

WYROK
z dnia 3 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
 Monika Szymanowska
 Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2023 r. przez wykonawcę Polską Grupę SW Przedsiębiorstwo Państwowe z siedzibą w Warszawie przy ul. Kocjana 3 (01-473 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Karny w Tarnowie z siedzibą w Tarnowie przy ul. Konarskiego 2 (33-100 Tarnów)

przy udziale wykonawcy ~~Jana Gabaka~~J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ~~Jan Gabak~~J. C. Firma Usługowa EKO-REM-BUD z siedzibą w Łabowej pod numerem 185 (33-336 Łabowa), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Polską Grupę SW Przedsiębiorstwo Państwowe z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Polskiej Grupy SW Przedsiębiorstwa Państwowego z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Zakładu Karnego w Tarnowie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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

Zakład Karny w Tarnowie, zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Budowa pawilonu zakwaterowania osadzonych w Oddziale Zewnętrznym w Tarnowie-Mościcach Zakładu Karnego w Tarnowie* o numerze referencyjnym: D/Kw.2232.14.2022.DR, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 września 2022 r., pod numerem 2022/S 187-528108.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 20 lutego 2023 r. wykonawca Polska Grupa SW Przedsiębiorstwo Państwowe z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od:

- zaniechania wyjaśnienia przez zamawiającego wątpliwości związanych ze złożeniem przez EKOREMBUD dokumentów mających na celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp;
- czynności wyboru oferty EKOREMBUD jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp przez uznanie, że EKOREMBUD na podstawie złożonych dokumentów jest zakładem pracy, którego głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie jest społeczna i zawodowa integracja 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 w sytuacji, w której złożone przez wykonawcę w ramach postępowania dokumenty uzupełniające rodzą dodatkowe wątpliwości, co do spełniania przez EKOREMBUD warunków określonych w tym przepisie;
- 2) art. 16 ust. 1 pkt 2 w zw. art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp przez prowadzenie postępowania, które nie wyjaśniło wszystkich okoliczności mających wpływ na wybór oferty EKOREMBUD jako najkorzystniejszej;
- 3) art. 94 ust. 2 pkt w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez uznanie oświadczeń EKOREMBUD jako wystarczających do wykazania spełniania warunku, o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp w sytuacji, w której w ramach postępowania pierwotnie zamawiający wskazywał na brak spełniania tego warunku przez wykonawcę;

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EKOREMBUD, w sytuacji, w której prawidłowa ocena złożonych przez EKOREMBUD dokumentów wskazuje na brak spełnienia przez tego wykonawcę warunków do udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- uwzględnienie odwołania;
- odrzucenia oferty EKOREMBUD jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;
- unieważnienia czynności wyboru oferty EKOREMBUD.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że jest następcą prawnym Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej MAZOVIA, która w przedmiotowym postępowaniu złożyła ofertę. Na podstawie zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 grudnia 2022 r. w sprawie połączenia PEPEBE Włocławek Przedsiębiorstwo Państwowe oraz Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej MAZOVIA (Dz. Urz. MS poz. 212) z dniem wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego nastąpiło przejęcie MIGB MAZOVIA przez PEPEBE Włocławek Przedsiębiorstwo Państwowe. Od dnia przejęcia nowy podmiot funkcjonuje pod nazwą Polska Grupa SW Przedsiębiorstwo Państwowe. Zgodnie z § 7 zarządzenia przejmujący wstępuje we wszystkie prawa i obowiązki, których podmiotem była MIGB MAZOVIA.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wyjaśnił, że ma legitymację do występowania w postępowaniu oraz ma interes w odrzuceniu oferty EKOREMBUD, gdyż uznanie niespełniania warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę i tym samym odrzucenie jego oferty spowoduje unieważnienie postępowania w związku ze złożeniem przez pozostałych uczestników ofert przewyższających planowane zaangażowanie finansowe zamawiającego, co doprowadzi do ponownego przeprowadzenia postępowania, w którym zamawiający może zwiększyć kwotę przeznaczoną na planowaną inwestycję. W nowym postępowaniu oferta odwołującego będzie podlegała ponownemu badaniu, co może skutkować wyborem oferty i uzyskaniem zlecenia.

Odwołujący wyjaśnił, że ramach ponownego badania oferty wykonawcy, przeprowadzonego po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2022 r., którym to orzeczeniem Izba uwzględniła zarzuty EKOREMBUD, zamawiający w sposób tylko pobieżny ocenił wyjaśnienia złożone przez EKOREMBUD w zakresie spełniania warunku, o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp. W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że po złożeniu swojej oferty, na wezwanie zamawiającego, w celu wykazania spełniania warunku określonego w tym przepisie EKOREMBUD przedłożył Regulamin pracy dla pracowników Firma Usługowa. Regulamin ten nie posiadał daty jego wprowadzenia, a zamawiający uznał, że wykonawca ten nie spełnia warunku do udziału w postępowaniu, gdyż nie jest podmiotem,

o którym mowa w tym przepisie. Po orzeczeniu Izby, w ramach uzupełniania dokumentacji EKOREMBUD w celu wykazania spełniania warunku bycia zakładem pracy chronionej, złożył nowy regulamin pracy, który opatrzony był datą 31 stycznia 2020 r. Oba dokumenty (z datą i bez) podpisane były przez różne osoby. Analizując powyższe dokumenty, zdaniem odwołującego, należy poddać w wątpliwość drugi „Regulamin pracy” złożony zamawiającemu przez wykonawcę, którego data powstania opiewa na 31 stycznia 2020 r. W §4 ust. 4 przytoczonego regulaminu zamieszczono następujący wpis: „Zakres działalności gospodarczej przedsiębiorstwa aktualizowany jest na bieżąco w Centralnej Ewidencji Działalności gospodarczej”. Odwołujący zauważył, że wpisy pod pozycjami, 85.59.B Pozostałe pozaszkolne formy edukacji, gdzie indziej niesklasyfikowane, 88.99.Z Pozostała pomoc społeczna bez zakwaterowania, gdzie indziej niesklasyfikowana, zostały dodane do Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej w dniu 7 listopada 2022 r. tj. tuż przez wyznaczonym przez zamawiającego terminem składania ofert w postępowaniu. Tylko zestawienie tych dwóch okoliczności rodzi wątpliwości, co powinno skutkować pogłębioną analizą przez zamawiającego spełnieniem przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w tym, przedłożenie innych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku. Zamawiający tego nie dokonał, poprzestając tylko na oświadczeniach wykonawcy, co do odpowiedniego poziomu zatrudnienia skazanych. Zamawiający nie wyjaśnił również w ramach postępowania dlaczego u wykonawcy w tym samym czasie funkcjonowały dwa regulaminy - jeden opatrzony datą natomiast drugi bez daty jego utworzenia. Odwołujący zwrócił również uwagę, że §5 Regulaminu, który zawiera informację, iż przedsiębiorstwo składa się z wyodrębnionych jednostek organizacyjnych tj. zarząd przedsiębiorstwa, administracja kadrowa, administracja księgowość, obsługa techniczna, przygotowanie ofert, logistyka i transport oraz realizacja kontraktów. Wyodrębniona organizacyjnie jednostka realizująca zamówienie tj. realizacja kontraktów odpowiedzialna jest za realizację umów związanych ze wznoszeniem obiektów budowlanych, której głównym celem działalności jest między innymi społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, w szczególności osób pozbawionych i zwalnianych z zakładów karnych, mających trudności w integracji ze środowiskiem. Wznoszenie obiektów budowlanych jest główną działalnością przedsiębiorstwa i stanowi jego źródło dochodów. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wskazał że przez szkolenia, naukę zawodu i zatrudnienie osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych realizuje cel ich społecznej i zawodowej integracji. Należy zauważyć, że załączony program szkolenia w zawodzie murarza składa się z 16h i stanowi przygotowanie do pracy niewykwalifikowanego pracownika niezależnie od tego czy przebywa on w zakładzie karnym czy został zatrudniony na wolnym rynku pracy. Szkolenie BHP, pokaz przez instruktora sposobu wykonywania pracy, próbne wykonanie pracy samodzielnie, praca pod nadzorem i omówienie pracy z

instruktorem stanowią podstawowe elementy przy przyjęciu nowego pracownika i nie stanowią społecznej integracji osoby pozbawionej wolności. Zdaniem odwołującego wykonawca nie spełnił warunku z art. 94 ust. 1 pkt. 5, gdyż:

- 1) nie wyodrębnił jednostki organizacyjnej, której głównym celem jest integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych;
- 2) głównym celem działalności wykonawcy nie jest integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych.

Odwołujący wskazał, że w wyroku Izby z dnia 25 maja 2022 r., w zakresie stwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków określonych w art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp stwierdzono, że „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. (...) 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 - integracji społeczna i zawodowa osób marginalizowanych.”

W ocenie odwołującego w przedmiotowej sprawie firma EKOREMBUD sporządziła dokumenty wewnętrzne o podziale struktury na potrzeby zarządzania przedsiębiorstwem, a nie wyodrębniła jednostki organizacyjnej, której główną działalnością jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych. Zdaniem odwołującego mamy do czynienia tylko ze „sztucznym tworem” utworzonym na potrzeby danego postępowania dla pozoru, aby spełnić wymagania formalne wynikające z art. 94 ust. 1 Pzp i wziąć udział w postępowaniu przetargowym.

W ocenie odwołującego, zaznaczenia wymagał fakt, że czynności wykonane dla pozoru są nieważne. Zgodnie z art. 83 § 1 kodeksu cywilnego nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozoru. Jeżeli oświadczenie takie zostało złożone dla ukrycia innej czynności prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej czynności. W literaturze wskazuje się, że oświadczenie złożone dla pozoru to czynność symulowana, polegająca na tym, że:

- dokonaniu czynności prawnej towarzyszy próba wywołania u osób trzecich przeświadczenia, że zamiarem tej czynności jest wywołanie skutków prawnych objętych treścią ich oświadczeń woli (np. wobec naczelnika urzędu skarbowego czy notariusza strony pozorują zbycie prawa, podejmując – w razie potrzeby pewne czynności, mimo że w rzeczywistości ich wola jest wyeliminowanie skutków tej czynności prawnej);

- między stronami musi istnieć tajne porozumienie, że te oświadczenia woli nie mają wywołać zwykłych skutków prawnych porozumienie, co do tego, że zamiar wyrażony w oświadczeniach woli nie istnieje lub jest inny niż ujawniony.

Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem przeważającej działalności firmy EKO-REM-BUD jest:

41.20.Z Roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych

42.11.Z Roboty związane z budową dróg i autostrad,

42.13.Z Roboty związane z budową mostów i tuneli,

42.21.Z Roboty związane z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych,

42.22.Z Roboty związane z budową linii telekomunikacyjnych i elektroenergetycznych,

42.99.Z Roboty związane z budową pozostałych obiektów inżynierii lądowej i wodnej, gdzie indziej niesklasyfikowane,

43.11.Z Rozbiórka i burzenie obiektów budowlanych,

43.13.Z Wykonywanie wykopów i wierceń geologiczno-inżynierskich,

43.21.Z Wykonywanie instalacji elektrycznych,

43.22.Z Wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatyzacyjnych,

43.29.Z Wykonywanie pozostałych instalacji budowlanych,

43.31.Z Tynkowanie,

43.32.Z Zakładanie stolarki budowlanej,

43.33.Z Posadzkarstwo; tapetowanie i oblicowywanie ścian,

43.34.Z Malowanie i szklenie,

43.39.Z Wykonywanie pozostałych robót budowlanych wykończeniowych,

43.91.Z Wykonywanie konstrukcji i pokryć dachowych,

43.99.Z Pozostałe specjalistyczne roboty budowlane, gdzie indziej niesklasyfikowane,

49.32.Z Działalność taksówek osobowych,

49.41.Z Transport drogowy towarów,

68.20.Z Wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi,

80.20.Z Działalność ochroniarska w zakresie obsługi systemów bezpieczeństwa,

81.30.Z Działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni,

85.59.B Pozostałe pozaszkolne formy edukacji, gdzie indziej niesklasyfikowane,

88.99.Z Pozostała pomoc społeczna bez zakwaterowania, gdzie indziej niesklasyfikowana.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że w przywołanym wyroku KIO z 30 grudnia 2022 r. wydanym z odwołania EKOREMBUD, Izba nie wskazała na nieprawidłową ocenę, co do braku spełnienia przez tego wykonawcę warunków określonych w art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp. Izba wskazała natomiast na potrzebę pogłębionej oceny przez zamawiającego spełniania

warunków oraz uzupełnienie uzasadnienia swojego stanowiska. W tym zakresie w ocenie odwołującego, zamawiający nie spełnił wytycznych Izby wskazanych w tym orzeczeniu.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ~~Jana Cabak~~J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ~~Jan Cabak~~J. C. Firma Usługowa EKO-REM-BUD z siedzibą w Łabowej. Ww. wykonawca w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2, 3 i 5 Pzp lub o oddalenie odwołania ze względu na brak interesu we wniesieniu odwołania.

W dniu 28 lutego 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp, względnie o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę ~~Jana Cabaka~~J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ~~Jan Cabak~~J. C. Firma Usługowa EKO-REM-BUD z siedzibą w Łabowej (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę. Tym samym Izba nie uwzględniła wniosków zamawiającego oraz przystępującego o odrzucenie odwołania.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2, 3 i 5 Pzp. W odniesieniu do przesłanki odrzucenia dotyczącej wniesienia odwołania przez podmiot nieuprawniony, przystępujący w pierwszej kolejności wskazał, że w postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców:

- 1) Przystępujący;
- 2) Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej Mazovia (zwany dalej jako: „Mazovia”);
- 3) CONTROL PROCESS EPC2 Sp. z o.o.;
- 4) PEPEBE Włocławek Przedsiębiorstwo Państwowe (zwany dalej jako: „PEPEBE”).

Dalej przystępujący wyjaśnił, że na podstawie zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 grudnia 2022 r. w sprawie połączenia PEPEBE Włocławek Przedsiębiorstwa Państwowego oraz Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej MAZOVIA doszło do połączenia dwóch

wykonawców, którzy złożyli odrębne oferty w postępowaniu, co potwierdza odpis KRS. Grupa SW jest zatem sukcesorem dwóch różnych wykonawców w postępowaniu, którzy złożyli odrębne oferty, tj. Mazovii i PEPEBE. Legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zgodnie z art. 7 pkt 30 Pzp przez wykonawcę należy rozumieć: osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Podmiot, który złożył dwie oferty, z naruszeniem art. 218 ust. 1 Pzp bezwzględnie podlega odrzuceniu i na tym etapie postępowania (z chwilą połączenia) powinien utracić status wykonawcy. Definicja wykonawcy nie przewiduje możliwości złożenia więcej, niż jednej oferty przez jednego wykonawcę w przetargu nieograniczonym. W tym przypadku Grupa SW złożyła dwie oferty. Dlatego też nie ma tożsamości pomiędzy odwołującym a którymkolwiek z wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Nie ma tożsamości z Grupą Mazovia, ani nie ma tożsamości z PEPEBE.

Co do pozostałych dwóch przesłanek odrzucenia odwołania przystępujący wyjaśnił, że odwołanie zmierza *de facto* do zakwestionowania możliwości spełniania przez takie podmioty jak przystępujący warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp. Kwestia ta była już przedmiotem orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2022 r. o sygn. akt KIO 3364/22 – w wyniku odwołania wniesionego przez przystępującego, którego oferta została odrzucona z powodu uznania przez zamawiającego, że nie wykazał on spełnienia przedmiotowego warunku. Zamawiający w dniu 6 grudnia 2022 r. przekazał przystępującemu informację o odrzuceniu jego oferty, w której poinformował, że odrzuca jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, zdaniem przystępującego, odwołanie dotyczyło czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby, bowiem badanie i ocena ofert a następnie wybór oferty przystępującego są zgodne ze wskazanym orzeczeniem. Jednocześnie przystępujący podkreślił, że odwołanie oparte jest w zasadzie na okolicznościach, które istniały w dniu podjęcia przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty przystępującego, jak i na dzień wyrokowania w sprawie KIO 3364/22. Przystępujący wskazał na następujące okoliczności podnoszone w odwołaniu:

1) wpisy do CEDG przystępującego, które budzą wątpliwości po stronie odwołującego w kontekście § 4 ust. 4 regulaminu. Trzeba jednak zauważyć, że wpisy te były dokonane

jeszcze przed złożeniem ofert w postępowaniu, zaś regulamin złożony pierwotnie wraz z ofertą, jak i uzupełniony § 4 ust. 4 miały taką samą treść;

2) rzekome poprzestanie przez zamawiającego na analizie jedynie oświadczenia przystępującego w zakresie poziomu zatrudnienia skazanych. Trzeba zauważyć, że dokument ten nie ulegał zmianie. Ponadto zamawiający analizował treść regulaminu złożonego wraz z ofertą na potrzeby czynności odrzucenia oferty przystępującego (*vide* treść informacji o odrzuceniu) oraz regulaminu uzupełnionego na potrzeby wyboru jego oferty;

3) kwestionowanie szkoleń, nauki zawodu i zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karny jako realizacja celu społecznej i zawodowej integracji. Należy jednak zauważyć, że postanowienia regulaminu uzupełnionego nie uległy w tym zakresie żadnej zmianie, a w ramach wyjaśnień przystępujący przedstawił dodatkowo przykładowy program szkoleń;

4) rzekomy brak wyodrębnienia jednostki organizacyjnej, którym głównym celem jest integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych. W tym kontekście również należy podnieść, że uzupełniony regulamin w zakresie wyodrębnionej jednostki organizacyjnej zawierał identyczną regulację, jak regulamin pierwotnie złożony.

W ocenie przystępującego powyższe wskazywało, że odwołujący kwestionował okoliczności istniejące na dzień odrzucenia oferty przystępującego, skutecznie zaskarżonej. Jeśli odwołujący uważał, że decyzja zamawiającego powinna je uwzględnić i być na nich oparta, to winien złożyć swoje własne odwołanie w terminie liczonym od decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty przystępującego z dnia 6 grudnia 2022 r. Jeśli odwołujący uważał, że odrzucenie oferty przystępującego nie nastąpiło na podstawie wszystkich istniejących przesłanek, to powinien we własnym odwołaniu wnosić o odrzucenie oferty przystępującego z tego powodu. Tymczasem odwołujący nawet nie przystąpił do postępowania odwoławczego wywołanego wniesieniem odwołania przez EKO-REM-BUD, w którym ten ostatni kwestionował odrzucenie swojej oferty. Aktualnie odwołujący z naruszeniem terminu i wbrew wyrokowi KIO 3364/22 chciałby ponownie poddać pod rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej kwestię spełniania warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego w pełnym zakresie.

Zamawiający w ramach wniosku o odrzucenie odwołania wskazał, że Izba prowadziła uprzednio postępowanie odwoławcze pod sygnaturą KIO 3364/22, zainicjowane złożeniem odwołania przez przystępującego. Postępowanie to skończyło się wydaniem wyroku w dniu 30 grudnia 2022 r., w którego sentencji Izba nakazała między innymi powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających jego status, ewentualnie o skierowanie wezwania, o którym mowa w treści art. 128 ust. 1 Pzp. Przedmiot sporu w tamtym postępowaniu obracał się wokół tożsamej kwestii – to jest statusu przystępującego dla celów art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Status ten zamawiający pierwotnie kwestionował, natomiast po wyroku Izby oraz przeprowadzonych czynnościach (skierowano do przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień) powziął przekonanie, że przystępujący w rzeczywistości spełnia postawiony warunek udziału. Zamawiający wyjaśnił, że wykonał sentencję wyroku, a odwołujący – choć nadał zakresowi zaskarżenia pozór odrębności względem przedmiotu zaskarżenia i wyrokowania w postępowaniu KIO 3364/22, w rzeczywistości spiera się w znacznej mierze dokładnie w tym samym zakresie. Mając to na względzie, zamawiający był zdania, że odwołanie podlegało odrzuceniu.

Zgodnie z treścią art. 528 pkt 2, 3 i 5 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;
- odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jak już wskazano powyżej, w ocenie składu orzekającego, nie potwierdziła się żadna z przesłanek skutkujących koniecznością odrzucenia odwołania.

W odniesieniu do przesłanki określonej w art. 528 pkt 2 Pzp skład orzekający stwierdził, że za podmiot nieuprawniony należy uważać podmiot, który nie ma żadnego związku z toczącym się postępowaniem o zamówienie publiczne (np. nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 Pzp) lub ten związek definitywnie utracił na skutek wcześniejszych, niezaskarżonych czynności zamawiającego.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było stwierdzić, że odwołujący nie był wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 Pzp. Co prawda w postępowaniu doszło do niecodziennej sytuacji, która polegała na tym, że dwaj wykonawcy (Mazovia i PEPEBE), którzy złożyli oferty w postępowaniu, już po upływie terminu składania ofert połączyli się w jeden podmiot działający pod nazwą odwołującego. Dokładniej rzecz ujmując z dniem 9 grudnia 2022 r. MAZOVIA została przejęta przez PEPEBE i od tego dnia podmiot ten funkcjonuje pod nazwą odwołującego. Odwołujący zwracał uwagę na przedmiotową okoliczność w uzasadnieniu odwołania, wskazując, że zgodnie z § 7 zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 grudnia 2022 r. w sprawie połączenia PEPEBE Włocławek Przedsiębiorstwo Państwowe oraz Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej Mazovia (Dz. Urz. MS poz. 212), przejmujący wstępuje we wszystkie prawa i obowiązki, których podmiotem była Mazovia.

W związku z powyższym Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania statusu wykonawcy w rozumieniu przepisów Pzp wobec odwołującego. Na moment wszczęcia postępowania (28 września 2022 r.) oraz upływu terminu składania ofert (15 listopada 2022

r.) Mazovia i PEPEBE byli odrębnymi podmiotami, a ich połączenie nastąpiło dopiero na mocy zarządzenia z dnia 9 grudnia 2022 r. Tym samym nie można było stwierdzić, że miała miejsce wskazywana przez przystępującego sytuacja, związana z treścią art. 218 Pzp, która polegała na tym, że odwołujący złożył dwie oferty w postępowaniu, ponieważ do połączenia obu ww. podmiotów doszło już po upływie terminu składania ofert.

Istotne było również to, że ani oferta Mazovii, ani oferta PEPEBE nie zostały odrzucone przez zamawiającego, przez co podmioty te nie utraciły statusu wykonawcy w postępowaniu i status ten odnosił się również do odwołującego, jako prawnego sukcesora obydwu wykonawców. Skoro zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia ofert złożonych przez oba ww. podmioty, a zaniechanie to nie było przedmiotem odwołania, Izba nie miała podstaw do przesądzenia w przedmiotowej sprawie, że odwołujący nie miał statusu wykonawcy w postępowaniu. Tym samym nie można było stwierdzić, że odwołujący nie miał związku z toczącym się postępowaniem o zamówienie publiczne tj. nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 Pzp lub ten związek definitywnie utracił na skutek wcześniejszych, niezaskarżonych czynności zamawiającego.

W zakresie przesłanki odrzucenia określonej w art. 528 pkt 3 Pzp, skład orzekający ustalił, że odwołanie co do *meritum* odnosiło się do czynności podjętych przez zamawiającego już po wyroku Izby oznaczonym sygn. akt KIO 3364/22, tj. do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 10 lutego 2023 r., która była przede wszystkim efektem wezwania skierowanego do przystępującego pismem dnia 25 stycznia 2023 r. oraz odpowiedzi na to wezwanie z dnia 31 stycznia 2023 r. Odwołujący wskazywał na te kwestie w uzasadnieniu odwołania podnosząc m. in., że dokumenty uzupełnione przez przystępującego rodzą dodatkowe wątpliwości, co do spełnienia przez tego wykonawcę warunków określonych w przepisie art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp lub wskazując, że zamawiający tylko pobieżnie ocenił wyjaśnienia złożone przez przystępującego.

W związku z tym nie można było stwierdzić, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, ponieważ rozpoczęcie biegu tego terminu wyznaczała powtórzona czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, która nastąpiła w dniu 10 lutego 2023 r., zatem odwołanie wniesione w dniu 20 lutego 2023 r. należało uznać za wniesione w terminie przewidzianym w art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Nie mogła znaleźć również akceptacji argumentacja przystępującego, który wywodził, że odwołujący chcąc prawidłowo kwestionować status przystępującego, powinien wnieść odwołanie już wobec czynności z dnia 6 grudnia 2022 r., wskazując dodatkowe powody odrzucenia oferty przystępującego, które nie zostały wskazane przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty przystępującego. W ocenie składu orzekającego brak wniesienia odwołania przez odwołującego wobec czynności z dnia 6 grudnia 2022 r. nie zamykał mu drogi do kwestionowania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na

późniejszym etapie ponieważ, po pierwsze czynność podjęta przez zamawiającego w ww. terminie była dla odwołującego korzystna, a po drugie po jej dokonaniu miały miejsce kolejne czynności podjęte przez zamawiającego, które skutkowały zmianą rozstrzygnięcia i powstaniem uprawnienia po stronie odwołującego do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Trzecia przesłanka odrzucenia odwołania wnioskowana zarówno przez zamawiającego jak i przystępującego, zawarta w art. 528 pkt 5 Pzp, również nie znalazła potwierdzenia. W tym zakresie skład orzekający stwierdził, że Izba w ramach wyroku z dnia 30 grudnia 2022 r. o sygn. akt KIO 3364/22 nie przesądziła, że przystępujący spełnia warunki określone w art. 95 ust. 1 pkt 5 Pzp i przez to posiada status, o którym mowa w tym przepisie. Izba w powyżej wskazanym orzeczeniu nakazała wezwanie odwołującego w trybie art. 128 ust. 4 Pzp w zakresie złożonych dokumentów potwierdzających status podmiotu określony w art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp do wyjaśnienia treści tych dokumentów, ewentualnie zastosowanie art. 128 ust. 1 Pzp celem złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających prowadzenie przez odwołującego lub przez jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie, działalności, której głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych. Ponadto w treści uzasadnienia ww. orzeczenia Izba stwierdziła m. in., że *Obowiązkiem Zamawiającego było zbadać dokładnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy podmiot, który o takie zamówienie się ubiega, spełnia przesłanki podmiotu o specjalnych cechach określonych w art. 94 ustawy Pzp. W ocenie Izby Zamawiający tego obowiązku nie dopełnił.*

Jak wynika z powyższego, w ramach wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 3364/22, Izba nakazała zamawiającemu zbadanie statusu przystępującego w związku z zastosowanym zastrzeżeniem, wynikającym z treści art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający dokonał badania oferty przystępującego w powyżej wskazanym zakresie, czego efektem było wezwanie z dnia 25 stycznia 2023 r., przez co wykonał czynność zgodnie z orzeczeniem Izby, jednakże co do rezultatu tego badania zamawiający nie był związany nakazem określonego zachowania. W związku z tym czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 10 lutego 2023 r. nie można było uznać za czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Tym samym Izba uznała za niezasadną argumentację podnoszoną przez zamawiającego i przystępującego, która wskazywała na brak interesu odwołującego

w związku z wniesieniem odwołania. Stanowisko w tej kwestii sprowadzało się do stwierdzenia, że odwołujący swój interes uzasadnił unieważnieniem postępowania – zgodnie z treścią uzasadnienia odwołania. Przystępujący zwrócił uwagę, że zamawiający niniejsze postępowanie wcześniej unieważnił, po uprzednim odrzuceniu oferty przystępującego. Wyrokiem KIO 3364/22 Izba uwzględniła odwołanie przystępującego i nakazała ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty przystępującego. Zamawiający unieważnił unieważnienie postępowania, zaś w wyniku powtórzonych czynności wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą. Fakt unieważnienia postępowania miał potwierdzać, że zamawiający nie ma środków na wybór którejkolwiek z innych ofert, niż przystępującego. Bowiem wszystkie pozostałe oferty znacząco przekraczają budżet. Zdaniem wnioskujących zamawiający przesądził już tę kwestię, unieważniając wcześniej postępowanie z tego powodu i nie może zwiększyć finansowania projektu, więc odwołanie zmierza do unieważnienia postępowania.

Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego i przystępującego w kontekście braku interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Po pierwsze nie można było kategorycznie założyć, że zamawiający przesądził już definitywnie brak możliwości zwiększenia kwoty na finansowanie zamówienia. Warto przypomnieć, że czynność unieważnienia postępowania została unieważniona przez zamawiającego. W ocenie składu orzekającego nie można mieć pewności, że przy kolejnej, powtórzonej już czynności zamawiający zachowa się dokładnie w taki sam sposób, ponieważ w toku postępowania mogą pojawić się okoliczności, które skłonią zamawiającego do podjęcia odmiennej decyzji. Przez co może się okazać, że jednak zamawiający będzie mógł zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty najkorzystniejszej.

Do drugie w okolicznościach przedmiotowej sprawy interesu odwołującego można było dopatrywać się w samym dążeniu do unieważnienia postępowania. W tym kontekście Izba zwróciła uwagę, że treść art. 505 ust. 1 Pzp, który w odróżnieniu do brzmienia określonego w art. 179 ust. 1 ustawy z 2004 r., nie zawiera zwrotu odnoszącego się do „danego zamówienia”, co oznacza zmianę zakresu pojęciowego przesłanki interesu w stosunku do treści analogicznego przepisu sprzed nowelizacji. Zmiana ta pozwala na szerszy zakres zastosowania środków ochrony prawnej i znajduje zastosowanie w przedmiotowej sprawie. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej *oferentowi, który wniósł skargę, przysługuje uzasadniony interes w wykluczeniu oferty wybranego wykonawcy, które może w odpowiednim razie doprowadzić do stwierdzenia, że instytucja zamawiająca nie jest w stanie dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty* (zob. podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2013 r., *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, pkt 33; a także z dnia 5 kwietnia 2016 r., *PFE*, C689/13, EU:C:2016:199, pkt 24). Wykładnię tę potwierdzają przepisy art. 2a ust. 1 i 2 dyrektywy 92/13, wyraźnie przewidujące prawo do wniesienia skargi przez

oferentów, którzy nie są ostatecznie wykluczeni, w szczególności na podjęte przez instytucje zamawiające decyzje o udzieleniu zamówienia (wyrok z dnia 11 maja 2017 r., Archus sp. z o.o., Gama J. L. przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A., ECLI:EU:C:2017:358). W stanie faktycznym niniejszej sprawy odwołujący nie został ostatecznie wykluczony z postępowania, a jego oferta nie została odrzucona, ponadto odwołujący kwestionował czynność zamawiającego dotyczącą wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, a przez wniesione odwołanie dążył do wyeliminowania oferty wybranego wykonawcy, co mogło doprowadzić do stwierdzenia przez zamawiającego, że nie będzie on w stanie dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty, co oznaczało, że miał on interes w uzyskaniu zamówienia.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną zarówno w postaci papierowej jak i w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, która została przesłana do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 27 lutego 2023 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną przez przystępującego;
- zawiadomienie o odrzuceniu oferty przystępującego i unieważnieniu postępowania z dnia 6 grudnia 2022 r.;
- wezwanie z dnia 25 stycznia 2023 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 126 i art. 128 ust. 1 Pzp;
- odpowiedź przystępującego z dnia 31 stycznia 2023 r. wraz z załącznikami na powyżej wskazane wezwanie;
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 10 lutego 2023 r.

Izba ustaliła co następuje.

W pkt 5 ppkt 1 tiret czwarte SWZ zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy zatrudniają osoby pozbawione wolności lub zwalniane z zakładów karnych (art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp) na poziomie min. 30% całkowitego zatrudnienia, mających trudności w integracji ze środowiskiem.

W pkt 6 lit. B ppkt 3 i 7 SWZ zamawiający określił, że w celu potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie ma podstaw do wykluczenia składa wraz z ofertą:

3. Oświadczenie o zatrudnieniu osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych – załącznik 9 do SWZ wraz z dokumentem potwierdzającym status przedsiębiorcy w myśl art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp;

7. Krajowy Rejestr Sądowy (KRS) lub statut prowadzonej działalności, wskazujący na możliwość zastosowania art. 95 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Przystępujący złożył wraz z ofertą m. in.: wydruk informacji CEIDG, oświadczenie na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ oraz *Regulamin pracy dla pracowników*.

W treści oświadczenie przystępujący wskazał, że:

Oświadczam, że spełniam warunki art. 94 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, i w rozumieniu wymienionego artykułu jestem ...innym wykonawcą, którego głównym celem działalności jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych ... oraz zatrudniam osoby pozbawione wolności lub zwalniane z zakładów karnych na poziomie min. 30% całkowitego zatrudnienia mających trudności w integracji ze środowiskiem.*

Liczba zatrudnionych osób spełniających ww. warunki na dzień składania oferty wynosiła.....23... osób, co stanowi ...50....% wszystkich zatrudnionych na umowę o pracę.

W dniu 6 grudnia 2022 r. zamawiający odrzucił ofertę przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp oraz unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

Na powyżej wskazane czynności przystępujący wniósł odwołanie w dniu 16 grudnia 2022 r.

W dniu 30 grudnia 2022 r. został ogłoszony wyrok w sprawie dotyczącej ww. odwołania, który został oznaczony sygn. akt KIO 3364/22. W ramach przedmiotowego orzeczenia Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu *unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, następnie nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie złożonych dokumentów potwierdzających status podmiotu określony w art. 94 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści tych dokumentów, ewentualnie zastosowanie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp celem złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających prowadzenie przez Odwołującego lub przez jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie, działalności, której głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych.*

Pismem z dnia 25 stycznia 2023 r. zamawiający m. in. zwrócił się do przystępującego, na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, do *złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających prowadzenie przez Wykonawcę lub przez jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie, działalności, której głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych.*

Ponadto w treści wezwania zamawiający wskazał:

Proszę też o potwierdzenie, że złożone wraz z ofertą JEDZ i załączniki 5, 8, 9 oraz Krajowy Rejestr Karny, Zaświadczenie z US o niezaleganiu z opłaceniem podatków lub stwierdzające stan zaległości, Zaświadczenie o niezaleganiu z opłaceniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, JEDZ, Regulamin Pracy dla Pracowników, w których posiadaniu jest Zamawiający, są aktualne i prawidłowe, zgodnie z art. 127 ust. 2 PZP.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia, pismem z dnia 31 stycznia 2023 r. Do wyjaśnień przystępujący załączył: przykładowy zakres szkoleń oraz regulamin pracy (wersja aktualna).

W dniu 10 lutego 2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp – *1. Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, 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:*

(...)

5) 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.;

- art. 16 pkt 1 i 2 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

- art. 94 ust. 2 Pzp – *2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający może żądać dokumentów lub oświadczeń potwierdzających:*

1) status wykonawcy jako zakładu pracy chronionej lub spółdzielni socjalnej lub dokumentów potwierdzających prowadzenie przez wykonawcę lub przez jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie, działalności, której głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych;

2) procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w ust. 1, zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej, spółdzielnie

sojalne lub wykonawcę lub jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie.;

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący zwrócił uwagę na trzy okoliczności, które jego zdaniem potwierdzały słuszność podniesionych zarzutów. Pierwsza okoliczność wskazywała na różnice pomiędzy regulaminem pracy złożonym przez przystępującego wraz z ofertą, a regulaminem pracy złożonym w ramach uzupełnień i wyjaśnień treści dokumentów dokonanych w dniu 31 stycznia 2023 r. Odwołujący podkreślił różnice pomiędzy oboma regulaminami zwracając uwagę na to, że regulamin złożony wraz ofertą przez przystępującego nie był opatrzony datą, a regulamin złożony w dniu 31 stycznia 2023 r. został opatrzony datą oraz wskazał, że oba regulaminy zostały podpisane przez różne osoby. Były to jedyne zastrzeżenia jakie odwołujący sformułował wobec ww. regulaminów. Odwołujący nie wyjaśnił jakie skutki dla przedmiotowej sprawy miały te zastrzeżenia oraz nie kwestionował treści tych regulaminów w kontekście spełnienia przez przystępującego wymogu określonego w art. 95 ust. 1 pkt 5 Pzp. Mówiąc wprost odwołujący, nie sformułował żadnych wniosków w związku z przywołanym porównaniem obu regulaminów. Ponadto na rozprawie przystępujący zwrócił uwagę, że w wyjaśnieniach z dnia 31 stycznia 2023 r. wskazał, że złożony wraz ofertą regulamin był nieaktualny. Aktualny regulamin pracy został załączony do pisma z dnia 31 stycznia 2023 r., przy czym przystępujący wyjaśnił również, że regulamin ten był aktualny na dzień składania ofert oraz przez cały okres postępowania. Jak wynika z treści SWZ przedmiotowy regulamin miał potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez co należało go potraktować jako dokument, o którym mowa w art. 94 ust. 2 Pzp, do którego w pełni znajduje zastosowanie art. 128 Pzp. Podstawą wezwania z dnia 25 stycznia 2023 r., którego efektem były uzupełnienia i wyjaśnienia złożone przez przystępującego w dniu 31 stycznia 2023 r. był m. in. art. 128 ust. 1 Pzp, zatem uzupełnienie regulaminu pracy przez przystępującego było prawidłowe. Dodatkowo wobec mało konkretnego stanowiska odwołującego w zakresie ww. regulaminów, skład orzekający nie znalazł powodów do zakwestionowania wyłumaczenia podanego przez przystępującego w tym zakresie w wyjaśnieniach z dnia 31 stycznia 2023, które zostały powyżej opisane.

Ostatnie dwie okoliczności podnoszone przez odwołującego skupiły się twierdzeniu, że przystępujący nie spełnił warunku z art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż:

- nie wyodrębnił jednostki organizacyjnej, której głównym celem jest integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych;
- głównym celem działalności wykonawcy nie jest integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych.

W celu rozstrzygnięcia powyższych kwestii Izba zwróciła uwagę na: to jakich dokumentów żądał zamawiający na spełnienie warunku związanego z treścią art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp, dokumenty złożone przez przystępującego w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku, treść wezwania z dnia 25 stycznia 2023 r., wyjaśnienia złożone przez przystępującego w odpowiedzi na ww. wezwanie oraz argumentację odwołującego.

Jak wynikało z treści SWZ zamawiający na potwierdzenie spełnienia wymogu dotyczącego zastrzeżenia wynikającego z treści art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp żądał złożenia: oświadczenia o zatrudnieniu osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych – sporządzonego na załączniku nr 9 do SWZ wraz z dokumentem potwierdzającym status przedsiębiorcy oraz wydruku z KRS lub statutu prowadzonej działalności.

Przystępujący złożył wraz z ofertą wymagane oświadczenie oraz regulamin pracy. Ze złożonego oświadczenia wynikało, że ma on status innego wykonawcy, którego głównym celem działalności jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych oraz zatrudnia osoby pozbawione wolności lub zwalniane z zakładów karnych na poziomie min. 30% całkowitego zatrudnienia, mających trudności w integracji ze środowiskiem. Ponadto przystępujący wskazał w przedmiotowym oświadczeniu, że liczba zatrudnionych osób spełniających ww. warunki na dzień składania oferty wynosiła 23 osoby, co stanowiło 50% wszystkich zatrudnionych na umowę o pracę. Dodatkowo należało wyjaśnić, że przystępujący prowadzi działalność gospodarczą jako osoba fizyczna, zatem nie miał możliwości złożenia wydruku informacji z KRS czy też statutu. Przystępujący złożył wydruk informacji z CEIDG.

Pismem z dnia 25 stycznia 2023 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnień. Podstawą prawną tego wezwania były art. 126 Pzp w zakresie złożenia wykazu osób i usług oraz art. 128 ust. 1 Pzp w zakresie złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających prowadzenie przez wykonawcę lub przez jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie, działalności, której głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych. Ponadto zamawiający w przedmiotowym piśmie zwrócił się z wnioskiem o potwierdzenie czy złożone przez przystępującego dokumenty, w tym oświadczenie złożone na załączniku nr 9 do SWZ są aktualne i prawidłowe. Przedmiotowe wezwanie należało potraktować jako wykonanie nakazu Izby sformułowanego w wyroku o sygn. akt KIO 3364/22.

Przystępujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 31 stycznia 2023 r. W wyjaśnieniach wskazał m. in., że prowadzi działalność gospodarczą od 1 czerwca 1996 r., a od 2003 r. w ramach prowadzonej działalności zatrudnia osoby pozbawione wolności oraz zwalniane z zakładów karnych, mających trudności w integracji ze środowiskiem. Ponadto podniósł, że jego przedsiębiorstwo składa się z 7 wyodrębnionych jednostek organizacyjnych, a przez swoją wyodrębnioną jednostkę ds. realizacji kontraktów, przez szkolenia, naukę zawodu i zatrudnienie osób pozbawionych wolności i zwalnianych z zakładów karnych tworzy zespół odpowiedzialny za realizację poszczególnych inwestycji. Podkreślał integracyjny charakter organizowanych prac oraz znaczenie prowadzenia szkoleń i nauki zawodu, w tym przede wszystkim dla pracowników – osób społecznie marginalizowanych. Jednocześnie przystępujący potwierdził aktualność i prawidłowość złożonych wraz ofertą dokumentów, w tym załącznika nr 9 do SWZ oraz załączył przykładowy zakres szkoleń i aktualny regulamin pracy.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie dopatrzyła się naruszeń przepisów wskazywanych przez odwołującego. Przystępujący stosując się do wymagań SWZ oraz odnosząc się do treści wezwania złożył oświadczenia i dokumenty, których wymagał zamawiający w wiążącej dokumentacji postępowania, natomiast odwołującemu nie udało się zakwestionować ich treści w kontekście podniesionych zarzutów. W tym miejscu skład orzekający uznał za zasadne wskazać, że argumentacja odwołującego nie została poparta żadnymi dowodami. Skupiała się wyłącznie na dążeniu do wywołania wątpliwości co do spełnienia przez przystępującego warunku związanego z zastosowanym zastrzeżeniem. Wątpliwości te pozostały gołosłowne, a odwołujący próbował niejako odwrócić zasadę rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu, przez wskazanie, że w tego typu sprawach, które dotyczą zamówień zastrzeżonych wykonawcy powinni jednoznacznie potwierdzić swój status. W części należało się zgodzić z tym twierdzeniem, ponieważ wykonawcy powinni wykazać spełnienie zastrzeżonego wymogu, jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy, skład orzekający nie znalazł podstaw do podważenia statusu przystępującego, szczególnie mając na uwadze to jakich dokumentów i wyjaśnień żądał zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia wymogu z art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp przez przystępującego oraz jakie dokumenty i oświadczenia od tego wykonawcy uzyskał.

Izba uznała za trafną argumentację zawartą w orzeczeniu oznaczonym sygn. akt KIO 3364/22, w którym wskazano, że nie można pominąć, że celem głównym zamawiającego jest wybudowanie budynku. Do tego elementu należy w ocenie Izby odnieść w jaki sposób wykonawca wykonujący roboty budowlane realizuje cel społecznej i zawodowej aktywizacji osób wykluczonych. Owszem, Pzp i dyrektywa precyzują, że cel integracyjny ma stanowić główny cel działalności wykonawcy lub jego wyodrębnionej jednostki. Absolutnie nie może być tak, że wybrany może zostać wykonawca, który ten cel realizuje niejako pobocznie, przy

okazji lub identyfikuje się z nim tylko na potrzeby danego zamówienia. Z drugiej strony realizacja tego celu integracyjnego może przebiegać w różny sposób i może ona stanowić jeden z filarów działalności danego wykonawcy, także obok działalności ukierunkowanej na zysk i polegającej choćby na wznoszeniu budynków mieszkalnych i niemieszkalnych, co nie wyklucza, że działania takie nie będą głównym celem prowadzonej działalności. Wnioskowanie jedynie na podstawie pojedynczego zapisu z otrzymanego regulaminu pracy i wywodzenie z tego fragmentu wniosków, że działalność integracyjna danego wykonawcy nie potwierdza cech podmiotowych określonych w art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp Izba uważa za nadużycie. Ponadto nawet w przypadku prowadzenia działalności gospodarczej o szeroko rozumianym profilu budowlanym w ocenie Izby możliwe jest wyodrębnienie elementu tej działalności związanego ze społeczną integracją i możliwe jest uznanie takiego celu za jeden z głównych. Główny cel nie musi oznaczać celu jedyne, nadrzędnego i budowanie budynków nie wyklucza organizowania pomocy dla osób zawodowo wykluczonych.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy Izba doszła do przekonania, że formułowane powyżej stwierdzenia okazały się trafne wobec sytuacji przystępującego, co nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania.

Ponadto odwołujący w swojej argumentacji odnosił się do wyroku z dnia 25 maja 2022 r. o sygn. akt KIO 1249/22, który miał potwierdzić jego stanowisko. Izba stwierdziła, że ww. orzeczenie nie potwierdziło argumentacji odwołującego. W powyżej wskazanej sprawie oferta wykonawcy, który prowadził działalność w formie kapitałowej spółki prawa handlowego została odrzucona, ponieważ nie wylegitymował się on prowadzeniem działalności gospodarczej głównie nastawionej na integrację społeczną i zawodową osób marginalizowanych i nie przedstawił środków dowodowych, które jednoznacznie by na to wskazywały. W treści uzasadnienia orzeczenia Izba stwierdziła m. in., że działalność społeczna tego wykonawcy w formie wyodrębnionej organizacyjnie jednostki powinna znaleźć odzwierciedlenie w odpowiednim wpisie w KRS, skoro posiada wszystkie atrybuty oddziału spółki. Nieujawnienie tej jednostki w KRS przesądziło o braku rzeczywistego wyodrębnienia organizacyjnego i samodzielności danej jednostki, zgodnie z wymogiem art. 94 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Tym samym ww. orzeczenie zapadło w stanie faktycznym, który znacznie odbiegał od stanu faktycznego ustalonego w przedmiotowej sprawie. Różnica dotyczyła przede wszystkim formy prowadzenia działalności gospodarczej przez wykonawcę. Odwołujący w sprawie KIO 1249/22 prowadził działalność w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i wyjaśniał, że posiada wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę zajmującą się zadaniami inwestycyjnymi przy udziale osób społecznie marginalizowanych, w szczególności osób pozbawionych wolności i zwalnianych z zakładów karnych, która została utworzona uchwałą zarządu spółki oraz uchwałą zarządu spółki nadano także regulamin tej jednostce. Izba uznała w tamtej

sprawie, że ww. informacje nie zostały ujawnione w KRS, zatem nie mogło być mowy o rzeczywistym wyodrębnieniu organizacyjnym i samodzielności tej jednostki. W przedmiotowej sprawie przystępujący prowadził działalność gospodarczą jako osoba fizyczna oraz potwierdzał swój status na potrzeby postępowania innymi dokumentami niż mogła to robić spółka kapitałowa. W związku z powyższym, również w tym zakresie argumentacja odwołującego okazała się niezasadna.

Reasumując skład orzekający uznał, że żaden z podniesionych w odwołaniu zarzutów nie znalazł potwierdzenia. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonej na rozprawie faktury.

Przewodniczący:

.....

.....