

Sygn. akt KIO 560/17

Sygn. akt KIO 564/17

WYROK

z dnia 6 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez:

A. w dniu 21 marca br. N. Strony spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) (KIO 560/17),

B. w dniu 22 marca br. P. P. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) (KIO 564/17)

w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Okręgowy w Zamościu

przy udziale po stronie zamawiającego w postępowaniu sygn. akt KIO 560/17 wykonawcy J. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F. J. P. w (...)

przy udziale po stronie zamawiającego w postępowaniu sygn. akt KIO 564/17 wykonawcy zamawiającego Lucjan spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w (...)

orzeka:

1A. Uwzględnia odwołanie sygn. akt KIO 560/17 i nakazuje zamawiającemu Sądowi Okręgowemu w Zamościu powtórzenie badania i oceny ofert w części 7 zamówienia i odrzucenie oferty złożonej przez J. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F. J. P. w (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Pozostałe zarzuty oddala.

1B. Oddala odwołanie sygn. akt KIO 564/17.

2A. Kosztami postępowania sygn. akt KIO 560/17 obciąża Sąd Okręgowy w Zamościu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez N. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Sądu Okręgowego w Zamościu na rzecz N. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

2B. kosztami postępowania sygn. akt KIO 564/17 obciąża P. P. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez Puławskie Przedsiębiorstwo Społeczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Puławach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Zamościu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 560/17, KIO 564/17

Uzasadnienie

I. Sąd Okręgowy w Zamościu (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. dostawa, rozładunek, montaż i wniesienie mebli do budynku Sądu Okręgowego i Sądu Rejonowego w Zamościu”. Postępowanie jest podzielone na części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 23 grudnia 2016 r., poz. 2016/S 248-453710. 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. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa).

Sygn. akt KIO 560/17

W dniu 21 marca 2017 r. wykonawca N. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie w zakresie części 7 postępowania, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż wyjaśnienia złożone przez wybranego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcę, potwierdzają, iż złożona przez Wykonawcę F. J. Przystępujący, oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12) Prawa zamówień publicznych, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i dokonanie wyboru przez Zamawiającego oferty Wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie wykazał braku podstaw do wykluczenia i z powyższych powodów podlegał wykluczeniu z postępowania;
- 3) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ww. ustawy.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

J. P., wezwany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie przedstawił, zdaniem Odwołującego, szczegółowej kalkulacji odnoszącej się kosztów zatrudnienia pracowników, ograniczając się do ogólnikowego stwierdzenia, że firma F. posiada stosunkowo nieduże zatrudnienie, zoptymalizowane do dużych kontraktów stanowiących domenę firmy, co pozwala uzyskać niskie koszty własne. Odwołujący szczegółowo w odwołaniu analizował

treść wyjaśnień i dochodził do wniosku, że wyjaśnienia są lakoniczne, ogólnikowe i nieoparte żadnymi dowodami. Bez znaczenia dla wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez Wykonawcę – F. J. P., pozostaje zawarte w złożonych wyjaśnieniach stwierdzenie otrzymania przez ww. Wykonawcę w 2011 r., dotacji na rozwój firmy, bowiem powyższe stwierdzenie w żaden sposób nie zostało odniesione do wpływu, jaki wskazana pomoc publiczna miałaby na obniżenie kosztów realizacji przedmiotowego postępowania.

Ponadto z referencji, mających potwierdzać należyte wykonanie zamówień, składanych w ramach wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie wynikało, że wykonane zamówienia obejmują również montaż, a Zamawiający wymagał legitymowania się wykonanie dostawy wraz z montażem.

Odwołujący podnosił również, że J. P. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył co prawda informację z Krajowego Rejestru Karnego, jednakże jak wynika z jej literalnego brzmienia, obejmuje ona dane objęte treścią art. 24 ust. 1 pkt 4-8, pkt 10 i 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Powyższa treść, tj. stwierdzony brak karalności w zakresie 24 ust. 1 pkt 4-8, pkt 10 i 11 Prawa zamówień publicznych, nie był i w świetle obowiązujących przepisów nie mógł być wymagany przez Zamawiającego, bowiem wskazane powyżej przepisy zostały uchylone w całości na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, tym samym złożona informacja jest bezprzedmiotowa, nie znajduje umocowania zarówno w dokumentacji postępowania, jak i obowiązującym stanie prawnym. Nie daje więc Zamawiającemu informacji przez niego żądanych. Przedłożona treść informacji nie pozwala Zamawiającemu na prawidłową weryfikację istnienia lub braku występowania określonych ustawą Prawo zamówień publicznych przesłanek wykluczenia Wykonawcy, który informację złożył

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego, wykonawca J. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F. J. P. w (...), którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący, albo J. P., albo F.).

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 560/17 w dniu 23 marca 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca T. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (skutecznie zawiadomiony o terminie posiedzenia). Izba stwierdziła, że

w treści zgłoszenia przystąpienia nie wskazano strony, po której wykonawca zgłasza przystąpienie, ani nie wskazano interesu w rozstrzygnięciu na korzyść jakiegokolwiek strony postępowania. Zamawiający oświadczył również, że wykonawca ten nie przekazał mu kopii zgłoszenia przystąpienia. W konsekwencji na podstawie art. 185 ust. 2 Prawa zamówień publicznych Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia było nieskuteczne. Dlatego wykonawca ten nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Sygn. akt KIO 564/17

W dniu 22 marca 2017 r. wykonawca P. P. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie w zakresie części 1 i 2 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 L. Sp. z o.o. z postępowania pomimo, iż treść oferty wykonawcy L. Sp. z o.o. 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 L. Sp. z o.o. z postępowania pomimo, iż treść oferty wykonawcy L. Sp. z o.o. 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;
- 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 L. Sp. z o.o. 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.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W ocenie Odwołującego, oferta wykonawcy L. Sp. z o.o., 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 L. Sp. z o. o. z postępowania pomimo, iż nie wykazał, że 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).

W ocenie Odwołującego, wykonawca L. Sp. z o.o. 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%).

Zauważał, że Zamawiający wzywał wykonawcę L. Sp. z o.o. 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.

Odwołujący podnosił, że w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego wykonawca w żaden sposób nie wykazał, iż spełnia wymóg SIWZ, określony w art. 22 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Wyjaśnienia wykonawcy L. Sp. z o.o., 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 integracją 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.

Taki 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, zdaniem Odwołującego, potwierdza również sama formuła dokumentu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej jako „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 odrębnie wskaźnik zatrudnienia.

Odwołujący w odniesieniu do argumentacji wykonawcy L. Sp. z o.o. odnośnie faktu, że polskie przepisy nie posługują się pojęciem „przedsiębiorstwa społecznego” zauważał, iż wprawdzie 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).

Rubrykę formularza JEDZ, odnoszącą się do zamówień zastrzeżonych, należy uzupełnić z uwzględnieniem odrębności polskich przepisów Prawa zamówień publicznych, co jednoznacznie potwierdza instrukcja wypełnienia JEDZ, dostępna na stronie Urzędu Zamówień Publicznych. Jak wskazuje powołana instrukcja: „Pozycję formularza wypełniamy z zaznaczeniem Tak”, jeżeli zamawiający w konkretnym postępowaniu skorzystał z możliwości wynikającej z art. 22 ust. 2 Pzu. [...] Przez „przedsiębiorstwo społeczne ” należy rozumieć przedsiębiorstwo, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych. ”

Odwołujący podkreślał, że Prawo zamówień publicznych, w przepisie 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 osiąganie zysku. Odwołujący podnosił, iż nawet instytucje z założenia nastawione na realizację celów innych niż zarobkowa działalność

gospodarcza, np. fundacje czy stowarzyszenia, mogą prowadzić zyskową 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, 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.

Odwołujący wywodził, że cel działalności powinien wynikać z dokumentów statutowych danego podmiotu, w przypadku spółki z o.o. cele jej utworzenia i działania powinny wynikać z umowy spółki. Zasadniczo spółki w polskiej rzeczywistości gospodarczej, zarejestrowane w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, jako przedsiębiorcy - tworzone są w celu prowadzenia działalności gospodarczej, która to działalność gospodarcza z samej swej natury nastawiona jest na osiągnięcie zysków. 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.

Odwołujący podnosił, że z informacji z KRS dot. spółki L. Sp. z o.o. 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 L. sp. z o.o. 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 L. Sp. z o.o. 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 o.o., postanowienia takie powinny znaleźć się w umowie spółki.

Tym samym zasadne było, w ocenie Odwołującego, zbadanie przez Zamawiającego treści umowy Spółki oferenta L. Sp. z o.o. 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 L. Sp. z o.o. 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 L. Sp. z o.o. oświadczenia oraz dokumenty w żaden sposób nie dowodzą, zdaniem Odwołującego, iż działalność wykonawcy L. Sp. z o.o. 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 wykonawcy L. Sp. z o.o.

Odwołujący wskazywał, iż 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 L. Sp. z o.o. 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 L. Sp. z o.o., zaznaczając pole w formularzu JEDZ, iż 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 L. Sp. z o.o., narusza powołane na wstępie przepisy Prawa zamówień publicznych i jako takie powinno zostać unieważnione.

Ponadto w ocenie Odwołującego, oferta wykonawcy L. Sp. z o.o., 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).

Z ostrożności podnosił, iż 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 L. Sp. z o.o. 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, iż dla wykazania spełnienia wymogu minimalnego procentowego wskaźnika zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, wykonawca L. Sp. z o.o., przedłożył umowę o dzieło zawartą w dniu 26 stycznia 2017 roku 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 potwierdzać fakt „zatrudnienia” osoby pozbawionej wolności przez wykonawcę L. Sp. z o.o.

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 L. Sp. z o.o. osoby pozbawionej wolności zgodnie z wymogiem SIWZ.

Odwołujący wskazywał, iż z przedłożonego przez wykonawcę L. Sp. z o.o. 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, iż 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 L. Sp. z o.o. 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 L. Sp. z o.o.

Ponadto Odwołujący podnosił, iż z istoty umowy o dzieło wynika, iż jej przedmiot musi być ściśle określony. Jak bowiem wskazuje art. 627 kodeksu cywilnego, przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia. Przedmiot umowy zawartej pomiędzy L. Sp. z o.o., a osobą skazaną nie jest jednoznacznie określony. Z umowy o dzieło przedstawionej przez wykonawcę L. Sp. z o.o. 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. Co istotne, umowa zlecenia podlega obowiązkowi zgłoszenia do ZUS i odprowadzania składek na ubezpieczenia zdrowotne - w przeciwieństwie do umowy o dzieło.

Analizując treść przedstawionej umowy o dzieło Odwołujący dochodził do wniosku, iż została zawarta jedynie na potrzeby przedmiotowego postępowania. W świetle powyższego Zamawiający powinien, zdaniem Odwołującego, powziąć wątpliwość w tym zakresie i zwrócić się do wykonawcy L. Sp. z o.o., 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.

Abstrahując od powyższego Odwołujący zwracał uwagę, iż kwestie zatrudniania osób pozbawionych wolności uregulowane są w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. nr 90, poz. 557, dalej jako „KKW”).

Konkludując, Odwołujący wywodził, że przedstawiona przez wykonawcę L. Sp. z o.o. 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.

Oświadczenie złożone przez wykonawcę L. Sp. z o.o. w formularzu JEDZ, 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 L. Sp. z o.o. 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 nie może być zawarta w dniu 6 marca 2017 r. przez spółkę L. Sp. z o.o. umowa o odpłatnym zatrudnieniu skazanych skierowanych do pracy z Aresztu Śledczego w Starogardzie Gdańskim. Umowa zawarta została bowiem zawarta po upływie terminu składania ofert i po dacie złożenia przez wykonawcę L. Sp. z o.o. w JEDZ oświadczenia o spełnianiu wymogu Zamawiającego, wynikającego z art. 22 ust. 2a Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący zwracał uwagę, iż 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 L. Sp. z o.o. złożył ofertę odpowiadającą treści SIWZ w zakresie wskaźnika zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych.

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.

Odwołujący podnosił, iż 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 22.6.2016 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.

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.

Tym samym 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, iż Zamawiający wzywał wykonawcę L. Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie wskaźnika zatrudnienia dwukrotnie, tj. w wezwaniach do złożenia wyjaśnień z dnia 10 lutego 2017 r. oraz z dnia 17 lutego 2017 r. Ponadto wykonawca L. Sp. z o.o. został w dniu 22 lutego 2017 r. wezwany do przedłożenia dokumentów określonych w § 6 pkt 5 SIWZ. Dopiero w odpowiedzi na to ostateczne wezwanie wykonawca przedłożył powołaną powyżej 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 dostrzegał, że nie można zarzucić Zamawiającemu, iż nie podjął próby wyjaśnienia pojawiających się wątpliwości. Natomiast podnosił, że można zarzucić Zamawiającemu niewłaściwą ocenę przedstawionych przez wykonawcę L. Sp. z o.o. wyjaśnień i dokumentów.

W świetle powyższego, zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy L. Sp. z o.o., 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 podnosił, że w zakresie Zadania 1 - meble pracownicze, 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, iż 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). Z przedłożonych referencji bowiem nie wynika w ocenie Odwołującego, czy przedmiotem zamówienia realizowanego przez wykonawcę L. Sp. z o.o. 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.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego, wykonawca L. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w (...), którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący albo L. Sp. z o.o.).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Sygn. akt KIO 560/17

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, potwierdzają, iż złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, co następuje:

1. J. P., wezwany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (odpis pisma z dnia 10 lutego 2017 r. i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu – w aktach sprawy), złożył dwustronicowe pismo (wyjaśnienia z dnia 14 lutego 2017 r.), w którym oświadczył, że zaoferowana cena obejmuje wszystkie koszty realizacji zamówienia i zawiera zysk. Poinformował, że od lat współpracuje z kontrahentami, dzięki czemu ma wynegocjowane bardzo atrakcyjne warunki handlowe oraz wysokie rabaty. Posiada nieduże zoptymalizowane zatrudnienie, które pozwala obniżyć koszty własne. W 2011 roku właściciel firmy otrzymał pomoc publiczną. Polemizował z zasadnością wezwania do złożenia wyjaśnień. Przedstawił kalkulację ceny złożonej oferty, przedstawiając składniki wyceny, jednak nie poparł wysokości zadeklarowanych cen składowych żadnymi dowodami ani wyliczeniami.
2. Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą w zadaniu 7, z czym nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Izba przyznała rację Odwołującemu i stwierdziła, że Przystępujący nie przedstawił wyczerpujących wyjaśnień, pozwalających na uznanie, że jego cena nie jest rażąco niska, a więc jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Rację miał Odwołujący twierdząc, że wyjaśnienia Przystępującego są lakoniczne, ogólnikowe i niepoparte żadnymi dowodami. Bez znaczenia dla wyjaśnień rażąco niskiej ceny pozostaje zawarte w złożonych wyjaśnieniach stwierdzenie otrzymania przez wykonawcę w 2011 r., dotacji na rozwój firmy, bowiem nie wyjaśniono, jaki wpływ pomoc publiczna sprzed 6 lat mogłaby mieć na obniżenie kosztów realizacji przedmiotowego postępowania. Przystępujący w wyjaśnieniach nie przywołał żadnych szczególnych czynników, które mogłyby mieć wpływ na możliwość zadeklarowania przez niego ceny niższej, niż inni wykonawcy. Izba nie brała pod uwagę wywodów Przystępującego na rozprawie, że jako pośrednik w sprzedaży mebli może zaoferować, w przeciwieństwie do Odwołującego – producenta mebli, niższe ceny. Abstrahując od oceny takiego argumentu, na obecnym etapie postępowania Izba bada jedynie prawidłowość czynności Zamawiającego, a więc bada, czy na podstawie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień można było, biorąc pod uwagę ich treść, uznać, że cena oferty Przystępującego nie jest rażąco niska. Oceniając złożone wyjaśnienia, Izba stwierdziła, że nie można dojść do takiego wniosku, ponieważ ze złożonych wyjaśnień nie wynika, jakie, szczególnie wyłącznie dla Odwołującego czynniki, wywarły wpływ na wysokość ceny (z reguły każdy podmiot, funkcjonujący przez pewien czas na rynku, ma kontrahentów, u których wynegocjował rabaty w określonej wysokości, każdy wykonawca dąży do optymalizacji zatrudnienia itd.). Reasumując, Przystępujący nie wskazał w toku postępowania wyjaśniającego, jakie czynniki miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Dodatkowo, przedstawione w wyjaśnieniach składniki kalkulacyjne nie zostały poparte żadnymi dowodami, ani nawet wyliczeniami.

Takie wyjaśnienia w ugruntowanym już orzecznictwie uznaje się za niewystarczające i pociągające za sobą obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Przykładowo, w wyroku z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt KIO 817/16, Izba stwierdziła, że wykonawca „w sposób lakoniczny i bardzo ogólnikowy przedstawił zamawiającemu wyjaśnienia, z których nie sposób wywieść, w jaki sposób odwołujący dokonał kalkulacji ceny oferty, jakie to specyficzne czynniki, niedostępne innym wykonawcom, pozwoliły na oszacowanie przedmiotu zamówienia w sposób, w jaki dokonał tego odwołujący. Zadaniem odwołującego, który zostaje wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest ostateczne i definitywne udowodnienie (przekonanie) zamawiającemu, że cena zaproponowana w ofercie wykonawcy pytanego o cenę ofertową, jest ceną rzeczywistą,

realną, a w szczególności pokrywającą wszystkie niezbędne koszty, umożliwiające realizację zamówienia w sposób prawidłowy.” W orzeczeniu sygn. akt KIO 1397/16, wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2016 r. Izba uznała, że „potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty X z powodu złożenia niewystarczających wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty. Z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wynika wprost, że ciężar udowodnienia że cena oferty nie jest ceną rażąco niską spoczywa na wykonawcy, składającym wyjaśnienia. Oznacza to, że obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. Tymczasem wyjaśnienia wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy X nie zawierają żadnej szczegółowej kalkulacji ceny oferty, poza kosztami zatrudnienia 36 pracowników na umowę o pracę, tj. kosztami na poziomie 1 mln zł, nie podają żadnych pozostałych elementów składowych ceny oferty takich jak choćby: koszty sprzętu, jego utrzymania czy koszty zakupu środków chemicznych, transportu i innych składników niezbędnych dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Nie załączono także żadnych dowodów potwierdzających, że wykonawca posiada zmagazynowane zapasy materiałowe czy sprzętowe czy choćby dowodów potwierdzających możliwość uzyskania korzystnych rabatów na zakup materiałów i sprzętu, na które wskazuje w treści swoich wyjaśnień. Twierdzenia o posiadaniu zaplecza technicznego oraz bazy zlokalizowanej w bliskiej odległości, posiadaniu własnego sprzętu i urządzeń oraz o 20% zmagazynowanych zapasów materiałowych, które rzekomo wpływają na obniżenie ceny oferty są ogólnikowe, nie odnoszą się do konkretnych cen, co powoduje, że nie wiadomo jakie mają one znaczenie i wpływ na cenę ofertową.”. Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż Zamawiający nie może akceptować wyjaśnień tylko na tej podstawie, że wykonawca złożył je w odpowiednim terminie, zostało potwierdzone także przez orzecznictwo sądów okręgowych. Znaczenie ma treść złożonych wyjaśnień; istotne jest, czy pozwalają one na rzeczywiste ustalenie, dlaczego właśnie ten wykonawca mógł zaoferować cenę na niższym poziomie, niż pozostali, przy czym nie tylko należy wskazać czynnik (czynniki) umożliwiające obniżenie ceny, ale konieczne jest wyliczenie realnego kosztu. Nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2017 r, sygn. akt V Ca 2214/06).

Ponieważ potwierdzenie się przedmiotowego zarzutu miało wpływ na wynik

postępowania, Izba orzekła jak w sentencji, uwzględniając odwołanie i nakazując odrzucenie oferty Odwołującego w części 7 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Natomiast, w ocenie składu orzekającego, żaden z pozostałych zarzutów odwołania nie znalazł potwierdzenia.

Odwołujący mianowicie zarzucał naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i dokonanie wyboru przez Zamawiającego oferty Wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie wykazał braku podstaw do wykluczenia i z powyższych powodów podlegał wykluczeniu z postępowania. Odwołujący wywodził, że z referencji, mających potwierdzać należyte wykonanie zamówień, składanych w ramach wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie wynikało, że wykonane zamówienia obejmują również montaż, a Zamawiający wymagał legitymowania się wykonaniem dostawy wraz z montażem.

W ocenie składu orzekającego tak sformułowany zarzut jest niezasadny, a Odwołujący nie udowodnił, że 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, nie było podstaw do uwzględnienia zarzutu z tak sformułowaniem uzasadnieniem faktycznym.

Odwołujący kwestionował również prawidłowość złożonej przez Przystępującego informacji z Krajowego Rejestru Karnego, wskazując, że dotyczy ona tylko przestępstw w niej wymienionych, a nie pełnego, zgodnego z przepisami Prawa zamówień publicznych, katalogu (a dokładnie - obejmuje ona czyny wymienione art. 24 ust. 1 pkt 4-8, pkt 10 i 11 Prawa zamówień publicznych, a przepisy te zostały uchylone w całości przez ustawę z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw; w konsekwencji, zdaniem Odwołującego, złożona przez Przystępującego informacja jest bezprzedmiotowa).

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego – zaświadczenie z KRK, w którym stwierdzono, że wykonawca „nie figuruje” w rejestrze karnym, oznacza, że nie popełnił on żadnego przestępstwa, w tym przestępstw wymienionych w art. 24 Prawa zamówień publicznych. Izba nie znalazła żadnych podstaw do uwzględnienia tak sformułowanego zarzutu.

Sygn. akt KIO 564/17

W ocenie składu orzekającego nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych zasadniczo z analogicznym uzasadnieniem jak w odwołaniu sygn. akt KIO 560/17: Odwołujący podnosił, 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. 1b 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 L. Sp. z o.o. był również montaż dostarczanych mebli, czy jedynie sama ich dostawa.

Izba oddaliła tak sformułowany zarzut z analogicznym uzasadnieniem, jak w uzasadnieniu odnoszącym się do podobnego zarzutu z odwołania sygn. akt KIO 560/17: Odwołujący nie udowodnił, że 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, nie było podstaw do uwzględnienia zarzutu z tak sformułowanym uzasadnieniem faktycznym.

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 L. Sp. z o.o. z postępowania pomimo, iż treść oferty wykonawcy L. Sp. z o.o. 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 L. Sp. z o.o. z postępowania pomimo, iż treść oferty wykonawcy L. Sp. z o.o. 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 składu orzekającego, nie potwierdził się żaden z powyższych zarzutów.

Odwołujący wywodził, że oferta wykonawcy L. Sp. z o.o., 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 L. Sp. z o.o. z postępowania pomimo, iż nie wykazał, że 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 składu orzekającego, 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.

Odwołujący podnosił, że wykonawca L. Sp. z o.o. 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.

Aby odnieść się do tak sformułowanego zarzutu, Izba musiała przeanalizować następujące zagadnienia: pojęcie przedsiębiorstwa społecznego i wiążąca się z tym kwestia postulowanej przez Odwołującego integracji społecznej jako „głównego celu” działalności oraz zagadnienie, czy osoba odbywająca karę w systemie dozoru elektronicznego może być traktowana na równi z osobą pozbawioną wolności.

Po pierwsze, Izba 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. poz. 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. poz. 157) 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 przeznaczają 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.

Jednak 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. Należy zauważyć, 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. 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. W ocenie składu orzekającego nie ma więc żadnej podstawy, aby oczekiwać w niniejszym postępowaniu, że wykonawca jest „przedsiębiorstwem społecznym” w rozumieniu zacytowanych wytycznych.

Oczekiwania takiego nie można wywodzić z formularza Jednolitego Dokumentu Elektronicznego (dalej: JEDZ). W części II lit. A formularza JEDZ 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.”.

Z takiego sformułowania Odwołujący wywodził, że odrębnie należy wykazać sam fakt bycia „przedsiębiorstwem społecznym”, a odrębnie wskaźnik zatrudnienia. Niemniej jednak, skoro, jak już zauważono wyżej, brak definicji prawnej przedsiębiorstwa społecznego, to wyłącznie w oparciu o brzmienie pouczenia formularza JEDZ, w ocenie składu orzekającego, brak podstawy do oczekiwania od wykonawcy spełnienia wymogu „bycia przedsiębiorstwem społecznym”. Brak też w przepisach podstawy do oczekiwania zrealizowania się postulatu, aby, jak wywodził Odwołujący w odwołaniu, „Zysk [przedsiębiorstwa społecznego] powinien być jednak przeznaczany 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.” Takie wywody są pozbawione zdaniem składu orzekającego podstawy prawnej.

Odwołujący w odwołaniu zauważał, że 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). W ocenie Izby jeżeli przyjąć, że powyższe sformułowanie należy utożsamiać z pojęciem przedsiębiorstwa społecznego, to kolejnym krokiem jest ustalenie, co ma oznaczać, że przedmiot działalności „obejmuje integrację osób (...)”. Jest to również pojęcie nieostre, i wymaga poszukiwania jego znaczenia.

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 składu orzekającego, 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 z wskazanych kategorii. W konsekwencji, jedyny wymóg, jaki należy spełnić, aby wykonać „zamówienie zastrzeżone”, odnosi się do wykazania wymogu co do wskaźnika zatrudnienia. Należy również zauważyć, 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”).

Jak wynika z powyższej argumentacji, nie ma również podstawy 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 składu orzekającego 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, przepisy dyrektywy dopuszczają, 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 Izba 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 o.o. 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 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, 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.

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 ziściły 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 zatrudnienia przez wykonawcę L. Sp. z o.o. osoby pozbawionej wolności zgodnie z wymogiem SIWZ.

Odnosnie formy i treści umowy – nie ma podstawy w ocenie Izby 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 – i 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 wyłączają możliwości zatrudnienia takiej osoby. Zgodnie z art. 22 ust. 2 ust. 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 kkw, 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.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do wskazywanych w odwołaniu przepisów Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych w sprawach sygn. akt KIO 560/17 i sygn. akt KIO 564/17 wydano orzeczenie łączne.

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).

Przewodniczący:

.....