

WYROK

z dnia 16 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2017 r. przez **Zakład Produkcyjno-Handlowy WODEX Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Stalowej Woli** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu**

przy udziale wykonawcy **EKO STYL Rental Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Leżajsku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Produkcyjno-Handlowy WODEX Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Stalowej Woli** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Zakład Produkcyjno-Handlowy WODEX Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Stalowej Woli** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Zakład Produkcyjno-Handlowy WODEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Stalowej Woli** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Wojewódzkiego im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu** kwotę **3 949 zł 53 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze 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**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług pralniczych dla Samodzielnego Publicznego Szpitala Wojewódzkiego im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 24 kwietnia 2017 roku wykonawca Zakład Produkcyjno-Handlowy WODEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Stalowej Woli (dalej odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania wykluczenia wykonawcy EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. sp.k. z postępowania i nieuprawnionym wyborze oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej;
2. zaniechania dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. sp.k., jako niespełniającego warunków wskazanych w ogłoszeniu, tj. nie mającego statusu zakładu pracy chronionej oraz niebędącego wykonawcą, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. sp.k. z postępowania ze względu na wprowadzenie zamawiającego w błąd w zakresie posiadania statusu zakładu pracy chronionej lub przedsiębiorstwa społecznego;
3. art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu wykluczenia i wyborze oferty wykonawcy EKO- STYL RENTAL Sp. z o.o. sp.k. jako niebędącego zakładem pracy chronionej lub przedsiębiorcą społecznym, którego głównym celem jest integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych, pomimo ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu jedynie do tych podmiotów.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp.k. z postępowania,
3. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie zamówienia, mimo złożenia przez niego prawidłowej i najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Wskutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego w zakresie zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp.k., jako podmiotu, który nie może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w związku z zastrzeżeniem określonym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), oraz - w konsekwencji - wyborze oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego - jako najkorzystniejsza - będzie mogła zostać wybrana w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący poinformował, że pismem z dnia 14.04.2017 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej. W postępowaniu wybrana została oferta wykonawcy EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp. k. (przystępujący)

W ocenie odwołującego wybór oferty ww. wykonawcy został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że stosownie do postanowień rozdz. III pkt 1.5. ogłoszenia o zamówieniu, zamówienie jest zastrzeżone dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych. Jednocześnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku - oświadczenie wykonawcy, że ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią

osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego - w oświadczeniu należy podać średnią rocznego zatrudnienia u wykonawcy.

W ocenie odwołującego, w świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że udział w przedmiotowym postępowaniu był zastrzeżony dla zakładów pracy chronionej oraz tzw. przedsiębiorstw społecznych, czyli podmiotów, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych. Zważywszy, że biorący udział w postępowaniu wykonawca EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp. k. nie należy do żadnej z ww. kategorii podmiotów, powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Poprzez zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy zamawiający dopuścił się naruszenia art. 22 ust. 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. Jednocześnie zamawiający nie uczynił zadość postanowieniom przewidzianym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że przystępujący nie posiada statusu zakładu pracy chronionej lub zakładu aktywizacji zawodowej w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. 1997 nr 123 poz. 776 z późn. zm.). Powyższa okoliczność wynika zarówno z faktu, iż podmiot ten nie widnieje na oficjalnych wykazach ww. podmiotów, jak również została przyznana przez wykonawcę w wyjaśnieniach składanych na wezwanie zamawiającego. Jednocześnie, wbrew deklaracji złożonej w JEDZ, wykonawca EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp. k. nie może być zaliczony do kategorii tzw. przedsiębiorstw społecznych, bowiem nie spełnia on kryteriów związanych z głównym celem prowadzonej działalności. Pomimo zatrudniania osób niepełnosprawnych, wykonawca ten prowadzi bowiem zwykłą działalność gospodarczą, nastawioną na zysk. Powyższa okoliczność wynika m.in. z treści wpisu do KRS, gdzie w zakresie działalności podmiotu widnieje wyłącznie działalność o charakterze komercyjnym.

Odwołujący podniósł, że uzasadniając swoje uprawnienie do udziału w przedmiotowym postępowaniu przystępujący wskazywał w złożonych wyjaśnieniach, że jego działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób niepełnosprawnych, która to działalność przejawia się, jego zdaniem, m.in. w zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, dostosowywaniu miejsc pracy do potrzeb osób niepełnosprawnych, zapewnieniu doraźnej opieki medycznej czy organizacji staży zawodowych, etc. W świetle powyższych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, nie spełnia on warunku określonego przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Zważyć bowiem należy, że warunek określony przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu odnosi się *explicite* do zakładów pracy

chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych. W świetle tak określonego zastrzeżenia nie jest wystarczające wykazanie, że działalność danego podmiotu obejmuje w jakimkolwiek stopniu społeczną i zawodową integrację osób niepełnosprawnych, lecz że działalność taka stanowi główny cel istnienia podmiotu. Tym bardziej nie jest wystarczający sam fakt zatrudniania osób niepełnosprawnych.

Odwołujący wskazał, że takie rozumienie przedmiotowego zapisu ogłoszenia o zamówieniu związane jest z istotą instytucji zastrzeżenia zamówienia. Jak wynika z motywu 36 preambuły dyrektywy 2014/24/WE, zatrudnienie i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szanse i przyczyniające się do integracji społeczeństwa. W związku z tym zakłady pracy chronionej mogą odgrywać istotną rolę. To samo dotyczy innych form społecznej działalności gospodarczej mających głównie na celu wspieranie społecznej i zawodowej integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych i znajdujących się w niekorzystnej sytuacji, takich jak bezrobotni, członkowie znajdujących się w niekorzystnej sytuacji mniejszości lub grup w inny sposób społecznie marginalizowanych. Takie zakłady lub podmioty gospodarcze mogą nie być jednak w stanie uzyskać zamówień w zwykłych warunkach konkurencji. W związku z tym właściwe jest, by państwa członkowskie mogły zastrzegać, że prawo do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych lub pewnych ich częściach mają jedynie takie zakłady lub podmioty gospodarcze, bądź też zastrzegać realizację zamówień dla programów zatrudnienia chronionego. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w postanowieniach art 20 dyrektywy.

Odwołujący przytoczył motywy wyrażone w uzasadnieniu do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych implementującej nowe dyrektywy unijne, w którym czytamy, iż „nowymi rozwiązaniami projektu są wzmocnione klauzule społeczne dotyczące zastrzegania zamówień zakładom pracy chronionej i innym wykonawcom, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób defaworyzowanych”.

W ocenie odwołującego, w świetle powyższego istotą zastrzeżenia zamówień dla omawianych kategorii podmiotów jest ograniczeniowości udziału w postępowaniu przez przedsiębiorstwa działające w zwykłych warunkach rynkowych, prowadzące działalność nastawioną na zysk, nawet jeśli zatrudniają osoby niepełnosprawne. Gdyby bowiem do uznania wykonawcy za przedsiębiorcę społecznego w rozumieniu dyrektywy i ustawy P.z.p. wystarczył sam fakt zatrudniania osób niepełnosprawnych, zbędne stałyby się przepisy dyrektywy i ustawy Pzp nawiązujące do celu prowadzonej działalności. W istocie bowiem każdy podmiot prowadzący działalność komercyjną mógłby wziąć udział w

postępowaniu zastrzeżonym poprzez - nawet przejściowe - zatrudnienie osób defaworyzowanych.

Odwołujący stwierdził, że formularz JEDZ posługuje się pojęciem zakładu pracy chronionej oraz „przedsiębiorstwa społecznego”. To ostatnie, zgodnie z dyrektywą 2014/24/WE oznacza formę społecznej działalności gospodarczej mającą głównie na celu wspieranie społecznej i zawodowej integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych i znajdujących się w niekorzystnej sytuacji. Oznacza to, że główną cechą determinującą społeczny charakter przedsiębiorstwa jest odstępstwo od maksymalizacji zysku na rzecz realizacji celów społecznych.

Ponadto pojęcie „przedsiębiorstwa społecznego” zostało zdefiniowane m.in. w rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 19 lutego 2009 r. w sprawie gospodarki społecznej, w której położono nacisk na następujące cechy przedsiębiorstwa społecznego:

1. pierwszeństwo celów społecznych nad zyskiem,
2. poszanowanie wspólnych wartości, udział partnerów społecznych,
3. ochrona i stosowanie zasady solidarności oraz odpowiedzialności,
4. połączenie interesów członków/użytkowników z interesem ogółu,
5. demokratyczna kontrola prowadzona przez członków,
6. przeznaczenie większej części nadwyżki do realizacji celów trwałego rozwoju w interesie członków i w zgodzie z interesem ogółu.

Odwołujący stwierdził, że mając na względzie kluczowe aspekty przedsiębiorstwa społecznego w zakresie zasad, jakie powinny występować w relacjach między pracownikiem a kapitałem i zarządzaniem oraz celami, na jakie przeznaczają się wypracowany zysk, należy stwierdzić, że status przedsiębiorstwa społecznego jest w istotnym stopniu determinowany formą prawną prowadzenia działalności gospodarczej. Z tego powodu osobę fizyczną, która prowadzi działalność gospodarczą, nawet jeżeli zatrudnia osoby niepełnosprawne czy należące do innych grup osób wykluczonych, jako przedsiębiorstwa społecznego zakwalifikować nie można. Głównym powodem jest brak wpływu pracowników na zarządzanie przedsiębiorstwem oraz brak wpływu na sposób podziału zysku. W opisanej sytuacji o sposobie zarządzania przedsiębiorstwem i o podziale oraz przeznaczeniu zysku decyduje bowiem wyłącznie właściciel. Podobnie jest w przypadku spółek osobowych. W spółce jawnej, czy w spółce partnerskiej podział zysku jest indywidualny. Z tego powodu

trudno jest realizować cele społeczne. To samo dotyczy spółki komandytowej, którą to formę przyjęło przedsiębiorstwo wykonawcy EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp. k.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2017 r., sygn. KIO 86/17, z którego wynika, iż „zdaniem Izby status przedsiębiorstwa społecznego determinuje jego główny cel, jakim jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych i defaworyzowanych. (...) Odwołujący nie udowodnił, że prowadzone przez niego przedsiębiorstwo głównie zajmuje się taką działalnością integracyjną, a sam przyznał, że jego głównym celem jest działalność reklamowa. W świetle powyższego Izba nie mogła uznać za zgodne z SIWZ i z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp oświadczenie Odwołującego o prowadzeniu przedsiębiorstwa społecznego, w przypadku gdy nie ma ono takiego przymiotu i ma ono charakter ad hoc”.

Odwołujący stwierdził, że składając w ramach JEDZ oświadczenie o posiadaniu statusu przedsiębiorstwa społecznego, wykonawca EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp. k. wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Jak bowiem wskazano wyżej, wykonawca ten zaznaczył w formularzu JEDZ, a następnie potwierdził w składanych wyjaśnieniach, że spełnia warunek w zakresie posiadania statusu zakładu pracy chronionej lub przedsiębiorstwa społecznego, pomimo faktycznego braku posiadania takiego statusu. Niezależnie od tego, czy nastąpiło to w wyniku celowego działania, czy niedbalstwa, ziściła się podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa odpowiednio w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p., bowiem powyższe działanie - jako wprowadzające Zamawiającego - miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 maja 2017 roku zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, na podstawie przedłożonego spisu kosztów.

Zamawiający podniósł, iż wychodząc naprzeciw wspieraniu integracji zawodowej i społecznej osób niepełnosprawnych, jakkolwiek zastrzegł w rozdz. III pkt 1.5 ogłoszenia udział w postępowaniu dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych, to sensem i celem dokonanego przez zamawiającego zastrzeżenia było ułatwienie dostępu do przedmiotowego zamówienia podmiotom zatrudniającym osoby niepełnosprawne, które przyczyniają się do integracji lub reintegracji tych osób na rynku

pracy. Istotny jest przy tym fakt, iż zamawiający nie miał wpływu na treść zastrzeżonego warunku udziału w postępowaniu. Formularz ogłoszenia o zamówieniu, jakim zamawiający obowiązany był się posłużyć na podstawie art. 11 ust. 7 ustawy PZP, dostępny na platformie internetowej "simap" poprzez narzędzie "eNotices" (procedura elektronicznego przesyłania ogłoszeń - art. 11 ust. 7a ustawy PZP) stanowi standardowy formularz używany w europejskich zamówieniach publicznych zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i zamawiający nie miał możliwości doprecyzowania w tym dokumencie założonego przez siebie podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, odnoszącego się do integracji społecznej i zawodowej osób niepełnosprawnych. W ocenie zamawiającego, dokonana przez odwołującego ocena niespełnienia przez wykonawcę EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp.k. warunku udziału w postępowaniu tylko w oparciu o treść standardowego formularza ogłoszenia o zamówieniu nie może uzasadniać naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p., w szczególności art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p.

Zamawiający stwierdził, że doprecyzowanie podmiotowego warunku udziału w postępowaniu w kontekście zastrzeżonego w ogłoszeniu o zamówieniu wymogu dotyczącego społecznej i zawodowej integracji osób niepełnosprawnych nastąpiło, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z treścią rozdziału II s.i.w.z., "Warunki udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia", zamawiający zastrzegł, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Zamawiający wskazał, że określony przez niego minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych, zgodnie z treścią art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p. dotyczy osób zatrudnionych nie tylko przez zakłady pracy chronionej ale też innych wykonawców, o których mowa w ust. 2 tego artykułu, przy czym wolą ustawodawcy, nie ma wśród nich wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych. Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z literalną treścią art. 22 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w

szczegółności osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

Zamawiający zgodnie z treścią wskazanych przepisów zastrzegł w ogłoszeniu o zamówieniu prawo ubiegania się o udzielenie zamówienia dla wykonawców wspierających społeczną i zawodową integrację osób niepełnosprawnych. Treść zastrzeżenia zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu nie jest zgodna z treścią przepisu art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p., na co zamawiający nie miał jednak żadnego wpływu. Fakt ten nie powinien pozostać obojętny dla oceny czynności zamawiającego podejmowanych w postępowaniu.

Zamawiający stoi na stanowisku, że ocena spełnienia przez wykonawcę EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp.k. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego integracji zawodowej i społecznej osób niepełnosprawnych, powinna nastąpić przede wszystkim w oparciu o treść s.i.w.z., którą zamawiający sformułował zgodnie z ustawą P.z.p., wedle swoich potrzeb i celów jakie chciał osiągnąć, w tym społecznego celu wsparcia integracji zawodowej i zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Wybrany wykonawca warunki te spełnia,

Zamawiający nie zgadza się z argumentacją odwołującego, że wykonawca EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp.k. nie może być zaliczony do tzw. przedsiębiorstw społecznych z uwagi na niespełnienie przez ten podmiot kryteriów związanych z głównym celem prowadzonej działalności. W szczególności ocena taka nie może opierać się na treści wpisu EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp.k. umieszczonego w Dziale 3 Rejestru Przedsiębiorców KRS w części dotyczącej przedmiotu jego działalności. Zgodnie bowiem z art. 40 pkt 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz. U. z 2016r., poz. 687 ze zm,) przedmiot działalności przedsiębiorcy zamieszcza się w rejestrze według Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) a wskazać należy, że PKD nie przewiduje kodu dla działalności w zakresie społecznej i zawodowej integracji osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych. W ocenie zamawiającego, podnoszony przez odwołującego fakt, że w dziale 3 rejestru przedsiębiorców wybrany wykonawca nie wskazał wśród przedmiotu swojej działalności społecznej i zawodowej integracji osób niepełnosprawnych nie oznacza, że faktycznie taka integracja nie jest przez niego realizowana. Przeciwnie, wykonawca ten w toku postępowania potwierdził, że co najmniej od roku przed złożeniem oferty integruje społecznie i zawodowo osoby niepełnosprawne poprzez utrzymywanie ich zatrudniania na poziomie ok. 50% i zapewnienia na zasadach obowiązujących zakłady pracy chronionej - co wynika z pisma Wykonawcy z dnia 6 kwietnia 2017r. - odpowiednie warunki dla takiej integracji.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż w polskim porządku prawnym brak jest definicji legalnej przedsiębiorstwa społecznego. Przyjmuje się, że przedsiębiorstwa społeczne to

podmioty gospodarcze, których działalność ma cele społeczne. Ich zadaniem jest maksymalizowanie korzyści społecznych, np. poprzez dostarczanie dobrej jakości usług publicznych, działanie na rzecz rozwoju lokalnego czy przywracanie godności i niezależności ekonomicznej ludziom wykluczonym społecznie. W ocenie zamawiającego, wybrany wykonawca realizuje typowe cele i zadania przedsiębiorstw społecznych poprzez zatrudnianie wśród pracowników ponad 50% osób społecznie marginalizowanych zapewniając im jednocześnie odpowiednie warunki pracy i opieką medyczną na warunkach wymaganych od zakładów pracy chronionej (art. 28 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych).

Przystępujący poparł stanowisko odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do postanowień rozdz. III pkt 1.5. ogłoszenia o zamówieniu, zamówienie jest zastrzeżone dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych. Zgodnie z treścią rozdziału II s.i.w.z., "Warunki udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia", zamawiający zastrzegł, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

We wzorze jednolitego dokumentu zawarto pytanie: czy wykonawca jest zakładem pracy chronionej, „przedsiębiorstwem społecznym” (tj. przedsiębiorstwem, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych) lub czy będzie realizował zamówienie w ramach programów zatrudnienia chronionego. Przystępujący zaznaczył tu odpowiedź „TAK”.

Zamawiający, w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, pismem z dnia 10 marca 2017r., nr AG.ZP 3320.4.02806.17, zwrócił się do EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp.k. o wyjaśnienie treści złożonego w JEDZ przedmiotowego oświadczenia. W odpowiedzi na powyższe wykonawca pismem z dnia 13 marca 2017r. wskazał, iż zgodnie z "Instrukcją Wypełniania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia JEDZ", dostępną na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, dla pozycji, o którą Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, t. j. dla złożonego przez niego oświadczenia wymaganego w przypadku gdy zamówienie jest zastrzeżone, widnieje instrukcja o treści: "Pozycję formularza wypełniamy z zaznaczeniem „Tak" jeżeli zamawiający w konkretnym

postępowaniu skorzystał z możliwości wynikającej z art. 22 ust. 2 Pzp.". Oferent ten wskazał przy tym, iż przedmiotowa pozycja formularza JEDZ została zaznaczona na "TAK" jako potwierdzenie spełnienia przez niego warunku określonego w SIWZ a dotyczącego wymogu zatrudnienia osób niepełnosprawnych w ponad 50%. Jednocześnie wykonawca EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp.k. wskazał, że należy do tzw. "innych wykonawców" w rozumieniu art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p., zatrudniających osoby posiadające status osoby niepełnosprawnej w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

Zamawiający pismem z dnia 20 marca 2017r. zwrócił się do EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp.k. o przedstawienie dokumentów potwierdzających zatrudnienie osób niepełnosprawnych w wymaganej przez s.i.w.z. ilości. Przedmiotowe dokumenty nie były przez zamawiającego żądane w s.i.w.z. w celu potwierdzenia spełnienia wskazanego warunku udziału w postępowaniu, jednakże przystępujący w piśmie z dnia 13 marca 2017r. wyraził gotowość ich przedstawienia. W odpowiedzi na pismo zamawiającego, wykonawca EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp.k. przedłożył kopie dokumentów dokumentujących strukturę zatrudnienia, z których wynika, iż w każdym miesiącu w okresie roku przed złożeniem oferty, odsetek wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych wynosił u tego wykonawcy ok. 50% a średnia rocznego zatrudnienia u tego wykonawcy wyniosła wymagane ponad 50%.

Zamawiający pismem z dnia 5 kwietnia 2017r. wystąpił do EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp.k. z prośbą o wyjaśnienie, czy podmiot ten jest wykonawcą, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp.k. wskazał, iż jako podmiot zatrudniający ponad 50% osób niepełnosprawnych jest przedsiębiorstwem, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych (czyli *de facto* tzw. "przedsiębiorstwem społecznym" w rozumieniu JEDZ). W uzasadnieniu swojego stanowiska podniósł, że w ramach realizacji tego celu prowadzi rehabilitację osób niepełnosprawnych zgodnie z wytycznymi zawartymi w rozdziale 3 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, wspomaga ich rozwój zawodowy, podejmuje działania organizacyjne polegające na dostosowaniu miejsc pracy, pomieszczeń higieniczno-sanitarnych i ciągów komunikacyjnych zakładu dla potrzeb niepełnosprawnych a także działania prospołeczne poprzez zatrudnianie obok siebie pracowników niepełnosprawnych i pełnosprawnych oraz współpracę z Polskim Stowarzyszeniem na Rzecz Osób z Upośledzeniem Umysłowym w zakresie organizowania indywidualnych zajęć praktycznych

dla osób niepełnosprawnych. Wykonawca wskazał również, że na zasadach obowiązujących zakłady pracy chronionej, zapewnia doraźną opiekę medyczną zgodnie z wytycznymi wskazanymi w rozdziale 6 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2017 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej. W postępowaniu wybrana została oferta wykonawcy EKO-STYL RENTAL Sp. z o.o. Sp. k.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W myśl art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p., zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności:

- 1) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2011 r. poz. 721, z późn. zm.));
- 2) bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2016 r. poz. 645, 691 i 868);
- 3) osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. poz. 557, z późn. zm.)), mających trudności w integracji ze środowiskiem;
- 4) osób z zaburzeniami psychicznymi w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 546);
- 5) osób bezdomnych w rozumieniu ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. z 2015 r. poz. 163, z późn. zm.));
- 6) osób, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu

cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2012 r. poz. 680, z 2013 r. poz. 1650, z 2014 r. poz. 1004, z 2015 r. poz. 1607 oraz z 2016 r. poz. 783);

7) osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia;

8) osób będących członkami mniejszości znajdujące się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będących członkami mniejszości narodowych i etnicznych w rozumieniu ustawy z dnia 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz. U. z 2015 r. poz. 573 oraz z 2016 r. poz. 749).

W myśl ust. 2a, zamawiający określa minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w ust. 2, nie mniejszy niż 30%, osób zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej lub wykonawców albo ich jednostki, o których mowa w ust. 2.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zastrzegł, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Przystępujący wykazał, że w każdym miesiącu w okresie roku poprzedzającego złożenie oferty, zatrudniał więcej niż 50% osób niepełnosprawnych. Okoliczność ta nie jest pomiędzy stronami sporna. Nie jest również sporny fakt, że przystępujący nie jest zakładem pracy chronionej.

Istotą sporu jest natomiast ustalenie, czy przystępujący winien posiadać status przedsiębiorstwa społecznego, aby móc skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Deklarację o posiadaniu takiego statusu przystępujący złożył w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia.

Wskazać należy, że powszechnie obowiązujące przepisy prawa nie zawierają definicji „przedsiębiorstwa społecznego”. Definicji takiej nie ma również w treści Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE. W myśl zaś art. 20 dyrektywy, 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.

Podkreślenia wymaga, że art. 20 dyrektywy nie jest artykułem, który państwa członkowskie są obowiązane implementować do własnego porządku prawnego. Stanowi on jedynie uprawnienie dla państwa członkowskiego, który z tego uprawnienia może skorzystać lub nie. Polski ustawodawca zdecydował się na implementację wskazanego przepisu nadając mu brzmienie zawarte w art. 22 ust. 2 i 2a ustawy P.z.p. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dostosował się do brzmienia wskazanego przepisu, ustalając jednocześnie wymagany odsetek zatrudnionych osób niepełnosprawnych na poziomie wyższym niż 50%. Podkreślenia wymaga, że przystępujący ten wymóg spełnił.

Odnosząc się do zarzutu, iż przystępujący w dokumencie zamówienia zaznaczył „TAK” przy pytaniu o to, czy jest zakładem pracy chronionej, przedsiębiorstwem społecznym lub też będzie realizował zamówienie w ramach programów zatrudnienia chronionego, czym wprowadził zamawiającego w błąd, Izba podkreśla, iż nieuprawnione jest wymaganie od wykonawcy posiadania statusu podmiotu, którego legalna definicja nie istnieje zarówno w prawie polskim, jak i w prawie europejskim. Rezolucja Parlamentu Europejskiego, na którą wskazywał odwołujący, nie jest dokumentem prawnie wiążącym. Zamawiający był zobligowany zastosować obowiązujący wzór dokumentu zamówienia, jednakże jego treść nie może być interpretowana w oderwaniu od przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych. Przystępujący, zaznaczając odpowiedź „TAK” przy wskazanym pytaniu, potwierdził spełnianie warunku w zakresie zatrudnienia co najmniej 50% osób niepełnosprawnych. Odmienna interpretacja treści tegoż pytania, w sposób sugerowany przez odwołującego, spowodowałaby nadanie mu prymatu aktu nadrzędnego nad ustawą P.z.p., co należy uznać za niedopuszczalne.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....

