych, lub

(2) zatrudnienie co najmniej 30% osób o umiarkowanym lub znacznym stopniu niepełnosprawności w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub osób z zaburzeniami psychicznymi,

o których mowa w ustawie z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego;

ii) lub realizacja usług społecznych świadczonych w społeczności lokalnej, usług opieki nad dzieckiem w wieku do lat 3 zgodnie z ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. o opiece nad dziećmi w wieku do lat 3 (Dz. U. z 2016 r. póź. zn.) lub usług wychowania przedszkolnego w przedszkolach lub w innych formach wychowania przedszkolnego zgodnie z ustawą z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty, przy jednoczesnej realizacji integracji społecznej i zawodowej osób, o których mowa w ppkt i, wyrażonej zatrudnieniem tych osób na poziomie co najmniej 30%;

b) jest podmiotem, który nie dystrybuuje zysku lub nadwyżki bilansowej pomiędzy udziałowców, akcjonariuszy lub pracowników, ale przeznaczą go na wzmocnienie potencjału przedsiębiorstwa jako kapitał niepodzielny oraz w określonej części na reintegrację zawodową i społeczną lub na działalność pożytku publicznego prowadzoną na rzecz społeczności lokalnej, w której działa przedsiębiorstwo;

c) jest zarządzany na zasadach demokratycznych, co oznacza, że struktura zarządzania przedsiębiorstwami społecznymi lub ich struktura własnościowa opiera się na współzarządzaniu w przypadku spółdzielni, akcjonariacie pracowniczym lub zasadach partycypacji pracowników, co podmiot określa w swoim statucie lub innym dokumencie założycielskim;

d) wynagrodzenia kadry zarządzającej są ograniczone limitami tj. nie przekraczają wartości, o której mowa w art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie;

e) zatrudnia w oparciu o umowę o pracę, spółdzielczą umowę o pracę lub umowę cywilnoprawną co najmniej trzy osoby, przy zachowaniu proporcji zatrudnienia określonych w lit. a.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej trudno wymagać od wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, aby domyślał się, że jego przedsiębiorstwo powinno spełniać powyższe wytyczne, skoro nie są one w żaden sposób skodyfikowane w obowiązujących przepisach. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że wymóg odnośnie

zatrudnienia osób z określonej kategorii jest postawiony w wytycznych na znacznie wyższym poziomie (50%), niż w przepisach Prawa zamówień publicznych (30%). Wymogi odnośnie przedsiębiorstwa społecznego zawarte w wytycznych są postawione na bardzo wysokim poziomie; wytyczne te nie mogą stanowić oparcia dla decyzji eliminującej wykonawcę z postępowania bez wyraźnego odesłania ustawowego. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nie ulega wątpliwości, że podstawa do eliminacji wykonawcy z postępowania musi być ścisła, jasno określona i dla niego zrozumiała. Wykonawca musi mieć pewność co do swojej sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nie ma żadnej podstawy aby oczekiwać w niniejszym postępowaniu, że wykonawca jest „przedsiębiorstwem społecznym” w rozumieniu zacytowanych wyżej wytycznych. Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, że takiego oczekiwania nie można wywodzić z formularza Jednolitego Dokumentu Elektronicznego (dalej: JEDZ), w części II lit. A którego pouczone, że „Jedynie w przypadku, gdy zamówienie jest zastrzeżone (8): czy wykonawca jest zakładem pracy chronionej, „przedsiębiorstwem społecznym” (9) lub czy będzie realizował zamówienie w ramach programów zatrudnienia chronionego? Jeżeli tak, jaki jest odpowiedni odsetek pracowników niepełnosprawnych lub defaworyzowanych? Jeżeli jest to wymagane, proszę określić, do której kategorii lub których kategorii pracowników niepełnosprawnych lub defaworyzowanych należą dani pracownicy”. Zgodnie z instrukcją wypełniania formularza JEDZ, dostępną na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, „(...) pozycję formularza wypełniamy z zaznaczeniem TAK”, jeżeli zamawiający w konkretnym postępowaniu skorzystał z możliwości wynikającej z art.22 ust.2 Pzp. (...) Przez „przedsiębiorstwo społeczne” należy rozumieć przedsiębiorstwo, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych”. Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, że z takiego sformułowania Odwołujący wywodził, że odrębnie należy wskazać sam fakt bycia „przedsiębiorstwem społecznym”, a odrębnie wskaźnik zatrudnienia. Nie mniej jednak skoro, jak wskazano już wyżej, brak definicji prawnej przedsiębiorstwa społecznego, to wyłącznie w oparciu o brzmienie pouczenia formularza JEDZ, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, brak jest podstawy do oczekiwania od wykonawcy spełnienia wymogu „bycia przedsiębiorstwem społecznym”. Bark też w przepisach podstawy do oczekiwania zrealizowania się postulatu, by zysk (przedsiębiorstwa społecznego) winien być przeznaczony w istotnej części na realizację celu zasadniczego, jakim jest pomoc grupom marginalizowanym, prze który to pryzmat, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, należy interpretować przepisy Prawa zamówień publicznych dotyczące „zamówień zastrzeżonych”.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że Odwołujący podnosił, że ustawodawca posługuje się pojęciem opisowym „zakład 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 (art.22 ust.2 Prawa zamówień publicznych). W ocenie Izby, jeżeli przyjąć, że powyższe sformułowanie należy utożsamiać z pojęciem przedsiębiorstwa społecznego, to następnym kolejnym krokiem jest ustalenie, co ma oznaczać, że przedmiot działalności „obejmuje integrację osób (.. .)”. Jest to również pojęcie nieostre, i wymaga poszukiwania jego znaczenia. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, zdaniem Odwołującego, wykonawca w pierwszej kolejności powinien wykazać, iż jego działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności, a jeżeli tak, powinien udowodnić, jaki jest procentowy wskaźnik zatrudnienia osób ze wskazanej grupy marginalizowanej. Jednak w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, skoro ustawodawca nie zdefiniował, co oznacza, że działalność wykonawcy obejmuje integrację określonej grupy osób, a równocześnie wskazuje na postawienie wymogu minimalnego zatrudnienia takich osób, to należy przyjąć, że jeżeli wykonawca zatrudnia osoby z grupy marginalizowanej, to jego działalność obejmuje integrację takich osób. Jak Izba zauważyła wcześniej, nie można wyeliminować wykonawcy z postępowania z powołaniem się na niejasną, niewynikającą z przepisów czy SIWZ podstawę. Takiej podstawy nie można domniemywać, czy opierać na postulatach de lege ferenda. Jedyne skonkretyzowany wymóg, jaki stawia ustawodawca w odniesieniu do integracji, jest zatrudnienie na określonym poziomie osób ze wskazanych kategorii. W konsekwencji, jedyny wymóg, jaki należy spełnić, aby wykonać „zamówienie zastrzeżone”, odnosi się do wykazania wymogu co do wskaźnika zatrudnienia. Krajowa Izba Odwoławcza podniosła również, że pouczenia z instrukcji wypełniania formularza JEDZ są tak dalece oderwane od literalnego brzmienia przepisów Prawa zamówień publicznych, że można przypuszczać, że wykonawca zaznaczając opcję odnoszącą się do wskaźnika zatrudnienia może być przekonany, że jest również przedsiębiorstwem społecznym, o którym mowa w formularzu (dlatego również nie ma żadnych podstaw, aby z takiego wypełnienia formularza wywodzić podania nieprawdziwych informacji, czy jak podnosił Odwołujący w odwołaniu, „niezgodności ze stanem faktycznym”). Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, jak wynika z powyższej argumentacji, nie ma również podstaw do oczekiwania, aby integracja była „głównym celem” wykonawcy. Nie wynika to w żaden sposób z przepisów Prawa zamówień publicznych. W ocenie Izby taka interpretacja nie jest sprzeczna z prawem europejskim. Rzeczywiście, artykuł 20

„Zamówienia zastrzeżone” Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, stanowi, iż „Państwa członkowskie mogą zastrzec prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych, lub mogą przewidzieć możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów zatrudnienia chronionego, pod warunkiem, że co najmniej 30% osób zatrudnionych przez te zakłady, przez tych wykonawców lub w ramach tych programów stanowią pracownicy niepełnosprawni lub pracownicy defaworyzowani”. Treść przepisu art.22 ust.2 i 2a Prawa zamówień publicznych nie jest, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, sprzeczna z przywołanym przepisem dyrektywy, ponieważ po pierwsze polskie prawo, dopuszczając podmioty, których działalność obejmuje integrację określonych osób, jest szerszy (a więc względniejszy dla wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia), niż przepis prawa europejskiego, przewidujący, że integracja powinna być głównym celem przedsiębiorstwa. Po drugie, przepis dyrektywy dopuszcza, obok możliwości wykonania zamówienia zastrzeżonego przez przedsiębiorcę, którego głównym celem jest integracja, również możliwość realizacji takiego zamówienia przez przedsiębiorców z określonym wskaźnikiem wynagrodzenia (użyto spójnika „lub”). Zatem również w świetle przepisów dyrektywy zamówienie może zrealizować podmiot, którego „głównym celem” nie jest integracja, ale zatrudnia osoby z określonych grup defaworyzowanych na określonym poziomie. Takie rozumienie przepisu Prawa zamówień publicznych jest też, w ocenie Izby, zgodne z realizacją głównego celu integracji osób defaworyzowanych - nie ulega wątpliwości że ustawodawca upatruje szansy na integrację właśnie w zatrudnieniu, a zatem spełnienie wymogu co do wskaźnika zatrudnienia osób defaworyzowanych postulat ten realizuje.

W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła argumentacji Odwołującego odnośnie szczegółowej analizy celów działalności przedsiębiorstwa Przystępującego. Odwołujący wywodził, że cel ten powinien wynikać z dokumentów statutowych danego podmiotu, w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością cele jej utworzenia i działania powinny wynikać z umowy spółki, analizował również przedmiot działalności spółki. Pomijając fakt, że przedmiot działalności spółki, wpisany w KRS, jest zgodny z klasyfikacją PKD, w której brak takiego działu, jak „integracja społeczna osób defaworyzowanych”, to w świetle przywołanych przepisów, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, nie ma podstawy, aby uznać, że podmiot, który w umowie spółki jako cel wpisał integrację społeczną, jest bardziej predystynowany do wykonania zamówienia

zastrzeżonego niż podmiot, który faktycznie zatrudnia takie osoby. W konsekwencji nie może mieć znaczenia argumentacja, która odwołuje się do przypuszczenia, że być może wykonawca zatrudnia określone osoby tylko po to, aby zdobyć zamówienie. Analogicznie można bowiem argumentować, że wykonawca tylko po to zmienił umowę spółki, wpisując integrację jako główny cel, aby uzyskać zamówienie.

Konkludując Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wobec literalnego brzmienia obowiązujących przepisów, biorąc pod uwagę ich cel - dążenie do integracji osób defaworyzowanych za pomocą zatrudnienia - tylko fakt rzeczywistego zatrudnienia osób defaworyzowanych na określonym, wymaganym przez Zamawiającego poziomie, ma znaczenie dla oceny, czy wykonawca może wykonać zamówienie zastrzeżone.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że niezależnie od wcześniejszych zarzutów, Odwołujący podnosił, że oferta Przystępującego w zakresie Zadania 1 - meble pracownicze i Zadania 2 - meble sędziowskie, powinna zostać odrzucona na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.89 ust.1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, jako nieodpowiadająca treści SIWZ w odniesieniu do wymogu określonego w art.22 ust.2a Prawa zamówień publicznych, gdyż wykonawca nie wykazał, że zatrudnia min. 30% osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, pomimo zawarcia takiego zastrzeżenia przez Zamawiającego w SIWZ (naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.89 ust.1 pkt 1 w zw. z art.22 ust.2a Prawa zamówień publicznych). Tak jak Izba stwierdziła wcześniej, ewentualne niespełnienie wymogu odnośnie zdolności do wykonania zamówienia zastrzeżonego skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a nie odrzuceniem jego oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Izba przeanalizowała podstawę faktyczną zarzutu i ostatecznie doszła do wniosku, że nie ziszcili się przesłanki do eliminacji Przystępującego z postępowania. Odwołujący podnosił zastrzeżenia co do samej umowy - czy jej treść jest prawidłowa i czy umowa o dzieło z osobą odbywającą karę pozbawienia wolności poza zakładem karnym potwierdza zatrudnienie przez wykonawcę ██████████ Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością osoby pozbawionej wolności zgodnie z wymogiem SIWZ. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, odnośnie formy i treści umowy, nie ma podstawy do analizy, czy jest to umowa o dzieło, zlecenia czy o pracę, ponieważ Zamawiający nie ograniczył możliwości zatrudnienia do wykonywania pracy w określonej formie. Znaczenie ma wyłącznie, czy dana osoba będzie realizowała zamówienie, zaś Odwołujący nie przedstawił dowodu, że co innego wynika z zawartej umowy. Co do możliwości zatrudnienia osoby odbywającej karę w systemie dozoru elektronicznego - przepisy Prawa zamówień publicznych nie wykluczają możliwości zatrudnienia takiej osoby.

Zgodnie z art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, których działalność obejmuje integrację „osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy, mających trudności w integracji ze środowiskiem”. Kodeks karny wykonawczy przewiduje, że karę pozbawienia wolności można wykonywać w systemie dozoru elektronicznego (zgodnie z art.43c § 1 k.k.w., karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego wykonuje się jako dozór stacjonarny). W konsekwencji nie ma żadnych podstaw prawnych, aby osób wykonujących karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie zaliczać do „osób pozbawionych wolności”, o których mowa art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania w oparciu o zarzuty podniesione w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie doszło do naruszenia wskazywanych w odwołaniu przepisów Prawa zamówień publicznych, dlatego orzekła jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art.192 ust.9 oraz art.192 ust.10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Skargę od powyższego wyroku złożyła [REDAKTOWANA] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [REDAKTOWANA] zaskarżając wyrok wydany w sprawie o sygn. akt KIO 564/17 w zakresie rozstrzygnięcia zawartego w punkcie 1B i 2 B.

Zaskarżonemu orzeczeniu skarżący zarzucił:

1) naruszenie art.22 ust.2 pkt 3 w zw. z art.22 ust.2a Pzp w zw. z art.20 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r.) — dalej jako: „Dyrektywa Klasyczna” poprzez błąd w wykładni polegający na przyjęciu, że:  
a) „jedyny wymóg jaki należy spełnić, aby wykonać zamówienie zastrzeżone odnosi się do wykazania wymogu co do wskaźnika zatrudnienia osoby z grupy marginalizowanej” (tu: osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, mających trudności w integracji ze środowiskiem), podczas gdy prawidłowa, literalna wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, że wymóg co do procentowego wskaźnika zatrudnienia osób z grupy

defaworyzowanej, o którym mowa w art.22 ust.2a Pzp jest wymogiem odrębnym od wymogu prowadzenia działalności obejmującej społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych (tu: osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych), o jakim mowa w art.22 ust.2 pkt 3 Pzp, zaś wykonawca ubiegający się o udzielnie „zamówienia zastrzeżonego” winien w pierwszej kolejności wykazać sam fakt prowadzenia działalności obejmującej społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, a dopiero w drugiej kolejności spełnienie wymogu zatrudnienia osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, na poziomie określonym przez zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego;

b) *„jeżeli wykonawca zatrudnia osoby z grupy marginalizowanej, to jego działalność obejmuje integrację takich osób”*, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów, uwzględniająca cel wprowadzenia instytucji „zamówień zastrzeżonych” do polskiego systemu zamówień publicznych, dokonana z uwzględnieniem przepisu art.20 Dyrektywy klasycznej, prowadzi do wniosku, że prowadzenie działalności obejmującej społeczną i zawodową integrację osób należących do jednej z grup marginalizowanych, wskazanych w art.22 ust.2 pkt 1) — 8) Pzp, nie może być w prosty sposób utożsamiane z samym tylko faktem zatrudnienia przez przedsiębiorcę takich osób, a jedynie z głównym celem (elementem) działalności przedsiębiorcy, zmierzającym do integracji osób defaworyzowanych;

c) *„nie ma podstawy do oczekiwania, aby integracja była głównym celem wykonawcy”* bowiem *„nie wynika to w żaden sposób z przepisów Prawa zamówień publicznych”* oraz, że *„taka interpretacja nie jest sprzeczna z prawem europejskim”* bowiem *„przepis dyrektywy dopuszcza obok możliwości wykonania zamówienia zastrzeżonego przez, przedsiębiorcę, którego głównym celem jest integracja, również możliwość realizacji takiego zamówienia przez przedsiębiorców z określonym wskaźnikiem zatrudnienia”*, na co w ocenie Izby wskazuje użycie w treści przepisu spójnika „lub”, w sytuacji, gdy taka wykładnia pozostaje w oczywistej sprzeczności z literalnym brzmieniem przepisu art.20 Dyrektywy klasycznej, w którego treści mówi się o możliwości zastrzeżenia przez państwo członkowskie udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych lub możliwości realizacji takich zamówień w ramach programów zatrudnienia chronionego, pod warunkiem, że co najmniej 30% osób zatrudnionych przez te zakłady (a więc zakłady pracy chronionej), przez tych wykonawców (a więc wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób

niepełnosprawnych lub defaworyzowanych — o których mowa przed zwrotem „pod warunkiem”) lub w ramach tych programów (a więc programów zatrudnienia chronionego) stanowią pracownicy niepełnosprawni lub defaworyzowani, a nie jak to widzi Izba o alternatywnej możliwości wykonania zamówienia również przez wykonawcę, który zatrudnia osoby z określonych grup defaworyzowanych na określonym poziomie, a którego głównym celem nie jest integracja;

d) celem przepisów dotyczących realizacji zamówień zastrzeżonych jest „*dążenie do integracji osób defaworyzowanych z pomocą*” podczas gdy, zgodnie z treścią motywu 36 Preambuly Dyrektywy klasycznej, znajdującego swoje normatywne odzwierciedlenie w treści przepisu art.20 Dyrektywy klasycznej, nadrzędnym celem przepisów dotyczących zamówień zastrzeżonych jest aspekt społeczny, realizowany poprzez umożliwienie dostępu do wykonywania zatrudnienia osobom defaworyzowanym, zatrudnionym w specyficznych jednostkach, zakładach pracy chronionej lub przedsiębiorstwach, których głównym celem jest integracja osób defaworyzowanych, które to podmioty w przypadku zamówień publicznych w pełni otwartych na konkurencję mogłyby mieć trudności z uzyskaniem zamówienia (przyjęcie interpretacji, zaproponowanej przez Izbę, niweczyłoby w ogóle cel i sens istnienia w systemie zamówień publicznych przepisów dotyczących „zamówień zastrzeżonych”);

e) zatrudnienie przez przedsiębiorcę osoby odbywającej karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, zatrudnionej już uprzednio na podstawie umowy o pracę u innego pracodawcy, a więc aktywnej zawodowo, jest równoznaczne ze spełnieniem przez wykonawcę █████ Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością wymogu dotyczącego prowadzenia działalności obejmującej społeczną i zawodową integrację tej osoby, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów winna prowadzić do wniosku, że o prowadzeniu działalności mającej na celu społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności można mówić jedynie w przypadku, gdy przedsiębiorca zatrudnia osoby pozbawione wolności nieaktywne zawodowo, znajdujące się w niekorzystnej sytuacji, niezintegrowane społecznie z uwagi na przebywanie w zamkniętym zakładzie karnym, a nie osoby przebywające wśród społeczeństwa (w związku z faktem odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, poza zakładem karnym, w miejscu zamieszkania) i już pracujące (a więc aktywne zawodowo);

2) naruszenie art.24 ust.1 pkt 12 w zw. z art.22 ust.1 pkt 2 i ust.1 b pkt 3 Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji niewykluczenie wykonawcy █████ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mimo iż:



a) wykonawca ten nie wykazał, że jest przedsiębiorcą, którego działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych (tu: osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych) w rozumieniu art.22 ust. 2 Pzp;

b) wykonawca ten nie wykazał, że spełnia określony przez Zamawiającego procentowy wskaźnik zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych na poziomie 30 % z uwagi na fakt, że przedłożona przez wykonawcę umowa o dzieło z osobą odbywającą karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie zawierała elementu przedmiotowo istotnego w rozumieniu art.627 Kodeksu cywilnego w postaci wyraźnego określenia przedmiotu umowy, a zatem dotknięta była sankcją nieważności;

Wskazując na powyższe zarzuty, skarżący wniósł o:

1) zmianę wyroku w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty sprawy, tj. co do zasadności odwołania skarżącej z dnia 21 marca 2017 r.;

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Skarżącej zwrotu kosztów postępowania skargowego przy uwzględnieniu kosztów poniesionych przez Skarżącą w postępowaniu odwoławczym.

Nadto, z uwagi na poważne wątpliwości dotyczące prawidłowej wykładni przepisu art.22 ust.2 i 2a Pzp w zakresie, w jakim reguluje on kwestie związane z wymogami, od spełnienia których uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielnie „zamówienia zastrzeżonego”, spowodowane rozbieżnością pomiędzy treścią polskich przepisów, w których mowa o możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne przez wykonawców, których działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, a treścią regulacji art.20 Dyrektywy klasycznej, w którym mowa o wykonawcach, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych, wnoszę o przedstawienie przez Sąd orzekający Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia w trybie art.390 ust.1 k.p.c. w zw. z art.198a ust.2 Pzp zagadnienia prawnego: *„jakie warunki musi spełnić przedsiębiorca ubiegający się o udzielnie tzw. zamówienia zastrzeżonego, w rozumieniu art.22 ust.2 i 2a Pzp, w szczególności, czy dla przyjęcia spełnienia przez wykonawcę warunku skutecznego ubiegania się o udzielnie zamówienia zastrzeżonego odnoszącego się do prowadzenia przez przedsiębiorcę działalności obejmującej społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, wystarczający jest sam fakt zatrudnienia przez przedsiębiorcę osób będących członkami grup*

społecznie marginalizowanych na określonym, wymaganym przez zamawiającego poziomie procentowym”.

W uzasadnieniu skargi skarżący podał, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Zaprojektowanie, sprzedaż, dostawa, rozładunek, montaż i wniesienie mebli do budynku Sądu Okręgowego i Sądu Rejonowego [REDAKOWANE]”, nr spr. Adm. 2270-6/2016, w ramach Zadania 1 - Wykonanie, dostawa, rozładunek, wniesienie do odpowiednich pomieszczeń i montaż mebli biurowych do pomieszczeń pracowniczych oraz Zadania 2 - Wykonanie, dostawa, rozładunek, wniesienie do odpowiednich pomieszczeń i montaż mebli biurowych do pomieszczeń sędziowskich” Zamawiający — [REDAKOWANE] dokonał wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę [REDAKOWANE] Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [REDAKOWANE]. W dniu 22 marca 2017 r. od powyższego rozstrzygnięcia Zamawiającego, odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako: „KIO”) złożyła Skarżąca, zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.89 ust.1 pkt 1 w zw. z art.22 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKOWANE] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z postępowania pomimo, iż treść oferty wykonawcy Spółki [REDAKOWANE] nie odpowiada treści SIWZ w odniesieniu do wymogu określonego w art.22 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. wykonawca nie wykazał, że jego działalność, lub działalność jego wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych (tu: osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych);
- 2) naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.89 ust.1 pkt 1 w zw. z art.22 ust.2a ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKOWANE] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z postępowania pomimo, iż treść oferty wykonawcy Spółki [REDAKOWANE] nie odpowiada treści SIWZ w odniesieniu do wymogu określonego w art.22 ust.2a ustawy Pzp, tj. wykonawca nie wykazał, że spełnia określony przez Zamawiającego procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do kategorii osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, tj. że zatrudnia min. 30% osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych;
- 3) naruszenie art.24 ust.1 pkt 12 w zw. z art.22 ust.1 pkt 2 oraz ust.1b pkt 3 ustawy Pzp, poprzez niewykluczenie wykonawcy [REDAKOWANE] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z postępowania pomimo, iż wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej;

4) naruszenie art.24 ust.4 oraz art.89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania w oparciu o zarzut z pkt 3) powyżej.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżąca wniosła o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru — jako najkorzystniejszej — oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę ██████████ Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w zakresie Zadania nr 1 - meble pracownicze i Zadania nr 2 - meble sędziowskie;
- 2) nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy ██████████ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w zakresie Zadania 1 — meble pracownicze i Zadania nr 2 - meble sędziowskie przedmiotowego zamówienia;
- 4) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy ██████████ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z postępowania w zakresie Zadania 1 — meble pracownicze,
- 5) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu, których oferty nie podlegają odrzuceniu, w zakresie Zadania 1 — meble pracownicze i Zadania 2 — meble sędziowskie, tj. oferty złożonej przez skarżącą.

Wyrokiem z dnia 6 kwietnia 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 564/17. KIO oddaliła odwołanie skarżącej stwierdzając, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie naruszył przepisów Pzp, w zakresie zarzucanym mu przez skarżącą.

Skarżący podniósł, że istota zarzutów skargi sprowadza się do zakwestionowania przyjętej przez KIO wykładni przepisu art.22 ust.2 i 2a Pzp, skutkiem której było przyjęcie, że wykonawca ██████████ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, którego oferta została przez Zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie Zadania nr 1 oraz Zadania nr 2, posiadał legitymację do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego — ██████████ Zamawiający w pkt III.1.5 Ogłoszenia o zamówieniu zastrzegł bowiem, że: *„Zamówienie jest zastrzeżone dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych”*. Jednocześnie Zamawiający w treści SIWZ wskazał, że: *„na podstawie art.22 ust.2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) zastrzega, że o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie Wykonawcy, których działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. -*

*Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. poz. 557 ze zm.) mających trudności w integracji ze środowiskiem", określając minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych nie mniejszy niż 30% osób zatrudnionych przez Wykonawcę. W celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu Wykonawca [REDAKTED] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wraz z ofertą złożył oświadczenie na formularzu JEDŻ, zaznaczając, że jest „przedsiębiorstwem społecznym”. Jak wskazał skarżący, w toku badania i oceny ofert Zamawiający powziął jednakże wątpliwość, czy Wykonawca faktycznie spełnia warunki uprawniające go do złożenia oferty na realizację zamówienia zastrzeżonego, wobec czego dwukrotnie wezwał Wykonawcę do złożenia w tym zakresie stosownych wyjaśnień. W odpowiedzi na wezwanie, spółka [REDAKTED] podała, że jej działalność „obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych poprzez, zatrudnienie osób wskazanych w art.22 ust.2 pkt 3 Pzp, mających trudności w integracji ze środowiskiem” oraz przedłożyła umowę o dzieło zawartą w dniu 26 stycznia 2017 r. z osobą pozbawioną wolności, odbywającą karę poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego.*

W ocenie skarżącego, na co zwracał już uwagę w treści odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2017 r. wykonawca [REDAKTED] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie był w ogóle uprawniony do ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego i winien był zostać przez Zamawiającego wykluczony z udziału w postępowaniu, bowiem nie wykazał, iż jego działalność lub działalność jego wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych w rozumieniu przepisu art.22 ust.2 pkt 3 Pzp, zgodnie z treścią którego „Zamawiający może zastrzec 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, w szczególności osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. poz. 557, z późn. zm. 114)), mających trudności w integracji ze środowiskiem. Nadto skarżący przywołał treść art.22 ust.2a Pzp: „Zamawiający określa minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w ust.2, nie mniejszy niż 30%, osób zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej lub wykonawców albo ich jednostki, o których mowa w ust.2.”

Zdaniem skarżącego, literalna wykładnia obydwu ww. przepisów prowadzi do wniosku, że o udzielnie izw. zamówienia zastrzeżonego może ubiegać się wykonawca spełniający łącznie dwa odrębne wymogi, tj.:

- I. wymóg prowadzenia działalności obejmującej społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, wskazanych w treści przepisu art.22 ust.2 pkt 1) - 8) Pzp oraz
- II. wymóg zatrudnienia osób będących członkami takich grup na określonym przez zamawiającego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poziomie procentowym nie mniejszym niż 30%.

W ocenie skarżącego taki wniosek potwierdza również treść dokumentu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), który zawiera w części II lit.A rubrykę z następującym opisem: *„Jedynie w przypadku gdy zamówienie jest zastrzeżone (8): czy wykonawca jest zakładem pracy chronionej, „przedsiębiorstwem społecznym” (9) lub czy będzie realizował zamówienie w ramach programów zatrudnienia chronionego? Jeżeli tak, jaki jest odpowiedni odsetek pracowników niepełnosprawnych lub defaworyzowanych? Jeżeli jest to wymagane, proszę określić, do której kategorii lub których kategorii pracowników niepełnosprawnych lub defaworyzowanych należą dani pracownicy”*. Ze sformułowania przytoczonej rubryki JEDZ wynika, iż odrębnie należy wykazać sam fakt bycia „przedsiębiorstwem społecznym” (a więc przedsiębiorstwem, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych), a odrębnie wskaźnik zatrudnienia. Mając powyższe na względzie, w ocenie skarżącego, nie sposób uznać za prawidłowe stanowiska wyrażonego przez KIO w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku, iż *„jedyne wymóg jaki należy spełnić, aby wykonać Zamówienie zastrzeżone odnosi się do wykazania wymogu co do wskaźnika zatrudnienia osoby z grupy marginalizowanej”*. Wymóg co do procentowego wskaźnika zatrudnienia osób z grupy społecznie marginalizowanej, o którym mowa w art.22 ust.2a Pzp jest bowiem wymogiem odrębnym od wymogu prowadzenia działalności obejmującej społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych (tu: osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych), o jakim mowa w art.22 ust.2 pkt 3 Pzp, zaś wykonawca ubiegający się o udzielnie „zamówienia zastrzeżonego” winien w pierwszej kolejności wykazać sam fakt prowadzenia działalności obejmującej społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, a dopiero w drugiej kolejności - spełnienie wymogu zatrudnienia osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, na poziomie określonym przez zamawiającego w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skarżący podniósł, że za błędne należy również uznać stanowisko KIO, w którym utożsamia fakt wykonywania przez wykonawcę działalności obejmującej społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych z faktem zatrudniania osób będących członkami takich grup, po pierwsze z tego względu, że jak to już wyżej wskazano, wymóg co do procentowego wskaźnika zatrudnienia osób z grupy społecznie marginalizowanej jest wymogiem odrębnym od wymogu prowadzenia działalności obejmującej społeczną i zawodową integrację osób będących członkami takich grup społecznych, a po drugie, że taka wykładnia pozostaje w sprzeczności z *ratio legis* wprowadzenia do polskiego systemu zamówień publicznych instytucji tzw. zamówień zastrzeżonych. Jak wskazał skarżący, przedmiotowa regulacja art.22 ust.2 i 2a Pzp została wprowadzona do ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z koniecznością implementacji do polskiego porządku prawnego postanowień Dyrektywy klasycznej, uchylającej dyrektywę 2004/1 8/WE. W artykule 20 Dyrektywy „Zamówienia zastrzeżone” wskazano, że: „państwa członkowskie mogą zastrzec prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych, lub mogą przewidzieć możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów zatrudnienia chronionego, pod warunkiem, że co najmniej 30 % osób zatrudnionych przez te zakłady, przez tych wykonawców lub w ramach tych programów, stanowią pracownicy niepełnosprawni lub defaworyzowani”. Jak wskazał skarżący, idea jaka przyświecała ustawodawcy unijnemu przy konstruowaniu treści ww. art.0 Dyrektywy, została wyjaśniona w motywie 36 Preambuły do Dyrektywy klasycznej, zgodnie z brzmieniem którego „zatrudnienie i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szansę i przyczyniające się do integracji społeczeństwa. W związku z tym zakłady pracy chronionej mogą odgrywać istotną rolę. To samo dotyczy innych form społecznej działalności gospodarczej mających głównie na celu wspieranie społecznej i zawodowej integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych i znajdujących się w niekorzystnej sytuacji, takich jak bezrobotni, członkowie znajdujących się w niekorzystnej sytuacji mniejszości lub grup w inny sposób społecznie marginalizowanych”. Równocześnie, przedmiotowy motyw Preambuły wskazuje, że w przypadku zamówień publicznych w pełni otwartych na konkurencję podmioty te mogą mieć trudności z uzyskaniem zamówienia i w związku z tym należy przyznać państwom członkowskim uprawnienie do ograniczenia prawa do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych jedynie dla takich zakładów pracy chronionej lub przedsiębiorstw społecznych bądź też zastrzegać realizację zamówień

dla programów zatrudnienia chronionego. Nadrzędnym zatem celem wprowadzenia do porządku krajowego przywołanej regulacji Dyrektywy jest aspekt społeczny, realizowany poprzez umożliwienie i ułatwienie dostępu do wykonywania zamówień osobom defaworyzowanym, zatrudnionym w zakładach pracy chronionej lub przedsiębiorstwach, których głównym elementem działalności jest integracja osób defaworyzowanych, stąd też kategoria zamówień zastrzeżonych, już z samej swej definicji stanowi o zawężeniu kręgu potencjalnych wykonawców do ściśle wyspecyfikowanych podmiotów, realizujących szczególny cel społeczny.

Mając powyższe na względzie, w ocenie skarżącego, nie można uznać za prawidłowe stanowiska KIO, że *„Jeżeli wykonawca zatrudnia osoby z grupy marginalizowanej, to jego działalność obejmuje integrację takich osób”*. Sam bowiem fakt zatrudnienia osoby będącej członkiem grupy marginalizowanej, nie może być w prosty sposób utożsamiany z realizacją przez przedsiębiorcę celu polegającego na społecznej i zawodowej integracji osób należących do takiej grupy. Ustawodawca unijny wyraźnie bowiem wskazuje, że o udzielnie zamówień zastrzeżonych mogą się ubiegać podmioty mające głównie na celu wspieranie społecznej i zawodowej integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych i znajdujących się w niekorzystnej sytuacji, a nie przedsiębiorcy, którzy jedynie zatrudniają osoby z grupy marginalizowanej. Skarżący podkreślił, że przyjęcie i uznanie za prawidłową interpretacji KIO, niweczyłoby sens i cel zamówień zastrzeżonych oraz otwierałoby drogę nie tylko w przypadku niniejszego postępowania, ale również w przypadku innych postępowań o udzielnie zamówień publicznych, w których zamawiający korzystaliby z możliwości przewidzianej w art.22 ust.2 Pzp, do obejścia prawa. Przedsiębiorcy, którzy podobnie jak █████ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nigdy wcześniej nie zatrudniali osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych uzyskali by bowiem dostęp do zamówień zastrzeżonych na równi z podmiotami, które w zakresie swojej działalności statutowej lub umownej, mają wpisaną realizację szczególnych celów społecznych, w tym w szczególności społeczną i zawodową integrację osób defaworyzowanych i przez ten fakt mogących mieć trudności z uzyskaniem zamówienia publicznego. Istotnym przy tym pozostaje, jak podniósł skarżący, że podobnie na kwestię legitymacji do udziału w tzw. zamówieniach zastrzeżonych spojrziała KIO w sprawie o sygnaturze KIO 86/17 stwierdzając, że: *„istota sporu sprowadzała się do oceny okoliczności posiadania przez Odwołującego legitymacji do udziału w przetargu bądź jej braku w warunkach prowadzenia przedsiębiorstwa, którego głównym celem jest działalność agencji reklamowej, w sytuacji złożenia przez niego oświadczenia o prowadzeniu przedsiębiorstwa społecznego. Zdaniem*

*Izby status przedsiębiorstwa społecznego determinuje jego główny cel jakim jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych. Przedłożone przez Odwołującego odpisy kopii dokumentów mogą świadczyć co najwyżej o przygotowaniu się do świadczenia usługi przedmiotowego zamówienia, a także o prowadzeniu agencji reklamowej, lecz nie dokumentują one jednak celu głównego w postaci społecznej i zawodowej integracji osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych. Taka sytuacja mogłaby wynikać z faktu zatrudniania jedynie takich osób marginalizowanych dla ich integracji, a nie w celu uzyskania zamówienia."*

W świetle powołanego wyżej orzeczenia skarżący wyraził zdziwienie stanowiskiem KIO w niniejszej sprawie, że „nie ma podstawy do oczekiwania, aby integracja była głównym celem wykonawcy” bowiem „nie wynika to w żaden sposób z przepisów Prawa zamówień publicznych” oraz, że „taka interpretacja nie jest sprzeczna z prawem europejskim” bowiem „przepis dyrektywy dopuszcza obok możliwości wykonania zamówienia zastrzeżonego przez przedsiębiorcę, którego głównym celem jest integracja, również możliwość realizacji takiego zamówienia przez przedsiębiorców z określonym wskaźnikiem zatrudnienia” na co w ocenie KIO wskazuje użycie w treści przepisu spójnika „lub”. Zdaniem skarżącego taka konstatacja KIO pozostaje w oczywistej sprzeczności z literalnym brzmieniem przepisu art.20 Dyrektywy klasycznej, w którego treści mówi się o możliwości zastrzeżenia przez państwo członkowskie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych lub możliwości realizacji takich zamówień w ramach programów zatrudnienia chronionego, pod warunkiem, że co najmniej 30% osób zatrudnionych przez te zakłady (a więc zakłady pracy chronionej), przez tych wykonawców (a więc wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych — o których mowa przed zwrotem „pod warunkiem”) lub w ramach tych programów (a więc programów zatrudnienia chronionego) stanowią pracownicy niepełnosprawni lub defaworyzowani, a nie jak to widzi KIO, o alternatywnej możliwości wykonania zamówienia również przez wykonawcę, który zatrudnia osoby z określonych grup defaworyzowanych na określonym poziomie, a którego głównym celem nie jest integracja społeczna i zawodowa.

W ocenie Skarżącego prawidłowa interpretacja przepisu art.22 ust.2 Pzp nie może być dokonana bez uwzględnienia treści przepisu art.20 Dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym integracja społeczna i zawodowa osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych winna stanowić główny cel działalności przedsiębiorcy. Tym samym skarżący stwierdził, że skoro



status przedsiębiorstwa społecznego determinuje jego główny cel, jakim jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych to niewątpliwie realizacji przez przedsiębiorcę tego celu nie dowodzi treść umowy o dzieło, która może co najwyżej świadczyć - jak to słusznie przyjęła KIO w sprawie o sygn. akt KIO 86/17 — „o przygotowaniu się do świadczenia usługi przedmiotowego zamówienia”. Tym samym, w ocenie skarżącego, nie sposób podzielić stanowiska KIO, że „nie ma podstawy aby uznać, że podmiot, który w umowie spółki jako cel wpisał integrację społeczną, jest bardziej predestynowany do wykonania zamówienia zastrzeżonego, niż podmiot, który faktycznie zatrudnia takie osoby” jak również odrzucenie przez KIO argumentacji skarżącego zawartej w treści odwołania, iż samo zawarcie umowy o dzieło z osobą odbywającą karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie dokumentuje celu prowadzenia działalności w postaci społecznej i zawodowej integracji osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych oraz, że cel ten winien zostać udowodniony za pomocą innych dokumentów, takich, jak np. umowa spółki.

W ocenie skarżącej nie sposób też uznać za prawidłowe stanowiska KIO, zgodnie z którym zatrudnienie przez przedsiębiorcę osoby odbywającej karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, zatrudnionej już uprzednio na podstawie umowy o pracę u innego pracodawcy, a więc aktywnej zawodowo, jest równoznaczne ze spełnieniem przez wykonawcę spółkę [REDAKTOWANE] wymogu dotyczącego prowadzenia działalności obejmującej społeczną i zawodową integrację tej osoby. O prowadzeniu działalności mającej na celu społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności można, zdaniem skarżącej mówić jedynie w przypadku, gdy przedsiębiorca zatrudnia osoby pozbawione wolności nieaktywne zawodowo, znajdujące się w niekorzystnej sytuacji, niezintegrowane społecznie z uwagi na przebywanie w zamkniętym zakładzie karnym, a nie osoby przebywające wśród społeczeństwa (w związku z faktem odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, poza zakładem karnym, w miejscu zamieszkania) i już pracujące (a więc aktywne zawodowo). Jak podniósł skarżący, skutkiem powyższej interpretacji przepisów Ppz dokonanej przez KIO było błędne uznanie, że wykonawca [REDAKTOWANE] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wykazał spełnienie wymogu ubiegania się o udzielenie tzw. zamówienia zastrzeżonego, bowiem zatrudnia 30% osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, na dowód czego przedłożył umowę o dzieło zawartą z osobą odbywającą karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego poza zakładem karnym.

Skarżący podniósł, że gdyby KIO dokonała prawidłowej wykładni przepisu art.22 ust.2 i 2a Pzp, to winna była dojść do przekonania, że wykonawca [REDAKTOWANE] Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością powinien być przez Zamawiającego wykluczony z udziału w postępowaniu przetargowym, zgodnie z dyspozycją art.24 ust.1 pkt 12 w zw. z art.22 ust.1 pkt 2 i ust.1b pkt 3 Pzp. po pierwsze z uwagi na fakt, że wykonawca ten nie wykazał, że jest przedsiębiorcą, którego działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych (tu: osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych) w rozumieniu art.22 ust.2 Pzp, a po drugie — co jednakże nie stanowiło przedmiotu pogłębionej analizy ze strony KIO - wykonawca ten nie wykazał, że spełnia określony przez Zamawiającego procentowy wskaźnik zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych na poziomie 30 % z uwagi na fakt, że przedłożona przez wykonawcę umowa o dzieło z osobą odbywającą karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie zawierała elementu przedmiotowo istotnego w rozumieniu art.627 Kodeksu cywilnego w postaci wyraźnego określenia przedmiotu umowy, a zatem dotknięta była sankcją nieważności.

W ocenie skarżącego, na co zwracał uwagę KIO, przedstawiona przez wykonawcę — █████ Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością umowa o dzieło z osobą odbywającą karę pozbawienia wolności poza zakładem karnym nie stanowiła podstawy „zatrudnienia” osoby pozbawionej wolności. Z istoty umowy o dzieło wynika bowiem, iż jej przedmiot musi być ściśle określony (art.626 k.c.). Tymczasem przedmiot umowy zawartej pomiędzy Spółką █████ a osobą skazaną nie był jednoznacznie określony. Z umowy o dzieło przedstawionej przez wykonawcę Spółkę █████ trudno było również wywnioskować, zdaniem skarżącego, jakie to dzieło z zakresu branży wyposażenia wnętrz i meblarskiej miałyby zostać wykonane przez skazanego w miejscu jego stałego pobytu, w sposób niekolidujący z orzeczeniem sądu penitencjarnego. W ocenie skarżącego, przedłożona przez wykonawcę spółkę █████ umowa mogłaby co najwyżej zostać zakwalifikowana jako umowa zlecenia, jednak w takiej sytuacji wykonawca ten winien był zgłosić tę umowę do ZUS w celu odprowadzania składek na ubezpieczenia zdrowotne, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Skarżący podniósł, że analizując treść przedstawionej umowy o dzieło można powziąć przypuszczenie, iż została zawarta jedynie na potrzeby przedmiotowego postępowania. Wobec tego Zamawiający powinien był zwrócić się do wykonawcy █████ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością o złożenie stosownych wyjaśnień w trybie art.87 Pzp lub dokumentów potwierdzających fakt zatrudnienia skazanego (np. stosownego zgłoszenia umowy — mającej charakter umowy zlecenia - do ZUS), a nie uznać, iż wykonawca potwierdził fakt zatrudnienia osoby pozbawionej wolności w oparciu o przedmiotową umowę o dzieło, która z uwagi na ww. brak elementu przedmiotowo istotnego, dotknięta była sankcją nieważności, a jako taka nie mogła

doprowadzić do skutecznego zatrudnienia osoby skazanego przez wykonawcę. Skarżący zauważył również, że wykonawca spółka [REDAKT] zawierając przedmiotową umowę o dzieło oświadczył w jej treści, że jest przedsiębiorcą społecznym, którego działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób marginalizowanych. Tymczasem, jak wynika z wyjaśnień złożonych przez tego Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, poza skazanym odbywającym karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, wykonawca ten na dzień składania ofert zatrudniał jeszcze dwie inne osoby, z których żadna nie była członkiem grupy społecznie marginalizowanej. Gdyby zatem przyjmować za zasadne stanowisko KIO, zgodnie z którym „jeżeli wykonawca zatrudnia osoby z grupy marginalizowanej, to jego działalność obejmuje integrację takich osób”, to oświadczenie [REDAKT] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zawarte w treści umowy o dzieło, o tym że jest on przedsiębiorcą, którego działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób marginalizowanych, nie polegało na prawdzie (w chwili zawierania umowy o dzieło nie zatrudniał on bowiem żadnej osoby z grupy defaworyzowanej), podobnie jak oświadczenie złożone przez spółkę [REDAKT] w formularzu JEDZ przedłożonym wraz z ofertą, w którym potwierdził on, że w chwili złożenia tego oświadczenia, jest przedsiębiorstwem społecznym, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych (w chwili składania oświadczenia JEDZ — wykonawca ten nie zatrudniał żadnej osoby pozbawionej wolności, co zgodnie z rozumowaniem KIO oznacza, że nie był uprawniony do wzięcia udziału w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia zastrzeżonego). Tym samym, w ocenie skarżącego, istniały również podstawy do wykluczenia tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu, z powołaniem się na przepis art.24 ust.1 pkt 16 Pzp.

Wobec powyższego, zdaniem skarżącego, niniejsza skarga jest uzasadniona i zasługuje na uwzględnienie w całości (k.183-190).

W odpowiedzi na skargę Zamawiający [REDAKT] wnosił o oddalenie skargi w całości jako bezzasadnej w zakresie wszystkich jej zarzutów oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania wywołanego wniesieniem skargi według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odpowiedzi na skargę Zamawiający podał, że nie zgadza się z zarzutami i oceną skarżącego, a w konsekwencji za prawidłową uznaje ocenę Krajowej Izby Odwoławczej, iż skoro ustawodawca krajowy nie zdefiniował co oznacza, że działalność wykonawcy obejmuje integrację określonej grupy osób, a równocześnie wskazuje na

postawienie wymogu minimalnego zatrudnienia takich osób, to należy przyjąć, że jeżeli wykonawca zatrudnia osoby z grupy marginalizowanej, to jego działalność obejmuje integrację takich osób. Nadto, w ocenie Zamawiającego, KIO prawidłowo wskazała, że nie można wyeliminować wykonawcy z postępowania z powołaniem się na niejasną, niewynikającą z przepisów czy SIWZ podstawę. Takiej podstawy nie można domniemywać, czy opierać na postulatach *de lege ferenda*. Jedyny skonkretyzowany wymóg, jaki stawia ustawodawca w odniesieniu do integracji, to zatrudnienie na określonym poziomie osób ze wskazanych kategorii. W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego, jedyny wymóg, jaki należy spełnić, aby wykonać „zamówienie zastrzeżone”, odnosi się do wykazania wymogu co do wskaźnika zatrudnienia.

Zamawiający podkreślił, że w zakresie warunku określonego w art.22 ust.2 ustawy Pzp istnieje niespójność przepisów, co powoduje, że zamawiający, dokonując zastrzeżenia zgodnie z art.22 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia przekracza kwoty, o których mowa w art.11 ust.8 ustawy Pzp przekazuje ogłoszenie Urzędowi Publikacji Europejskiej i nie ma innej możliwości jak zamieścić informację zgodnie z pkt III.1.5) ogłoszenia. Podobnie, zdaniem Zamawiającego, przedstawia się sytuacja w oświadczeniu w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w Części II A. Zgodnie z instrukcją wypełnienia JEDZ przygotowaną przez UZP „Pozycję formularza wypełniamy z zaznaczeniem „Tak” jeżeli zamawiający w konkretnym postępowaniu skorzystał z możliwości wynikającej z art.22 ust.2 ustawy Pzp”, tj. zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wymienieni w ustawie wykonawcy, których działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. Zdaniem Zamawiającego słusznie zauważyła KIO, że pouczenia z instrukcji wypełniania formularza JEDZ są tak dalece oderwane od literalnego brzmienia przepisów Prawa zamówień publicznych, że można przypuszczać, że wykonawca zaznaczając opcję odnoszącą się do wskaźnika zatrudnienia może być przekonany, że jest również przedsiębiorstwem społecznym, o którym mowa w formularzu.

W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, nie sposób zgodzić się ze skarżącym i uznać, że wymóg prowadzenia działalności obejmującej społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, o jakim mowa w art.22 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, winien być rozpatrywany odrębnie od warunku spełnienia wymogu zatrudnienia osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, na odpowiednim poziomie określonym przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nadto Zamawiający podniósł, że ustawa Pzp nie posługuje się ani pojęciem przedsiębiorstwa społecznego, ani pojęciem głównego celu, będącego wyznacznikiem dla zakwalifikowania przedsiębiorstwa jako społeczne. Mówi jedynie o „działalności obejmującej ...”, co w formularzu JEDZ i ogłoszeniu ma odpowiadać zawartym tam sformułowaniom. Zamawiający podkreślił, że zarówno zasady dokonywania ogłoszeń, jak i dokument JEDZ nie są treściowo skorelowane z ustawą Pzp, lecz z dyrektywami unijnymi, stąd chociażby na stronach UZP znalazła się instrukcja wypełniania JEDZ, która czyni odpowiednimi pojęcia z prawa krajowego do pojęć prawa unijnego. Nie można jednak uznać, że przez to dochodzi do zmiany pojęć ustawowych. Zdaniem Zamawiającego należy posłużyć się regulacją zawartą w art.22 ust.2 ustawy Pzp mówiącym o tym, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, których działalność lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych (tu: pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych). Polski ustawodawca wprowadził zatem zamówienia zastrzeżone, posługując się nie sformułowaniem „główny cel” lecz „działalność ... obejmuje”. Tym samym, jak stwierdził Zamawiający, słusznie wskazała KIO, iż nie ma podstawy do oczekiwania, aby integracja była „głównym celem” wykonawcy, co nie wynika z przepisów Prawa zamówień publicznych, jak również, że wobec literalnego brzmienia obowiązujących przepisów, biorąc pod uwagę ich cel – dążenie do integracji osób defaworyzowanych za pomocą zatrudnienia – tylko fakt rzeczywistego zatrudnienia osób defaworyzowanych na określonym, wymaganym przez Zamawiającego poziomie, ma znaczenie dla oceny, czy wykonawca może wykonać zamówienie zastrzeżone.

Zamawiający podniósł również, że wbrew twierdzeniom skarżącego, umowa o dzieło może być podstawą zatrudnienia skazanego, co wynika wprost z art.121 § 2 kkw, który stanowi, że *„Skazanego zatrudnia się na podstawie skierowania do pracy albo umożliwia się skazanemu wykonywanie pracy zarobkowej w ramach umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o dzieło, umowy o pracę nakładczą lub na innej podstawie prawnej”*. Jednocześnie Zamawiający podzielił stanowisko KIO wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że w przedmiotowej sprawie, w odniesieniu do formy i treści umowy, nie ma podstaw do weryfikowania, czy jest to umowa o dzieło, zlecenia czy o pracę, ponieważ Zamawiający nie ograniczył możliwości zatrudnienia do wykonywania pracy w określonej formie. Znaczenie ma wyłącznie to, czy dana osoba będzie realizowała zamówienie. Nadto Zamawiający podniósł, że przepisy Prawa zamówień publicznych nie wykluczają możliwości zatrudnienia osoby odbywającej karę w systemie dozoru elektronicznego. Zdaniem Zamawiającego nie ma

zadnych podstaw prawnych, aby osób wykonujących karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie zaliczać do „osób pozbawionych wolności”, o których mowa w art.22 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp (k.237-244).

W dniu 15 marca 2018 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przystąpił do postępowania w niniejszej sprawie podnosząc, że Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie wniesione przez ██████████ Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością naruszyła art.22 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art.22 ust.2a ustawy Pzp poprzez ich błędną interpretację polegającą na uznaniu, że: (1) jeżeli wykonawca zatrudnia osoby będące członkami grup społecznie marginalizowanych, o których mowa w art.22 ust.2 pkt 1-8 ustawy Pzp, to jego działalność w każdym przypadku obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, nadto (2) jedyny wymóg, jaki wykonawca musi spełnić, aby wykonać tzw. zamówienie zastrzeżone, o którym mowa w art.22 ust.2 ustawy Pzp odnosi się do wykazania wymogu co do wskaźnika zatrudnienia, określonego przez zamawiającego na zasadzie art.22 ust.2a ustawy Pzp, podczas gdy z literalnego brzmienia w/w przepisów wynika, że: (1) art.22 ust.2 ustawy Pzp wskazuje na katalog podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienie publiczne w ramach tzw. zamówień zastrzeżonych, mianowicie: (a) zakłady pracy chronionej oraz (b) 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, w szczególności osób wymienionych w art.22 ust.2 ustawy Pzp, z czego wynika, że warunkiem ubiegania się o tzw. zamówienie zastrzeżone jest zaliczanie się do jednej z w/w kategorii podmiotów, co w przypadku „innych wykonawców” oznacza obowiązek wykazania przede wszystkim, że ich działalność nakierowana jest na społeczną i zawodową integrację w/w osób, nadto (2) dla spełnienia w/w wymogu podmiotowego nie jest wystarczające wykazanie jedynie faktu zatrudnienia osób z grup społecznie marginalizowanych, a także (3) wskaźnik zatrudnienia, określony przez zamawiającego na zasadzie art.22 ust.2a ustawy Pzp jest dodatkową przesłanką możliwości ubiegania się o tzw. zamówienie zastrzeżone, która badana jest dopiero po stwierdzeniu, że wykonawca ubiegający się o zamówienia może zostać zaklasyfikowany jako podmiot, o których mowa w art.22 ust.2 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o uwzględnienie zarzutu zawartego w punkcie II pkt 1 lit.a, b i c skargi złożonej przez

[REDAKTOR] Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [REDAKTOR]

W uzasadnieniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że przyczyną przystąpienia do niniejszego postępowania jest zaistniały na gruncie rozpoznawanej przez tut. Sąd sprawy problem natury systemowej, o poważnym znaczeniu dla prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych, związany z interpretacją treści art.22 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art.22 ust.2a ustawy Pzp.

Jak podniósł przystępujący do postępowania Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie, sprzedaż, dostawa, rozładunek, montaż i wniesienie mebli do budynku Sądu Okręgowego i Sądu Rejonowego w [REDAKTOR]” wskazał w pkt III.1.5 „Informacje o zamówieniach zastrzeżonych”, że „przedmiotowe zamówienie jest zastrzeżone dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których główny celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych”. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił, że „na podstawie art.22 ust.2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz.2164 ze zm.) zastrzega, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie Wykonawcy, których działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. poz.557 ze zm.) mających trudności w integracji ze środowiskiem”. Nadto Zamawiający wskazał, że „na podstawie art.22 ust.2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz.2164 ze zm.) określa minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych niemniejszy niż 30% zatrudnionych przez Wykonawcę”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że nie można zgodzić się z interpretacją przepisu art.22 ust.2 pkt 3 w zw. z art.22 ust.2a ustawy Pzp dokonaną przez Krajową Izbę Odwoławczą rozpoznającą odwołanie od czynności wyboru oferty w sprawie sygn. akt KIO 564/17 z następujących względów:

1. Ustawa Pzp w art.22 ust.2 wskazuje na katalog podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienie publiczne w ramach tzw. zamówień zastrzeżonych. Są to dwie grupy podmiotów: (1) zakłady pracy chronionej oraz (2) 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. Powyższe grupy wykonawców stanowią dwie odrębne kategorie.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie budzi wątpliwości, że wykonawca, którego oferta została wybrana w postępowaniu, nie jest zakładem pracy chronionej. Wobec powyższego dla ustalenia, czy wykonawcy ██████████ Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością przedmiotowe zamówienie zastrzeżone mogło zostać udzielone, Izba winna zbadać, czy w/w wykonawca spełnia wymogi przewidziane dla drugiej kategorii podmiotów, tj. grupy „innych wykonawców”, o których mowa w art.22 ust.2 ustawy Pzp. Katalog tych wykonawców pozostaje otwarty. Warunkiem jest, że dany podmiot jest w stanie potwierdzić fakt prowadzenia działalności w zakresie społecznej i zawodowej integracji osób, będących członkami grup, o których mowa w art.22 ust.2 pkt 1-8 ustawy Pzp. Realizacja celu związanego ze społeczno-zawodową integracją osób z grup marginalizowanych może wynikać z przepisów regulujących daną formę prawną działalności lub z postanowień aktów wewnętrznych regulujących działalność danego podmiotu, np. statut czy umowa spółki.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł, że nie można zgodzić się ze stwierdzeniem KIO zawartym w zaskarżonym wyroku, że skoro ustawodawca nie zdefiniował co oznacza, że działalność wykonawcy obejmuje integrację społeczną w/w grup osób, to dla spełnienia w/w warunku wystarczające jest zatrudnianie w/w osób, bowiem w takim wypadku działalność wykonawcy obejmuje integrację takich osób. Prezes UZP podkreślił, że z przepisu art.22 ust.2 ustawy Pzp wynika, że celem działalności wykonawcy musi być integracja osób z grup społecznie marginalizowanych. Tym samym sam fakt zatrudnienia w ramach prowadzonej działalności (nie nakierowanej na integrację osób jw.) nie oznacza, że spełniona została przesłanka z art.22 ust.2 ustawy Pzp, tj. że celem działania podmiotu zatrudniającego jest integracja osób z grup społecznie marginalizowanych. Jak podniósł Prezes UZP, zatrudnienie to może bowiem być incydentalne i nie być związane z celem, jakim jest integracja w/w osób. Warunek, o którym mowa w art.22 ust.2 Pzp stanowi podstawę do ograniczenia udziału w postępowaniu według ściśle określonej i zdefiniowanej cechy podmiotowej, tj. zakładów pracy chronionej i podmiotów, których działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. Biorąc pod uwagę powyższe Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł, że Izba winna przeprowadzić postępowanie dowodowe mające na celu ustalenie, czy działalność wykonawcy, któremu udzielono zamówienia mieści się w ustawowym katalogu jw.



2. Przystępujący do postępowania Prezes UZP wskazał również, że nieodzownym elementem pozwalającym na skorzystanie z uprawnienia do zastrzeżonego zamówienia publicznego, odrębnym od wymogu podmiotowego, jest określenie przez zamawiającego poziomu zatrudnienia osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, co wynika z art.22 ust.2a ustawy Pzp.

Jak podniesiono, z treści zaskarżonego wyroku nie wynika, żeby Izba zbadała, czy Wykonawca, którego oferta została wybrana w postępowaniu, spełnia ustanowiony przez Zamawiającego wymóg zatrudnienia min. 30% osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. poz.557 ze zm.), mających trudności w integracji ze środowiskiem. Izba ograniczyła się do stwierdzenia, że zarzuty odwołania w w/w zakresie nie potwierdziły się, zaś w uzasadnieniu brak jest podstaw do uznania, że Izba badała procentowy udział zatrudnienia.

Jak wskazał Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, omawiane przepisy ustawy Pzp stanowią implementację do polskiego porządku prawnego przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Powołując się na art.20 dyrektywy 2014/24/UE i motyw 36 preambuły Prezes UZP wskazał, że dokonano w nich ograniczenia możliwości konkurencji o zamówienie tylko do podmiotów, które działają w celu integracji lub reintegracji osób defaworyzowanych. Istotne jest, aby to integracja społeczna i zawodowa osób pochodzących z grup defaworyzowanych stanowiła główny przedmiot działalności takiego wykonawcy. Jak podniesiono, powyższe stanowisko potwierdziła również Komisja Europejska w jednym z komunikatów, jak również na podobną interpretację wskazuje treść Europejskiego Jednolitego Dokumentu Zamówienia (JEDZ).

Podsumowując Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że w przypadku zamówień zastrzeżonych – inaczej niż może to mieć miejsce w przypadku warunków realizacji zamówienia dotyczących zatrudnienia do wykonywania przedmiotu zamówienia osób z grup marginalizowanych (art.70 dyrektywy 2014/24/UE, w porządku krajowym art.29 ust.4 ustawy Pzp) – sam fakt zatrudnienia osób defaworyzowanych na wymaganym przez zamawiającego poziomie, nie decyduje o możliwości ubiegania się przez ten podmiot o tego typu szczególne zamówienia. Warunkiem, który musi być także spełniony, jest wykazanie prowadzenia działalności nastawionej nie tylko na zysk ekonomiczny, ale przede wszystkim na realizację celu, jakim jest społeczna i zawodowa integracja osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych (k.271-280).

Na rozprawie w dniu 24 maja 2018 r. pełnomocnik skarżącego popierał skargę oraz wnioski i zarzuty w niej zawarte, zaś pełnomocnik zamawiającego wnosił o oddalenie skargi, podtrzymując stanowisko zawarte w odpowiedzi na skargę (k.291-292).

**Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:**

Skarga jest zasadna i jako taka zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do podnoszonego przez skarżącego zarzutu naruszenia art.22 ust.2 pkt 3 w zw. z art.22 ust.2a Pzp w zw. z art.20 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r.), Sąd Okręgowy uznał wskazany zarzut za zasadny.

Zgodnie z dyspozycją art.22 ust.2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający może zastrzec 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, w szczególności osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2017 r., poz.665, 666 i 768), mających trudności w integracji ze środowiskiem. Z kolei art.22 ust.2a w/w ustawy stanowi, że zamawiający określa minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w ust.2, nie mniejszy niż 30%, osób zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej lub wykonawców albo ich jednostki, o których mowa w ust.2.

Cytowany wyżej przepis wskazuje kategorię grup osób uznawanych za społecznie marginalizowane, których społecznej i zawodowej integracji musi dotyczyć działalność wykonawców, aby mogli zostać dopuszczeni do udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazując, że zamówienie ma charakter zastrzeżony, jest obowiązany dodatkowo określić, której z kategorii grup osób uznawanych za społecznie marginalizowane ma dotyczyć działalność wykonawców, a także minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do wybranych kategorii. Przy czym, jeśli zamawiający decyduje się na dokonanie

omawianego zastrzeżenia, wskaźnik zatrudnienia nie może być niższy niż 30% osób ogólnie zatrudnianych przez takich wykonawców.

W ocenie Sądu Okręgowego z literalnego brzmienia wskazanych wyżej przepisów wynika, że warunkiem ubiegania się o tzw. zamówienie zastrzeżone jest zaliczanie się oferenta do jednej z kategorii podmiotów wymienionych w analizowanym przepisie, co jak – jak słusznie podniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych – w odniesieniu do „innych wykonawców” oznacza obowiązek wykazania, że działalność tych podmiotów nakierowana jest na społeczną i zawodową integrację wskazanych w przepisie osób. Nadto „inny wykonawca” winien wykazać, że spełnia określony przez zamawiającego wskaźnik zatrudnienia osób należących do wskazanej przez zamawiającego kategorii osób. Zdaniem sądu rację ma skarżący oraz Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podnosząc, że wskaźnik zatrudnienia określony przez zamawiającego na podstawie art.22 ust.2a ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi dodatkową przesłankę możliwości ubiegania się o tzw. zamówienie zastrzeżone, badanie spełnienia której winno nastąpić dopiero po stwierdzeniu przez zamawiającego, że wykonawca ubiegający się o to zamówienie może zostać zaklasyfikowany jako podmiot, o którym mowa w art.22 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W realiach przedmiotowej sprawy, zamawiający Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w Zamościu, w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie, sprzedaż, dostawa, rozładunek, montaż i wniesienie mebli do budynku Sądu Okręgowego i Sądu Rejonowego w [REDAKTOWANE]” wskazał w pkt III.1.5 „Informacje o zamówieniach zastrzeżonych”, że „przedmiotowe zamówienie jest zastrzeżone dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych”. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający wskazał, że na podstawie art.22 ust.2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zastrzega, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie Wykonawcy, których działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy, mających trudności w integracji ze środowiskiem. Nadto Zamawiający podał, że na podstawie art.22 ust.2a ustawy Prawo zamówień publicznych określa minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych nie mniejszy niż 30% zatrudnionych przez Wykonawcę. W ramach Zadania I – Wykonanie, dostawa, rozładunek, wniesienie do odpowiednich pomieszczeń i montaż mebli biurowych do

pomieszczeń pracowniczych oraz Zadania 2 – Wykonanie dostawa, rozładunek, wniesienie do odpowiednich pomieszczeń i montaż mebli biurowych do pomieszczeń sędziowskich. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ██████████ Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w ██████████. Jak wynika z poczynionych ustaleń, w celu wykazania spełnienia wymogu, że działalność wykonawcy obejmuje społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy, mających trudności w integracji ze środowiskiem, spółka ██████████ wraz z ofertą złożyła oświadczenie na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), w którym zaznaczyła, że jest „przedsiębiorstwem społecznym”. Na skutek wezwania przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wykazania, że wykonawca Spółka ██████████ jest uprawniona do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, wykonawca złożył oświadczenie podając, że jego działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych poprzez zatrudnienie osób wskazanych w art.22 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, mających trudności w integracji ze środowiskiem. Nadto wykonawca złożył umowę o dzieło zawartą w dniu 26 stycznia ██████████ 2017 r. z osobą pozbawioną wolności, odbywającą karę poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, w ocenie Sądu Okręgowego, nie można zgodzić się z interpretacją przepisu art.22 ust.2 pkt 3 w zw. z art.22 ust.2a ustawy Prawo zamówień publicznych dokonaną przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżonym wyroku.

Jak wskazano wyżej, wbrew stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zamawiającego, nie można zgodzić się z tezą, że jeżeli wykonawca zatrudnia osoby z grupy marginalizowanej, to jego działalność obejmuje integrację takich osób, a w konsekwencji, że jedyny wymóg, jaki należy spełnić, aby wykonać „zamówienie zastrzeżone”, odnosi się do wykazania wymogu co do wskaźnika zatrudnienia. Zdaniem sądu, o czym była już mowa wyżej, samo literalne brzmienie przepisów art.22 ust.2 pkt 3 w zw. z art.22 ust.2a ustawy Prawo zamówień publicznych uprawnia do stwierdzenia, że wymóg określony w ust.2 pkt 3 jest niezależny od wymogu wskazanego w ust.2a artykułu 22, co determinuje stwierdzenie, że aby wykonawca nie będący zakładem pracy chronionej, mógł wykonywać tzw. zamówienie zastrzeżone, obowiązany jest wykazać po pierwsze, że jego działalność (lub działalność jego wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie) obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych i po drugie, że spełnia określony przez zamawiającego wskaźnik

zatrudnienia w/w osób. Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej pozostaje również w sprzeczności z literalnym brzmieniem art.20 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r.), przewidującą możliwość zastrzeżenia przez państwo członkowskie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych lub możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów zatrudnienia chronionego, pod warunkiem, że co najmniej 30% osób zatrudnionych przez te zakłady, przez tych wykonawców lub w ramach tych programów stanowią pracownicy niepełnosprawni lub defaworyzowani.

Przekładając powyższe na grunt sprawy niniejszej stwierdzić należy, że wykonawca winien był wykazać, że spełnia łącznie dwa warunki, a mianowicie, że:

- 1) jest zakładem pracy chronionej lub wykonawcą, którego działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy, mających trudności w integracji ze środowiskiem;
- 2) wskaźnik zatrudnionych przez niego osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych jest nie mniejszy niż 30%.

Z analizy akt przedmiotowej sprawy wynika, że wykonawca, którego oferta została wybrana, tj. ██████████ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w ██████████ nie jest zakładem pracy chronionej, jak również, że nie wykazał, aby jego działalność obejmowała społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy, mających trudności w integracji ze środowiskiem, albowiem wskazanego wymogu, w ocenie Sądu Okręgowego, nie wypełnia przedłożenie przez wykonawcę umowy o dzieło z dnia 26 stycznia 2017 r. z osobą pozbawioną wolności, odbywającą karę poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego. Należy z całą stanowczością podkreślić, że z żadnego z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów nie wynika, aby działalność ██████████ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w ██████████ obejmowała społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, mających trudności w integracji ze środowiskiem. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 grudnia 2017 r., takie dokumenty przedłożone przez wykonawcę mogą świadczyć, co najwyżej o przygotowaniu się do świadczenia usługi

przedmiotowego zamówienia, lecz nie dokumentują one jednak celu głównego w postaci społecznej i zawodowej integracji osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych /vide: wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 86/17/.

W ocenie Sądu Okręgowego nie można zgodzić się ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w zaskarżonym wyroku, na co słusznie wskazuje strona skarżąca. że zatrudnienie przez wykonawcę ██████████ Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w ██████████ osoby odbywającej karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, zatrudnionej już uprzednio na podstawie umowy o pracę przez innego pracodawcę, a więc już aktywnej zawodowo, jest równoznaczne ze spełnieniem przez wykonawcę wymogu prowadzenia działalności obejmującej społeczną i zawodową integrację tej osoby. Należy natomiast zgodzić się z twierdzeniem skarżącego, że o prowadzeniu w/w działalności można mówić jedynie w przypadku, gdy przedsiębiorca zatrudnia osoby pozbawione wolności, które są nieaktywne zawodowo, znajdują się w niekorzystnej sytuacji, i są niezintegrowane społecznie, czego nie można odnieść do osoby, która w związku z odbywaniem kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego przebywa w społeczeństwie i już pracuje, czyli jest aktywna zawodowo.

Odnosząc się do formułowanego przez skarżącego zarzutu naruszenia art.24 ust.1 pkt 12 w zw. z art.22 ust.1 pkt 2 i ust.1 b pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji niewykluczenie wykonawcy ██████████ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w ██████████ z udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, Sąd Okręgowy uznał wskazany zarzut za zasadny.

Zgodnie z dyspozycją art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W ocenie Sądu Okręgowego, w świetle przedstawionych we wcześniejszej części niniejszego uzasadnienia rozważań i konkluzji, bez ponownego przytaczania których należy stwierdzić, że wykonawca ██████████ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Solcu Kujawskim nie wykazał, że jest przedsiębiorcą, którego działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych w rozumieniu art.22 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w sprawie niniejszej osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych mających trudności w integracji ze środowiskiem, co winno skutkować wykluczeniem wykonawcy Spółki ██████████ z

udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o zastrzeżonym charakterze.

W realiach przedmiotowej sprawy Sąd Okręgowy za bezzasadne uznał żądanie skarżącego nakazania Zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu, których oferty nie podlegają odrzuceniu, w zakresie Zadania 1 – meble pracownicze i Zadania 2 – meble sędziowskie, tj. oferty złożonej przez skarżącego. Przede wszystkim należy zważyć że z treści sentencji wyroku Sądu Okręgowego, tj. pkt I.1. a)-c), wynika obowiązek ponownego dokonania przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert celem wyboru najkorzystniejszej, tym samym powielanie powyższego w kolejnym punkcie wnioskowanym przez skarżącego jest bezcelowe. Tym samym za bezzasadne, zdaniem Sądu Okręgowego, należy również uznać żądanie wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez skarżącego.

Mając na uwadze całokształt przedstawionych wyżej okoliczności, w tym okoliczność, że z akt sprawy nie wynika, aby została zawarta, a następnie wykonana umowa z wykonawcą [REDAKTION] Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [REDAKTION] (co determinowałoby umorzenie postępowania w przedmiotowej sprawie) oraz przyjmując za podstawę wskazane wyżej przepisy oraz art.198 f pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i art.198 f pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku, uznając, że zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jako naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jak słusznie podnosi skarżący i Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, nie może się ostać.

Powyższe rozstrzygnięcie determinowało zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania, tj. stosownie do dyspozycji art.192 ust.9 i ust.10 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 5 ust.2 pkt 1 i § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2010 r., nr 41, poz.238 z późn. zm.). Na zasądzoną z tego tytułu łączną kwotę 17.417 zł składają się: kwota 15.000 zł z tytułu wpisu od odwołania, kwota 2.400 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwota 17 zł z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Orzeczenie o kosztach postępowania skargowego uzasadnia wynik tego postępowania stosownie do art.198f ust.5 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art.98 § 1 k.p.c. w zw. z art.198a ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Po stronie skarżącego w skład poniesionych kosztów wchodziło wynagrodzenie radcy prawnego reprezentującego skarżącego w wysokości 1.200 zł obliczone zgodnie z § 8 ust.1 pkt 4 w zw. z § 10 ust.1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1804). Co prawda przepisy rozporządzenia nie przewidują stawek zastępstwa procesowego dla pełnomocników biorących udział w postępowaniach o zamówienia publiczne, lecz należało przyznać pełnomocnikowi procesowemu koszty zastępstwa stosowane w sprawach o najbardziej zbliżonym charakterze do niniejszej sprawy, w których przepisy rozporządzenia regulują wysokość stawki. W ocenie sądu sprawy z zakresu skarg wnoszonych do sądów od rozstrzygnięć zespołów arbitrów najbardziej zbliżone są swym charakterem do rozstrzygnięć zapadających po rozpoznaniu skarg na orzeczenia sądów polubownych, wobec powyższego w niniejszej sprawie zastosowanie powinien znaleźć § 8 ust.1 pkt 4 powołanego rozporządzenia /*vide: wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17 kwietnia 2013 r., sygn. akt XII Ga 73/13*/. Nadto na koszty po stronie skarżącego składa się kwota 10.000 zł z tytułu uiszczonej opłaty od skargi. Łączna kwota kosztów skarżącego w postępowaniu przed Sądem Okręgowym wyniosła 11.200 zł.

Z kolei w pkt IV wyroku Sąd Okręgowy przejął na rachunek Skarbu Państwa nieuiszczoną część opłaty od skargi w kwocie 65.000 zł, od uiszczenia której skarżący został zwolniony postanowieniem tut. Sądu z dnia 18 grudnia 2017 r.

Mając na uwadze całokształt powołanych wyżej okoliczności, rozważań i ocen oraz przyjmując za podstawę powołane przepisy Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku.

Agnieszka Jurkowska – Chocyk

Małgorzata Skoczyńska

Beata Figaszewska (spr.)

25 zgodność z oryginałem  
wydruki  
podpis czytelny