

Sygn. akt KIO/KD 2/22

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 2 lutego 2022 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 3 stycznia 2022 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego – Miasto Chorzów, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 grudnia 2021 r. (znak sprawy KND/163/21) postępowania na usługi utrzymania terenów zieleni na terenie miasta Chorzów o łącznej powierzchni ok. 104,84 ha w terminie od 01.01.2021 r. do 31.12.2022 r. dla części obejmującej rejon Chorzowa Centrum o powierzchni 74 005 m²

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie:	Anna Osiecka
	Anna Packo

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany również jako „Kontrolujący”) w wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonego przez Miasto Chorzów (dalej: Zamawiający) na usługi utrzymania terenów zieleni na terenie miasta Chorzów o łącznej powierzchni ok. 104,84 ha w terminie od 01.01.2021 r. do 31.12.2022 r. dla części obejmującej rejon Chorzowa Centrum o powierzchni 74 005 m² na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej: ustawa Pzp2004), poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z udziału w postępowaniu, z uwagi na niewykazanie spełnienia zastrzeżenia, o którym mowa w art. 22 ust. 2 pkt 1 i ust. 2a ustawy Pzp2004 publicznych samodzielnie przez każdego z członków Konsorcjum.

Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu 18 grudnia 2020 r., a więc do postępowania stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.). Zamawiający wszczął postępowanie przez zaproszenie do negocjacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „ERA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chirzowie i Ł. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KOMPLEX” Ł. B. w Świątchłowicach (dalej: Konsorcjum).

W toku postępowania wyjaśniającego i kontroli doraźnej Kontrolujący ustalił, że Zamawiający pismem z dnia 21 grudnia 2020 r. poinformował uczestników Konsorcjum, że o zamówienie mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej przy czym zatrudnienie osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 511, 1000 i 1076) musi być nie mniejsze niż 30%. Na potwierdzenie spełnienia tak opisanego warunku Zamawiający żądał złożenia oświadczenia zgodnie z załączonym do pisma wzorem: „oświadczamy, że jesteśmy zakładem pracy chronionej oraz zatrudniamy osoby niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2018 r. poz. 511, 1000 i 1076) w ilości nie mniejsze niż 30%”.

W dniu 21 grudnia 2020 r. uczestnicy Konsorcjum złożyli na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wspólne oświadczenie sporządzone według wzoru określonego przez

Zamawiającego. Zamawiający uznał na tej podstawie warunek za spełniony i zawarł z Konsorcjum umowę w dniu 30 grudnia 2021 r.

W toku postępowania kontrolnego, w piśmie z dnia 24 września 2021 r. Zamawiający wyjaśnił, że „nadał złożonemu przez Konsorcjum oświadczeniu znaczenie, że przynajmniej jeden z członków konsorcjum jest zakładem pracy chronionej oraz że z łącznej liczby (sumy) pracowników obu przedsiębiorstw ERA Sp. z o.o. oraz Komplex Ł. B. ponad 30% zatrudnionych pracowników to osoby niepełnosprawne. (...) W związku z czym Zamawiający na podstawie dokumentacji postępowania jak i ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. 2019 r. poz.1843 z późn. zm.) zwanej dalej Pzp (w szczególności art. 23 ust. 3), uznał, że złożone oświadczenie przez Wykonawcę Konsorcjum Firm: ERA Sp. z o.o. - lider oraz Komplex Ł. B. - Partner potwierdza, że ściśle spełnia opisany warunek”.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Na wstępie Kontrolujący przytoczył przepisy ustawy Pzp2004 i wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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. Z kolei, zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp2004, wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Jednocześnie, w myśl art. 23 ust. 3 ustawy Pzp2004, do wykonawców, o których mowa w ust. 1, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio. Ponadto, w świetle art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004 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 określonych w pkt 1-8 cytowanego przepisu. Ściśle z treścią powyższego przepisu koreluje norma wyrażona w art. 22 ust. 2a ustawy Pzp2004, zgodnie z którą 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. Dyspozycja art. 22 ust. 2 i 2a ustawy Pzp2004 rodzi konieczność ich ścisłej wykładni. W art. 22 ust. 2 i ust. 2a ustawy Pzp2004 ustawodawca zawarł wyraźne stwierdzenie o możliwości ograniczenia dostępu do zamówienia wyłącznie tych wykonawców, którzy posiadają status zakładu pracy chronionej lub których działalność obejmuje społeczno-zawodową integrację osób społecznie marginalizowanych oraz którzy

zatrudniają te osoby na poziomie minimalnym określonym przez zamawiającego, nie niższym niż 30% zatrudnienia u wykonawcy ogółem.

Kontrolujący podkreślił, że warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 2 i ust. 2a ustawy Pzp2004, nie stanowi podstawy do oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia ale podstawę do ograniczenia podmiotowego udziału w tym postępowaniu według ściśle określonej i zdefiniowanej cechy podmiotowej. Zastrzeżenie społeczne, o którym mowa w art. 22 ust. 2 i ust. 2a ustawy Pzp2004, traktowane jest jako rodzaj warunku udziału w postępowaniu, ale odrębnego od tych wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp2004 i służy weryfikacji profilu społecznej działalności oraz struktury zatrudnienia wykonawcy, nie zaś weryfikacji jego potencjału i ocenie zdolności podmiotu do realizacji przedmiotu zamówienia przez pryzmat posiadanych uprawnień, wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego i finansowego (tak Krajowa Izba Odwoławcza, dalej: „KIO”, w wyroku z dnia 30 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2249/12). Oznacza to, że w przypadku tzw. zamówień zastrzeżonych, realizowanych w oparciu o art. 22 ust. 2 i ust. 2a ustawy Pzp2004 nie ma możliwości dokonywania łącznej oceny posiadania określonej cechy podmiotowej przez członków grupy wspólnie ubiegającej się o zamówienie tak jak w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp2004, lecz każdy z członków tej grupy powinien legitymować się wymaganą cechą podmiotową indywidualnie.

Kontrolujący zauważył, że Zamawiający w toku badania i oceny spełnienia przez Konsorcjum przedmiotowego warunku uznał na podstawie oświadczenia złożonego wspólnie przez jego uczestników, że Konsorcjum spełnia łącznie ww. warunek w ten sposób, że przynajmniej jeden z członków konsorcjum jest zakładem pracy chronionej oraz że z łącznej liczby (sumy) pracowników obu konsorcjantów ponad 30% zatrudnionych pracowników to osoby niepełnosprawne. Wobec tego Zamawiający uznał, że spełnienie warunku posiadania statusu zakładu pracy chronionej przynajmniej przez jednego członka Konsorcjum jest wystarczającym i koniecznym minimum do jego spełnienia. Ponadto Zamawiający niezasadnie przyjął, że możliwe jest sumowanie potencjałów uczestników Konsorcjum w zakresie wykazania spełnienia ww. warunku i w związku z powyższym uznał, że Konsorcjum spełniło stawiany warunek. Jednak jak podkreślono powyżej nie ma tu zastosowania reguła łączenia potencjałów uczestników Konsorcjum. Zatem Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny spełnienia przez członków Konsorcjum zastrzeżenia, o którym mowa w art. 22 ust. 2 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp2004.

Kontrolujący podkreślił, że zamawiający oceniając, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu powinien przede wszystkim bazować na dokumentach (oświadczeniach) wykonawcy złożonych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym przypadku warunku o którym mowa w art. 22 ust. 2 pkt 1 i 2a ustawy

Pzp2004. Informacja o spełnianiu warunku tzw. zamówień zastrzeżonych w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powinna dotyczyć każdego z tych wykonawców odrębnie, co umożliwiłoby dokonanie jednoznacznej i obiektywnej oceny spełnienia ww. warunku. Analiza treści oświadczenia złożonego przez Konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia zastrzeżonego warunku nie pozwala na stwierdzenie, że każdy z uczestników Konsorcjum samodzielnie spełnia zastrzeżony warunek. Co więcej treść tego oświadczenia nie potwierdza również, że tak jak przyjął Zamawiający przynajmniej jeden z członków konsorcjum jest zakładem pracy chronionej oraz że z łącznej liczby (sumy) pracowników obu przedsiębiorstw ERA Sp. z o.o. oraz Komplex Ł. B. ponad 30% zatrudnionych pracowników to osoby niepełnosprawne. Zacytowanego powyżej wniosku Zamawiającego nie można wyprowadzić zarówno na podstawie analizy treści złożonego oświadczenia jak i posiłkując się w tym celu innymi dokumentami złożonymi przez Konsorcjum. W realiach niniejszej sprawy dokonanie prawidłowej oceny spełnienia zastrzeżonego warunku przez członków Konsorcjum na podstawie złożonego oświadczenia nie jest możliwe, bowiem treść tego oświadczenia budzi wątpliwości, co do jego rzeczywistego znaczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz uwzględniając ustalenia dotyczące stanu faktycznego, w tym wyjaśnienia Zamawiającego, Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z udziału w postępowaniu, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 pkt 1 i ust. 2a ustawy Pzp2004 samodzielnie przez każdego z członków Konsorcjum naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem uczestnicy Konsorcjum, którym udzielono przedmiotowego zamówienia, byli jedynymi wykonawcami, z którymi prowadzono negocjacje w toku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Informację w wyniku kontroli Kontrolujący przesłał Zamawiającemu pismem z dnia 23 grudnia 2021 r., a Zamawiający, pismem z dnia 3 stycznia 2022 r. wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli w odniesieniu do zarzucanych mu naruszeń.

Zdaniem Zamawiającego, stwierdzenie naruszenia, opisane w informacji o wyniku kontroli, było nieuzasadnione. Stwierdzał, że Zamawiający nie ma uprawnień, aby decydować o treści złożonego przez wykonawcę oświadczenia, a w ustawie Pzp2004 nie ma przepisu prawa, który wskazywałby na wyłączenie dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum w przypadku zastrzeżenia przez Zamawiającego warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2a Pzp2004 inaczej niż na zasadach ogólnych. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, przyjęta przez Kontrolującego interpretacja spełniania

zastrzeżenia społecznego wbrew przepisom i celom ich wprowadzenia może przyczynić się do braku efektywności stosowania klauzul społecznych przez zamawiających, które według danych zawartych w raporcie z kontroli zamówień publicznych przeprowadzonych w 2017 przez Najwyższej Izbę Kontroli stosowane były przez nich w niewielkim wymiarze z uwagi na braki zaangażowania zamawiających w korzystaniu z klauzul jako instrumentów rozwiązywania problemów społecznych.

Pismem z dnia 18 stycznia 2022 r. Kontrolujący poinformował Zamawiającego, że nie uwzględni jego zastrzeżeń, co spowodowało przekazanie ich do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli, stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz z zastrzeżeniami Zamawiającego w przedmiocie naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Izba w całości podzieliła stanowisko Prezesa UZP, zawarte w informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Nie było żadnych wątpliwości co do ustaleń poczynionych w toku kontroli: Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, mający status zakładu pracy chronionej i zatrudniający nie mniej, niż 30% osób niepełnosprawnych. Konsorcjum złożyło wspólne oświadczenie, że posiada taki status i zatrudnia określony procent osób niepełnosprawnych. Zamawiający twierdził, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunku, ponieważ z oświadczenia wynika, że jeden z konsorcjantów jest zakładem pracy chronionej, a łącznie zatrudniają wymagany procent osób niepełnosprawnych (w ocenie zarówno Prezesa UZP, jak i Izby, nie ma podstaw do takiego wnioskowania z treści oświadczenia). Zamawiający polemizował, składając zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, ze stwierdzeniem, że warunek przez niego określany powinien spełnić każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W jego ocenie potencjały należy sumować, dlatego wystarczające jest, jeżeli tylko jeden z konsorcjantów jest zakładem pracy chronionej.

Prezes Urzędu oceniając tak opisany stan faktyczny, w ocenie składu orzekającego prawidłowo stwierdził, że doszło do naruszenia przepisu art 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp2004.

Nie przytaczając przywołanych już przez Prezesa UZP w informacji o wyniku kontroli przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12, 23 ust. 1 i 3 oraz 22 ust. 2 i 2a ustawy Pzp2004, w ocenie Izby nie ma wątpliwości, że wymogi opisane w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004, w przypadku

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, musi spełnić każdy z wykonawców. Trafnie zauważa Zamawiający, że celem wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia jest sumowanie potencjałów wykonawców i łączne wykazanie spełnienia warunków, ale nie ma to automatycznego zastosowania do wszystkich rodzajów warunków udziału w postępowaniu. W wypadku sformułowanego przez Zamawiającego zastrzeżenia, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004, nie jest dopuszczalne, aby wymogi tam opisane spełniał tylko jeden z członków konsorcjum. W konsekwencji, jeżeli tylko jeden z konsorcjantów w tym postępowaniu jest zakładem pracy chronionej, to nie można uznać, że całe Konsorcjum łącznie spełnia wymogi Zamawiającego w omawianym zakresie.

Izba podzieliła w całości stanowisko Prezesa UZP, iż zastrzeżenie społeczne, o którym mowa w art. 22 ust. 2 i ust. 2a ustawy Pzp2004, nie stanowi podstawy do oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia (warunków z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp2004), ale podstawę do (uprawnionego) ograniczenia podmiotowego udziału w tym postępowaniu według ściśle określonej i zdefiniowanej cechy podmiotowej. Należy zgodzić się z poglądem, wyrażonym w wyroku z dnia 30 października 2012 r., sygn. akt KIO 2249/12, zgodnie z którym zastrzeżenie społeczne służy weryfikacji profilu społecznej działalności oraz struktury zatrudnienia wykonawcy, nie zaś weryfikacji jego potencjału i ocenie zdolności podmiotu do realizacji przedmiotu zamówienia przez pryzmat posiadanych uprawnień, wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego i finansowego. Izba dostrzegła również w tymże orzeczeniu, że odmienne rozumienie (tj. dopuszczenie sumowania potencjałów w przypadku zastrzeżenia społecznego) prowadziłoby do obejścia przepisów ustawy – w realizacji zamówienia nie uczestniczyliby wyłącznie wykonawcy o cechach wymaganych przez zamawiającego (nie każdy z nich miałby status zakładu pracy chronionej, nie każdy zatrudniałby określony procent osób niepełnosprawnych).

Reasumując, w przypadku tzw. zamówień zastrzeżonych, realizowanych w oparciu o art. 22 ust. 2 i ust. 2a ustawy Pzp2004, nie ma możliwości dokonywania łącznej oceny posiadania określonej cechy podmiotowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), tak jak w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp2004, lecz każdy z członków tej grupy powinien legitymować się wymaganą cechą podmiotową indywidualnie.

Podsumowując, ustalenia Prezesa UZP są prawidłowe, i Izba stwierdziła, że Prezesem UZP, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak na wstępie.

Przewodniczący:

.....

.....