

Sygn. akt: KIO 1249/22

**WYROK**

**z dnia 25 maja 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2022 r. przez wykonawcę: **Girder Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 111, 87-800 Włocławek** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Karny w Płocku, ul. Henryka Sienkiewicza 22, 09-402 Płock,**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Girder Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 111, 87-800 Włocławek, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Girder Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 111, 87-800 Włocławek tytułem wpisu od odwołania,**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający, Zakład Karny w Płocku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Wykonanie zadania inwestycyjnego pod nazwą *„Budowa dwóch pawilonów penitencjarnych wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Zakładzie Karnym w Płocku”* w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach programu wieloletniego pn. „Program budowy 2500 miejsc zakwaterowania w latach 2021-2023”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 003-004264 w dniu 5 stycznia 2022 r.

Wykonawca: GIRDER sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) zwanej dalej „Pzp”, wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego dokonanej przez Zamawiającego w dniu 29 kwietnia 2022 r., a w konsekwencji także wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej MAZOVIA.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 94 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 2 pkt 1 Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niespełnienie warunku wynikającego z art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. aby głównym celem działalności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie była społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych (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 2021 r. poz. 53 i 472), mających trudności w integracji ze środowiskiem) – mimo że Odwołujący jednoznacznie wykazał przedstawionymi Zamawiającemu dokumentami, że posiada wyodrębnioną jednostkę organizacyjną pod nazwą „Inwestycje – realizacja zadań inwestycyjnych przy udziale osób społecznie zmarginalizowanych, w szczególności osób pozbawionych wolności i zwalnianych z zakładów karnych”, która jest jednostką, o której mowa w art. 94 ust. 1 pkt. 5 Pzp, co powoduje, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i jego oferta nie powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
  - ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
  - wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że z informacji z otwarcia ofert wynika, że każdy z wykonawców wykazał tożsame zatrudnienie w kryterium oceny ofert nr 2 (kryterium 2: zatrudnienie). Oznacza to, że kluczowym dla oceny najkorzystniejszej oferty są punkty otrzymane w kryterium nr 1, tj. cena. Oferta Odwołującego jest trzecią w kolejności ofertą z najniższą ceną. Dwie oferty z ceną niższą niż cena oferty Odwołującego zostały odrzucone, co w konsekwencji oznacza, że to oferta Odwołującego jest aktualnie ofertą najkorzystniejszą. Odrzucenie oferty Odwołującego doprowadziło tym samym do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, w tym poprzez narażenie go na szkodę związaną z utratą uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy – Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej MAZOVIA, mimo iż oferta ta jest droższa niż oferta Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający zastrzegł w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób 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 2021 r. poz. 53 i 472), mających trudności w integracji ze środowiskiem - pod warunkiem, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w pkt 1-10, jest nie mniejszy niż 30% osób zatrudnionych u wykonawcy albo w jego jednostce, która będzie realizowała zamówienie.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że oferta Odwołującego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp. Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie wylegitymował się prowadzeniem działalności gospodarczej nastawionej na integrację społeczną i zawodową osób marginalizowanych i nie przedstawił środków dowodowych, które jednoznacznie by na to wskazywały.

Jest to jednakże twierdzenie nieuprawnione, bowiem Odwołujący na wezwanie Zamawiającego przedłożył następujące dokumenty:

- w dniu 8 marca 2022 roku:

1) uchwała Zarządu Spółki z dnia 31 sierpnia 2021 roku w sprawie utworzenia wyodrębnionej organizacyjnie jednostki pod nazwą „Inwestycje – realizacja zadań inwestycyjnych przy udziale osób społecznie zmarginalizowanych, w szczególności osób pozbawionych wolności i zwalnianych z zakładów karnych” wraz z załącznikiem nr 1 do tej uchwały,

2) uchwała Zarządu Spółki z dnia 14 września 2021 roku w sprawie wprowadzenia regulaminu funkcjonowania wyodrębnionej organizacyjnie jednostki spółki wraz z załącznikiem do tej uchwały w postaci treści regulaminu funkcjonowania wyodrębnionej organizacyjnie jednostki spółki pod firmą GIRDER SPÓLKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Włocławku,

- w dniu 21 marca 2022 roku:

1) wyjaśnienia z dnia 21 marca 2022 roku,

2) listy płac osób zatrudnionych, pozbawionych wolności, 3) listy płac pozostałych pracowników.

Dokumenty te w sposób szczegółowy przedstawiają, że Odwołujący spełnia wszelkie wymagania opisane w art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp, a w konsekwencji spełnia warunki postawione przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp obowiązuje dopiero od dnia 1 stycznia 2021 roku, a uprzednio obowiązywała regulacja, zgodnie z którą, z obowiązku stosowania ustawy Pzp zostały zwolnione zamówienia publiczne udzielane przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane przywieziennym zakładom pracy prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej związane z zatrudnieniem osób pozbawionych wolności, jeżeli zasadnicza część działalności przywieziennego zakładu pracy dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego lub jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane.

Praktyka stosowania powyższego wyłączenia została oceniona jednoznacznie przez Najwyższą Izbę Kontroli w informacji o wynikach kontroli nr KPB.433.001.202, nr ewid.20/2021/megainfo/KPB. Również z uwagi na powyższe, w nowej ustawie zamówieniowej dokonano implementacji art. 20 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym, 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
- 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.

Zgodnie z art. 94 ust. 1 Pzp, określono krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienia zastrzeżone. Należą do nich:

- a) zakłady pracy chronionej,
- b) spółdzielnie socjalne,
- c) inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych.

Odwołujący stwierdził, że jest wykonawcą, który posiada wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, której głównym celem działalności jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych.

Jak wskazano w doktrynie „do ubiegania się o zamówienia zastrzeżone uprawnieni są także inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż w odniesieniu do celu integracyjnego przepis precyzuje, że ma on stanowić główny cel działalności wykonawcy lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie. Oznacza to, że nie musi to być jedyny cel działalności wykonawcy, ale działalność ukierunkowana na realizację celu integracyjnego musi być głównym obszarem jego działania. Jednocześnie należy podkreślić, że dla spełnienia tego warunku nie będzie wystarczające samo zatrudnianie osób marginalizowanych, w szczególności jeśli osoby te zostały zatrudnione jedynie na potrzeby ubiegania się o zamówienie. Mimo że zatrudnienie jest jednym ze sposobów służących integracji społecznej i zawodowej osób marginalizowanych, sam fakt ich zatrudniania nie świadczy jeszcze, że głównym celem działalności danego wykonawcy są działania integracyjne prowadzone na rzecz takich osób. Tym bardziej nie świadczy o tym zatrudnienie osób marginalizowanych jedynie na potrzeby danego zamówienia, które wskazywałoby raczej na to, że tego rodzaju kroki wykonawca podejmuje jedynie doraźnie, chcąc uzyskać zamówienie, a nie że jest to główny przedmiot jego działalności. Z uwagi na fakt, że przepis art. 94 Pzp umożliwia zastrzeżenie prawa udziału w postępowaniu dla wykonawców o określonym profilu działalności, aby móc ubiegać się o takie zamówienie, wykonawca powinien być w stanie wykazać zamawiającemu, że jego działalność ukierunkowana jest głównie na integrację społeczną i zawodową osób marginalizowanych” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021).

Z powyższego wynika jednoznacznie, że cel integracyjny nie musi być jednym celem działalności, ale głównym obszarem działania. Odwołujący właśnie prowadzi taką działalność

gdy od 31 sierpnia 2021 roku wyodrębnił ze swojej spółki jednostkę organizacyjną o nazwie „Inwestycje – realizacja zadań inwestycyjnych przy udziale osób społecznie zmarginalizowanych, w szczególności osób pozbawionych wolności i zwalnianych z zakładów karnych”. Zgodnie z regulaminem tej jednostki, osoby pozbawione wolności i zwalniane z zakładów karnych są zatrudniane w celu ich resocjalizacji przez pozytywne oddziaływanie pracy. Jak wynika z regulaminu, jednostka skupia się na tym, aby zapewnić osobom marginalizowanym (w tym przypadku osobom pozbawionym wolności oraz zwalnianym z zakładów karnych) odpowiednie przystosowanie do pracy. W celu realizacji tych zadań nie tylko zatrudnia pracowników, ale także ich szkoli oraz sprawuje nad nimi opiekę. Celem realizacji obowiązków wynikających z profilu wyodrębnionej jednostki organizacyjnej w ramach tej jednostki zatrudnieni są wykwalifikowani opiekunowie, którzy sprawują pieczę nad pracownikami, ale także są dla nich wsparciem w realizacji ich zadań. Osoby zatrudniane są szkolone w zakresie stanowiska, na którym pracują – tak aby stanowiło to dla nich także bazę na przyszłość w zdobywaniu pracy i dalszego doświadczenia. Jednocześnie osoby takie pracują wśród innych pracowników, którzy nie są osobami osadzonymi czy zwolnionymi z zakładu karnego, a jednostka zapewnia taką atmosferę, aby dzięki równemu traktowaniu wszystkich pracowników, osoby z zakładu karnego czuły się komfortowo – co sprzyja ich integracji z pracownikami. Wszystkie te działania prowadzą do tego, że osoby pracujące zyskują wiedzę, doświadczenie i obycie w zakładzie pracy, które pozwoli im na kontynuowanie zatrudnienia po odbyciu kary. To właśnie zatrudnienie osób osadzonych i praca tych osób w środowisku otwartym jest integracją osób marginalizowanych.

Jednostka Odwołującego bezsprzecznie posiada główny cel działalności jakim jest właśnie społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych. Sam fakt, że jednostka prowadzi równocześnie działalność zarobkową nie jest okolicznością wyłączającą – ustawodawca bowiem nie wprowadza żadnego wyłączenia w tym zakresie. Bez wątpienia jednostka funkcjonuje jako wyodrębniona od głównej działalności Odwołującego – gospodaruje wydzielonym mieniem i posiada odrębne konto księgowę, a zatem spełnia wszelkie wymagania określone w art. 94 ust. 1 Pzp. Jednocześnie, co zostało wykazane Zamawiającemu dokumentami z dnia 21 marca 2022 roku, jednostka zatrudnia osoby skazane stałe na poziomie powyżej 30% – nie na potrzeby tego postępowania, a w trybie ciągłym, bowiem to właśnie stanowi podstawę działalności jednostki.

Odwołujący wskazał, że ustawa Pzp ani akty wykonawcze do ustawy nie zawierają katalogu konkretnych dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie warunku z art. 94 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wszelkie potrzebne informacje – w tym akty wewnętrzne, takie jak uchwały spółki oraz listy płacowe potwierdzające zatrudnienie osób marginalizowanych. Wbrew temu co twierdzi Zamawiający nie jest konieczne, aby

Odwołujący posiadał jakiś konkretny wpis w KRS w tym zakresie – co wybrzmiewa jednoznacznie z powyższego fragmentu komentarza. Zamawiający nie określił w treści SWZ czego konkretnie będzie wymagał, a zatem wskazywanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków jest bezpodstawne, jeśli Zamawiający nawet nie wezwał Odwołującego do przedłożenia dalszych wyjaśnień, a na wszelkie dotychczasowe wezwania Odwołujący odpowiedział wyczerpującą przedkładając wszelkie stosowne dokumenty.

Odwołujący podniósł, że wybrany przez Zamawiającego wykonawca, tj. Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej MAZOVIA posiada analogiczny profil działalności jak Odwołujący. Również prowadzi działalność zarobkową nakierowaną na zatrudnianie osób osadzonych.

Wykonawca Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej Mazovia z siedzibą w Warszawie w dniu 19 maja 2022 r. zgłosił do Prezesa KIO swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 20 maja 2022 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie spełnił warunku, o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. nie wyodrębnił jednostki organizacyjnej, której głównym celem jest integracja społeczna i zawodowa osób niepełnosprawnych oraz głównym celem działalności Odwołującego nie jest integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych.

W ocenie Zamawiającego, w przypadku podmiotu podlegającego wpisowi do KRS wyodrębnioną jednostką organizacyjną w strukturze tego podmiotu może być wyłącznie oddział, co znajduje odzwierciedlenie w KRS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością GIRBER, z którego wynika, że w tym podmiocie są wyodrębnione oddziały – rubryka 3 KRS. W przedmiotowej sprawie Spółka nie wyodrębniła jednak oddziału, a jedynie sporządziła wewnętrzne dokumenty o utworzeniu nowej komórki – na mocy uchwał Zarządu Spółki. Dokonanie wyodrębnienia jednostki organizacyjnej nie zostało ujawnione w żadnym dokumencie ogólnodostępnym, a w szczególności w jawnym rejestrze KRS Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego, mamy do czynienia ze „sztucznym tworem” utworzonym na potrzeby danego postępowania dla pozorów, aby spełnić wymagania formalne wynikające z art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający wskazał również, że przedmiotem przeważającej działalności Spółki jest 25.11.Z. Produkcja konstrukcji metalowych i ich części. Na podstawie ogólnodostępnych dokumentów (KRS) w żaden sposób nie można uzyskać informacji, że jest to podmiot,

którego głównym celem jest prowadzenie działalności społecznej i zawodowej integracji osób marginalizowanych.

Z przekazanych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego dokumentów wynika, że Odwołujący nie wywiązał się w całości ze zobowiązania, wobec czego Zamawiający nie miał możliwości sprawdzenia czy osoby pozbawione wolności nie są zatrudniane tylko tego konkretnego zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że wzywał Odwołującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających strukturę zatrudnienia, potwierdzających, że w każdym miesiącu od dnia powstania wyodrębnionej jednostki organizacyjnej wskaźnik zatrudnienia osób wymienionych w art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp jest realizowany na poziomie 30%. Zamawiający prosił także o podanie nazw jednostek penitencjarnych, z którymi były lub są podpisane umowy o zatrudnienie osób skazanych na podstawie skierowania do pracy wraz z numerami ID tych osób, numeru konta księgowego, zgodnie z przedłożoną uchwałą Zarządu Spółki z dnia 31 sierpnia 2021 r w sprawie utworzenia wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, z którego są przekazywane środki na wynagrodzenia osadzonych do ewentualnych poszczególnych jednostek celem weryfikacji, że wskazane osoby były i są zatrudniane w wyodrębnionej organizacyjnie jednostce Spółki. Zamawiający wezwał Odwołującego także do przedłożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających status przedsiębiorstwa Odwołującego zgodnie z art. 94 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Ponadto, Zamawiający podniósł, że Odwołujący jako spółka z o.o. nie prowadzi działalności polegającej na integracji społecznej i zawodowej osób marginalizowanych. Zamawiający przywołał orzeczenie KIO o sygn. akt KIO 1245/21 z dnia 2 czerwca 2021 r., orzeczenie z dnia 15 czerwca 2015 r. o sygn. akt KIO 1040/15, KIO 1043/15, orzeczenie z dnia 24 stycznia 2017 r. o sygn. akt KIO 86/17 na poparcie swojej argumentacji.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadania legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.



Izba stwierdziła, że wykonawca, Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej Mazovia z siedzibą w Warszawie, zgłosił nieskutecznie swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, tj. po upływie ustawowego terminu, o którym mowa w art. 525 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 525 ust. 1 Pzp, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Ust. 2 stanowi natomiast, że zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Wymóg doręczenia przystąpienia Prezesowi Izby oznacza, że zgłoszenie przystąpienia powinno wpłynąć do Prezesa Izby w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania przez wykonawcę, a kopia przystąpienia powinna zostać przekazana w tym też terminie do stron postępowania. Z treści złożonego przystąpienia wynika, że Przystępujący powziął informację od Zamawiającego o wniesieniu odwołania w dniu 11 maja 2022 r. Z akt sprawy wynika, że zgłaszający przystąpienie doręczył Prezesowi Izby pismo z dnia 12 maja 2022 r. w dniu 19 maja 2022 r., a zatem 3 dni po upływie ustawowego terminu. Podobnie kopie zgłoszenia przystąpienia zostały przekazane stronom po upływie 3-dniowego terminu, tj. w dniu 17 i 19 maja 2022 r.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 94 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 2 pkt 1 Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niespełnienie warunku wynikającego z art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. aby głównym celem działalności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie była społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych (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 2021 r. poz. 53 i 472), mających trudności w integracji ze środowiskiem.

Odwołujący nie wykazał w postępowaniu przed Zamawiającym, że głównym celem jego działalności jako wykonawcy, który złożył ofertę i będzie realizował zamówienie lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych (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 2021 r. poz. 53 i 472), mających trudności w integracji ze środowiskiem.

Zamawiający zastrzegł w przedmiotowym postępowaniu (rozdział 2 pkt 16 SWZ), zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób 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 2021 r. poz. 53 i 472), mających trudności w integracji ze środowiskiem - pod warunkiem, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w pkt 1-10, jest nie mniejszy niż 30% osób zatrudnionych u wykonawcy albo w jego jednostce, która będzie realizowała zamówienie.

Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego, w dniu 10 marca 2022 r. przedłożył następujące dokumenty:

- uchwałę Zarządu Spółki z dnia 31 sierpnia 2021 roku w sprawie utworzenia wyodrębnionej organizacyjnie jednostki pod nazwą „Inwestycje – realizacja zadań inwestycyjnych przy udziale osób społecznie zmarginalizowanych, w szczególności osób pozbawionych wolności i zwalnianych z zakładów karnych” wraz z załącznikiem nr 1 do tej uchwały,
- uchwałę Zarządu Spółki z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wprowadzenia regulaminu funkcjonowania wyodrębnionej organizacyjnie jednostki spółki wraz z załącznikiem do tej uchwały w postaci regulaminu funkcjonowania wyodrębnionej organizacyjnie jednostki spółki pod firmą GIRDER SPÓLKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Włocławku,

Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego, w dniu 21 marca 2022 r. przedłożył następujące dokumenty:

- wyjaśnienia z dnia 21 marca 2022 roku,
- listy płac osób zatrudnionych, pozbawionych wolności,
- listy płac pozostałych pracowników.

Przedłożone przez Odwołującego dokumenty wskazują, że Odwołujący posiada w swojej strukturze organizacyjnej jednostkę, w której zatrudniane są osoby pozbawione wolności i zwalniane z zakładów karnych. Kluczowe zagadnienie dotyczy faktu, czy powyższe dokumenty potwierdzają spełnianie warunku zastrzeżonego przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Odwołujący, zgodnie ze złożoną ofertą, jest wykonawcą ubiegającym się o realizację przedmiotowego zamówienia. Na zapytanie Zamawiającego o status przedsiębiorstwa Odwołującego w kontekście wymagania określonego w art. 94 ust. 2 pkt 1 Pzp dla zamówień zastrzeżonych, Odwołujący wyjaśnił, że nie jest podmiotem, o którym

mowa w tym przepisie lecz posiada wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę pod nazwą „Inwestycje – realizacja zadań inwestycyjnych przy udziale osób społecznie marginalizowanych, w szczególności osób pozbawionych wolności i zwalnianych z zakładów karnych”, która została utworzona uchwałą Zarządu Spółki w celu realizacji zadań obejmujących integrację społeczną i zawodową osób społecznie marginalizowanych (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 2021 r. poz. 53 i 472), mających trudności w integracji ze środowiskiem, co jest głównym celem jej działalności. Uchwałą Zarządu Spółki nadano także Regulamin tej jednostki. Z treści KRS Spółki Odwołującego wynika, że powyższe informacje nie zostały ujawnione w ramach publicznie dostępnych danych, tj. zakres działalności Spółki nie obejmuje działalności społecznej na rzecz społecznej i zawodowej integracji osób skazanych i osadzonych w zakładach karnych, a dodatkowo Spółka nie posiada wyodrębnionej organizacyjnie jednostki w formie oddziału prowadzonej powyższą działalność.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że Odwołujący nie wylegitymował się prowadzeniem działalności gospodarczej głównie nastawionej na integrację społeczną i zawodową osób marginalizowanych i nie przedstawił środków dowodowych, które jednoznacznie by na to wskazywały.

Przepis art. 94 ust. 1 Pzp, określa krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienia zastrzeżone: zakłady pracy chronionej, spółdzielnie socjalne, inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych.

Działalność polegająca na integracji społecznej i zawodowej osób marginalizowanych jest niewątpliwie działalnością społeczną. Stanowiąc główny cel działalności wykonawcy lub jego wyodrębnionej jednostki, działalność społeczna jest działalnością tzw. non profit. Wyodrębniona organizacyjnie jednostka w strukturze spółki z o.o. może oczywiście prowadzić działalność społeczną (non profit). Przepisy nie zakazują spółce z o.o. lub wyodrębnionej organizacyjnie jednostce spółki takiej działalności, jednak osiągnięty przez tę jednostkę zysk nie może być przeznaczony do wypłaty między wspólników, bowiem musi zostać przeznaczony na dany cel społeczny, który jest głównym celem działalności jednostki w tym przypadku – integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych. Taka redystrybucja zysku musi wynikać z umowy spółki. Choć jednostka może zostać wyodrębniona formalnie na mocy uchwały Zarządu Spółki, to jednak wymaga ona zgody Zgromadzenia Wspólników, uwzględniając art. 191 ksh. Działalność wyodrębnionej organizacyjnie jednostki powinna być prowadzona w sposób samodzielny, choć w ramach

struktury prawnej Spółki. Jednostka powinna posiadać majątek niezbędny do samodzielnego prowadzenia danej społecznej działalności, odrębny rachunek zysków i strat, odrębne konto księgowo, co pozwala na prowadzenie samodzielnej wyodrębnionej ze struktury spółki działalności. Z przedłożonych przez Odwołującego dokumentów wynika, że utworzona jednostka posiada w myśl uchwał Zarządu Spółki powyższe atrybuty, jednak jej działalność nie została w pełni wyodrębniona od działalności Spółki. Jednostka nie jest ujawniona w rejestrze KRS jako odział Spółki, zatem formalnie nie posiada odrębności gospodarczej, która jest konieczna do realizacji zamówienia w myśl art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Powyższe okoliczności nie zostały przez Odwołującego wykazane ani w postępowaniu przed Zamawiającym, ani w postępowaniu odwoławczym – na rozprawie. Odwołujący nie wykazał, że integracja społeczna i zawodowa osób skazanych i pozbawionych wolności jest głównym celem działalności powołanej w Spółce jednostki. Odwołujący nie wykazał także, że zysk osiągany z działalności ww. jednostki jest przekazywany na cele społeczne związane z integracją społeczną i zawodową ww. osób. Samo tylko zatrudnienie osób marginalizowanych do prac realizowanych *de facto* przez Spółkę nie może być uznane za działalność integracyjną w rozumieniu art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Jak zauważył sam Odwołujący „[...] od 31 sierpnia 2021 roku wyodrębnił ze swojej spółki jednostkę organizacyjną o nazwie „Inwestycje – realizacja zadań inwestycyjnych przy udziale osób społecznie zmarginalizowanych, w szczególności osób pozbawionych wolności i zwalnianych z zakładów karnych”. Zgodnie z Regulaminem tej jednostki, osoby pozbawione wolności i zwalniane z zakładów karnych są zatrudniane „w celu ich resocjalizacji przez pozytywne oddziaływanie pracy.” Jak wskazywał Odwołujący „To właśnie zatrudnienie osób osadzonych i praca tych osób w środowisku otwartym jest integracją osób marginalizowanych”. Jak wskazuje się jednak w piśmiennictwie *„Mimo że zatrudnienie jest jednym ze sposobów służących integracji społecznej i zawodowej osób marginalizowanych, sam fakt ich zatrudniania nie świadczy jeszcze, że głównym celem działalności danego wykonawcy są działania integracyjne prowadzone na rzecz takich osób. [...] Z uwagi na fakt, że przepis art. 94 Pzp umożliwia zastrzeżenie prawa udziału w postępowaniu dla wykonawców o określonym profilu działalności, aby móc ubiegać się o takie zamówienie, wykonawca powinien być w stanie wykazać zamawiającemu, że jego działalność ukierunkowana jest głównie na integrację społeczną i zawodową osób marginalizowanych”* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021). Niezależnie od formy prawnej podmiotu ubiegającego się o zamówienie, przepis art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp wymaga, aby podmioty realizujące zamówienie działały w celu integracji osób marginalizowanych i powinien to być główny cel ich działalności.

W ocenie Izby, działalność społeczna Odwołującego w formie wyodrębnionej organizacyjnie jednostki powinna znaleźć odzwierciedlenie w odpowiednim wpisie w KRS, skoro posiada wszystkie atrybuty oddziału Spółki. Nieujawnienie tej jednostki w KRS przesądza o braku rzeczywistego wyodrębnienia organizacyjnego i samodzielności danej jednostki, , zgodnie z wymogiem art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odwołujący słusznie zauważył, że ustawodawca nie określił konkretnego katalogu dokumentów, które wykonawca powinien złożyć w celu wykazania, że spełnia warunek z art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp. Wykonawca może samodzielnie zdecydować zatem, jakie dokumenty przedłoży Zamawiającemu w celu wykazania, że posiada wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, której głównym celem działalności jest działalność społeczna, polegająca na integracji społecznej i zawodowej osób marginalizowanych, jednak powinien mieć na uwadze, że muszą to być takie dokumenty, które nie pozostawiają żadnych wątpliwości co do rzeczywistego spełnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:**

.....

