

Sygn. akt: KIO 3364/22

**WYROK**  
**z dnia 30 grudnia 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 grudnia 2022 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 grudnia 2022 roku** przez wykonawcę **J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. C. Firma Usługowa „EKOREMBUD” z siedzibą w Łabowej** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zakład Karny w Tarnowie z siedzibą w Tarnowie**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje 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;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Zakład Karny w Tarnowie z siedzibą w Tarnowie** w następujący sposób:
  - a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - J. C. prowadzącego**

**działalność gospodarczą pod nazwą J. C. Firma Usługowa „EKOREMBUD” z siedzibą w Łabowej** tytułem wpisu odwołania,

b. zasądza od **Zamawiającego – Zakładu Karnego w Tarnowie z siedzibą w Tarnowie** na rzecz **Odwołującego - J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. C. Firma Usługowa „EKOREMBUD” z siedzibą w Łabowej** - kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześćset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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 Tarnowie z siedzibą w Tarnowie, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Budowa pawilonu zakwaterowania osadzonych w Oddziale Zewnętrznym w Tarnowie-Mościcach Zakładu Karnego w Tarnowie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.09.2022r. pod nr 2022/S 187-528108.

Dnia 16 grudnia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w prowadzonym postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710), dalej jako: „ustawa Pzp”, odwołanie złożył Wykonawca – J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. C. Firma Usługowa "EKOREMBUD" z siedzibą w Łabowej (dalej jako: „Odwołujący”, „EKOREMBUD”).

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postaci:

- odrzucenia oferty EKOREMBUD,
- zaniechania wezwania EKOREMBUD do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów i zaniechania wezwania EKOREMBUD złożenia wyjaśnień treści dokumentów,
- czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, że prowadząc postępowanie naruszył następujące przepisy:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 94 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 94 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty EKOREMBUD, pomimo że nie zachodzi przesłanka odrzucenia oferty określona w tym przepisie, a czynność odrzucenia jest bezpodstawną, ponieważ Zamawiający zaniechał dokonania obligatoryjnej czynności wezwania EKOREMBUD do 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, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp oraz Zamawiający zaniechał wezwania EKOREMBUD do złożenia wyjaśnień treści dokumentów – Regulaminu pracy pracowników, złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą;
- 2) art. 255 pkt 3) ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo, że cena oferty EKOREMBUD, która jest ofertą najkorzystniejszą i nie podlega odrzuceniu nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,

zaś czynność unieważnienia postępowania w związku z bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego jest, w konsekwencji, również bezpodstawna;

3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty EKOREMBUD,
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty EKOREMBUD,
- 4) nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści Regulaminu pracy dla pracowników lub nakazanie Zamawiającemu wezwania EKOREMBUD do 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, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp,
- 5) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący podkreślił, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Ponadto oferta Odwołującego plasuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert i jako jedyna mieści się w budżecie Zamawiającego, przy czym jest od niego niższa o 2.261.359,00 zł. Istnieje także możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego. Szkada ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, ponieważ informację o odrzuceniu oferty Odwołujący otrzymał w dniu 6.12.2022r. Wpis od odwołania w kwocie 20.000 złotych został uiszczony przelewem na rachunek bankowy UZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano, że Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty, w której poinformował, że odrzuca jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp ze względu na niespełnianie przez EKOREMBUD warunków udziału w postępowaniu. Decyzję tę umotywował w następujący sposób: *„Oferta złożona przez wykonawcę – Firmę Usługową „EKO-REM-BUD” J. C., zgodnie z art. 226 ust. 1 p. 2 lit. b nie spełnia warunku udziału w postępowaniu opisanego w art. 94 ust. 1 p. 5 ustawy i podlega odrzuceniu. W myśl art. 94 ust. 1 p. 5 PZP głównym*

*celem działalności wykonawcy winna być 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, 472, 1236 i 2054 oraz z 2022 r. poz. 22 i 655), mających trudności w integracji ze środowiskiem. Cel ten u Wykonawcy Firma Usługowa „EKO-REM-BUD” J. C. jest realizowany jedynie „między innymi”, na co wskazuje złożona wraz z ofertą dokumentacja (statut). W efekcie wyklucza to możliwość przyjęcia, że wykonawca ten spełnia spełnienie warunku zgodnie z Ustawą”.*

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego zupełnie pomija okoliczność, że Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia, poprawienia czy uzupełniania 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. Odwołujący w celu wykazania spełnienia wymagania z art. 94 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp złożył Regulamin pracy pracowników („Regulamin”). Tymczasem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje w tym zakresie obowiązek Zamawiającego a nie uprawnienie, co powoduje, że Zamawiający nie może dokonać odrzucenia oferty, bez wyczerpania procedury w tym przepisie opisanej. Zgodnie z treścią tego przepisu: *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie [...]”*. Skoro Zamawiający uznaje, że Regulamin jest niekompletny czy też zawiera błędy, to winien zastosować art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Sam Zamawiający dokumenty te (dotyczące statusu wykonawcy zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp potraktował jako dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z rozdz. 6 lit. B) pkt 7 (str. 4 SWZ). W konsekwencji, winien był wezwać do złożenia, poprawienia lub uzupełniania dokumentów, jeśli uważał, że Regulamin nie potwierdza spełniania postawionego przez niego warunku. Podstawą prawną do żądania tego typu dokumentów przez zamawiających jest art. 94 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, który przewiduje, że zamawiający może żądać dokumentów lub oświadczeń potwierdzających 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. Niewątpliwie zatem dokumenty te stanowią dokumenty składane w postępowaniu, a o takich dokumentach także stanowi art. 128 ust. 1 ustawy Pzp,

co powoduje, że podlegają one złożeniu, poprawieniu lub uzupełnieniu w myśl dyspozycji tego przepisu.

Powyższe tezy potwierdza choćby Komentarz Urzędu Zamówień Publicznych do art. 94 ustawy Pzp pod redakcją Huberta Nowaka Mateusza Winiarza: *„Natomiast do dokumentów wskazanych w art. 94 ust. 2 Pzp, niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z zamówieniem o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, czy mniejszej niż progi unijne, w pełni znajduje zastosowanie art. 128 Pzp, zgodnie z którym „jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie”*. Ofertę wykonawcy, który nie zastosował się do wezwania lub w przypadku którego przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków zamówienia zastrzeżonego, należy odrzucić odpowiednio na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c lub art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W takim przypadku zamawiający powinien wezwać do złożenia dokumentów następnego w kolejności wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej.

Fakt, że dokumenty wpisują się w kategorię „innych dokumentów składanych w postępowaniu” potwierdza także regulacja § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 roku, poz. 2452), zgodnie z którym w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zwane dalej „dokumentami potwierdzającymi umocowanie do reprezentowania”, zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami” jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

Niezależnie od kwestii zaniechania wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów, ocena przez Zamawiającego złożonego przez Odwołującego Regulaminu jest nadmierna i nieuzasadniona. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający oparł się tylko i wyłącznie na fragmencie tego dokumentu, który stanowi, że *„głównym celem*

*jest między innymi społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, w szczególności osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie Kodeks karny wykonawczy, mających trudności w integracji ze środowiskiem*". Stanowisko Zamawiającego pomija szereg istotnych okoliczności:

- 1) dokument złożony przez EKOREMBUD, do którego odnosi się Zamawiający to nie „statut” (jak twierdzi Zamawiający w uzasadnieniu decyzji), ale regulamin pracy. Cel istnienia dokumentu, jak regulamin pracy jest powszechnie znany, a Zamawiający dokonując interpretacji tego dokumentu zdaje się stracić z pola widzenia ten cel;
- 2) w Regulaminie opisano tylko i wyłącznie jeden cel działalności – właśnie ten, o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Cel ten został wskazany w regulaminie kilkakrotnie (§ 4 ust. 3, § 5 ust. 1 lit. g). Dokument ten nie wskazuje, ani nie opisuje jakichkolwiek innych celów;
- 3) w Regulaminie wskazano także na sposób realizacji głównego celu, o którym mowa powyżej (§ 5 ust. 3 i 4), przy czym w stosunku do żadnego innego celu nie określono sposobu jego realizacji.

W ocenie Odwołującego analiza treści Regulamin wskazuje, że cel, o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp został w sposób szczególny potraktowany w Regulaminie, jako jedyny został zdefiniowany, a nawet opisano zarys realizacji tego celu. Rzeczywiście jedyna wątpliwość jaka może się pojawić to okoliczność, że użyto przy określaniu celu sformułowania „między innymi”. W świetle opisanych okoliczności wystarczającym byłoby nawet wezwanie EKOREMBUD do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest zatem z formalnego punktu widzenia przedwczesna, w związku z zaniechaniem wezwania EKOREMBUD do 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, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Ewentualnie Zamawiający powinien wezwać EKOREMBUD do złożenia wyjaśnień treści Regulaminu złożonego wraz z ofertą.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 255 pkt 3) ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że cena oferty EKOREMBUD, która jest ofertą najkorzystniejszą nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zaś czynność unieważnienia postępowania w związku z bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego, również jest bezpodstawna. Zamawiający byłby ewentualnie uprawniony do

unieważnienia postępowania dopiero po wyczerpaniu procedury wyjaśnień czy procedury wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów, czego zaniechał.

Zgodnie z art. 555 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 28.06.2021, KIO 1258/21).

Zarzut jest natomiast oparty o podane przez Zamawiającego uzasadnienie kwestionowanej decyzji, które jest bardzo ogólne. Nie można wymagać bowiem od wykonawcy, aby odwoływał się od decyzji, dla której uzasadnienia mu nie podano. Innymi słowy podane wykonawcy przez zamawiającego uzasadnienie, zwłaszcza faktyczne, konstytuuje czynność podjętą przez zamawiającego względem wykonawcy, który może i musi ją zwalczać wyłącznie w zakresie okoliczności, które legły u jej podstaw i zostały mu zakomunikowane. Oczywiście jest bowiem, że zastosowanie danej podstawy prawnej wykluczenia mogą uzasadniać różnorodne okoliczności faktyczne. Zatem nie tylko wskazany przepis, ale przede wszystkim skonkretyzowane okoliczności faktyczne uzasadniające jego zastosowanie, wyznaczają czynność podjętą przez zamawiającego, a w konsekwencji – jeżeli wykonawca odwoła się od niej – zakres kognicji Izby (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 16.08.2017r., KIO 1581/17).

Przepis art. 555 ustawy Pzp jest odpowiednikiem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp z 2004r., co do którego to przepisu ukształtowała się jednolita linia orzecznicza, że ma on podwójne znaczenie - nie tylko chroni zamawiającego przed podnoszeniem na rozprawie przez wykonawcę nowych zarzutów, które nie znalazły się w odwołaniu, oraz stanowi przeszkodę merytorycznego rozpoznania zasadności podjęcia przez zamawiającego decyzji z powodów nieznanymi wykonawcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8.06.2017, KIO 1034/17 dotyczący odrzucenia oferty). Warto wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 27.07.2021, KIO 1672/21: *„Zamawiający nie może zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. Sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez zamawiającego,*



*po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych”.*

Z tych względów Odwołujący uważa odwołanie za zasadne.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Unieważnienie całego postępowania i odrzucenie oferty Odwołującego, której cena mieści się w budżecie Zamawiającego, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, której wnosił o jego oddalenie.

Biorąc pod uwagę poczynione przez Izbę ustalenia dokonane na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i złożonego materiału dowodowego uznano, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 94 ust. 1 ustawy Pzp, 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:

- 1) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1172, 1495, 1696 i 1818),
- 2) bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1482, 1622 i 1818),
- 3) osób poszukujących pracy, niepozostających w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
- 4) osób usamodzielnianych, o których mowa w art. 140 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1111, 924 i 1818),
- 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 2019 r. poz. 676, 679 i 1694), mających trudności w integracji ze środowiskiem,
- 6) osób z zaburzeniami psychicznymi w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1878 oraz z 2019 r. poz. 730 i 1690),
- 7) osób bezdomnych w rozumieniu ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1507, 1622, 1690 i 1818),
- 8) 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 2019 r. poz. 1666),
- 9) osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia,
- 10) 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 2017 r. poz. 823)

– 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.

W myśl ust. 2 przepisu, 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 socjalne lub wykonawcę lub jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie.

Przywołany przepis jest rezultatem implementacji do polskiej ustawy regulującej zamówienia publiczne Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE. W myśl 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.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający skorzystał z możliwości wprowadzenia warunku, zgodnie z którym wymagał zatrudnienia minimum 30% osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych. Zamawiający wymagał także, aby wszelkie prace fizyczne związane z wykonywaniem wszystkich robót objętych zamówieniem, których wykonywanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 par. 1 kodeksu pracy, były wykonywane przez osoby zatrudnione przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę. Obowiązek nie dotyczył osób wskazanych do pełnienia stanowisk nadzoru.

W celu potwierdzenia spełnienia warunku zatrudnienia osób osadzonych lub zwalnianych Wykonawcy mieli złożyć oświadczenie zgodnie z wzorem przygotowanym przez Zamawiającego i KRS lub statut prowadzonej działalności potwierdzający spełnianie przesłanek określonych w art. 94 ustawy Pzp.

Odwołujący złożył wraz z ofertą Regulamin pracy. Z postanowień tego dokumentu wynika, że przedsiębiorstwo prowadzi działalność związaną ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych, gdzie głównym celem jest między innymi społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, w szczególności pozbawionych wolności i zwalnianych z zakładów karnych, mających trudności w integracji ze środowiskiem. W par. 5 ust. 2 do 5 Regulaminu podano, że kierownicy jednostek organizacyjnych podlegają pracodawcy i wykonują jego polecenia. Przedsiębiorstwo przez swoją wyodrębnioną jednostkę ds. realizacji kontraktów, przez szkolenia, naukę zawodu

i zatrudnienie osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych realizuje cel ich społecznej i zawodowej integracji, tworząc zespół odpowiedzialny za realizację poszczególnych inwestycji. Za zatrudnienie osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych odpowiedzialna jest jednostka administracji kadrowej. Jednostka logistyki i transportu zapewnia dowóz osób pozbawionych wolności z zakładu karnego do miejsca pracy i z powrotem.

Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako złożonej przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że cel określony w art. 94 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest w działalności Wykonawcy realizowany jedynie „między innymi”, na co wskazuje złożony wraz z ofertą dokument. W efekcie wyklucza to możliwość przyjęcia, że wykonawca spełnia warunek zgodnie z ustawą Pzp.

W pierwszej kolejności Izba pragnie podkreślić, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego uznać należy za nader ubogie treściowo. Z podanej informacji w rzeczywistości nie wynika, dlaczego Zamawiający uznał przedstawione mu dokumenty za niewystarczające lub nieodpowiednie dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Poza enigmatycznym stwierdzeniem o celu prowadzenia działalności Informacja o odrzuceniu oferty nie niesie ze sobą żadnej innej argumentacji merytorycznej uzasadnienia decyzji. Już tylko z tego powodu konieczne byłoby uwzględnienie odwołania. Odwołujący nie musi domyślać się jakie motywy, argumenty kierowały Zamawiającym, który dokonuje eliminacji oferty z postępowania. Okoliczności te powinny być jasno podane Wykonawcy w uzasadnieniu faktycznym, którego w przedmiotowej sprawie zabrakło. Jest to o tyle istotne, że na podstawie przekazanego zasobu informacji Wykonawca buduje zarzuty i decyduje o korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Tym bardziej w tym aspekcie, nie jest rolą wykonawcy dywagować jakie cele przyświecały Zamawiającemu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił dopiero bardziej rozbudowaną argumentację, odwoływał się do informacji pozyskanych ze strony internetowej Wykonawcy, dokonywał analizy postanowień otrzymanego do Odwołującego Regulaminu pracy. Takie elementy powinna zawierać, jeżeli Zamawiający się nimi kierował, informacja o odrzuceniu oferty. Jednocześnie Zamawiający w piśmie procesowym wyraził szereg wątpliwości, które w ocenie Izby można było wyjaśnić z Wykonawcą w postępowaniu przy zastosowaniu

regulacji art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Jeżeli Zamawiający kwestionuje aktualność i poprawność przedstawionego regulaminu pracy, to przez skierowanie wezwania o wyjaśnienia do wykonawcy, takie wątpliwości można rozjaśnić. Zamawiający powinien również w ocenie Izby wyjaśnić z Wykonawcą inne zapisy Regulaminu, na które wskazywano na rozprawie. Główne wątpliwości u Zamawiającego związane są z brzmieniem par. 4 owego Regulaminu, w którym znajduje się odniesienie do celu prowadzenia działalności gospodarczej, który określono jako wznoszenie budynków mieszkalnych i niemieszkalnych, gdzie głównym celem jest między innymi społeczna i zawodowa integracja osób marginalizowanych. Jeżeli zapisy te nie są jasne, wystarczające w ocenie Zamawiającego i nie dowodzą potwierdzenia statusu jednostki spełniającej wymogi określone w art. 94 ustawy Pzp, to Zamawiający w wezwaniu może te elementy skorygować.

Następnie, badając otrzymane dokumenty, które sam Zamawiający uznał za podmiotowe środki dowodowe i określił ich zakres, przypomnieć należy, iż zastosowanie znajduje także art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, na co celnie zwrócono uwagę w odwołaniu. Jeżeli podmiotowe środki dowodowe zawierają błędy, są niekompletne lub nie zostały złożone, obowiązkiem Zamawiającego jest zastosowanie przywołanej regulacji. Tymczasem Zamawiający uznał, że przepis ten z bliżej nieokreślonych przyczyn nie może znaleźć zastosowania do oferty i dokumentów Odwołującego i dokonał od razu eliminacji oferty z postępowania. Takie działanie Izba uważa za nieprawidłowe. Tym bardziej jest to znaczące, jeżeli de facto Zamawiający nie określił w SWZ jakie dokumenty uzna za prawidłowe i potwierdzające statut danej jednostki. Zamawiający w ogóle pominął przy ustaleniu kręgu dokumentów podmiotowych możliwość złożenia oferty przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą na podstawie wpisu do ewidencji gospodarczej. Takie podmioty ani nie posiadają KRS, ani nie muszą posiadać statutow, czego Zamawiający nie wziął pod uwagę.

W ocenie Izby dostrzeżenia także wymaga w przedmiotowej sprawie odwoławczej specyfika ustalonego warunku udziału do realizowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie umiał na pytanie Izby odpowiedzieć w jaki sposób wyobrażał sobie potwierdzenie spełnienia ustalonego warunku udziału związanego z statusem podmiotowym wykonawcy w zestawieniu z realizacją przedmiotu zamówienia mającego za cel wybudowanie budynku. Izba absolutnie nie przeczy, iż celem wynikającym z regulacji art. 94 ustawy Pzp jest aktywizacja zawodowa osób społecznie i zawodowo defaworyzowanych. Cel ten niewątpliwie winien być realizowany w ramach prowadzonej działalności przez wykonawcę zainteresowanego przedmiotem zamówienia, który uzyskać chce Zamawiający. Nie można jednak pominąć, że właśnie 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, ustawa 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 ustawy Pzp Izba uważa za nadużycie ze strony Zamawiającego. Zdaniem Izby Zamawiający w ogóle nie poddał analizie sytuacji podmiotowej Odwołującego, z góry założył, że podmiot prowadzący komercyjną działalność gospodarczą nie spełnia przesłanek ustawowych, czego tylko na podstawie jednego zapisu z regulaminu pracy nie sposób ustalić.

Zdaniem Izby nie są uprawnione uogólnione tezy, z których wynika, że samo zatrudnienie osób osadzonych lub opuszczających zakład karny jest niewystarczające. Zamawiający pominął całkowicie w decyzji o odrzuceniu kwestie wynikające ze złożonego mu regulaminu pracy, a mówiące o prowadzeniu szkoleń lub nauce zawodu. Nie są więc uprawnione twierdzenia, że jedynym aktywnym przejawem działania Odwołującego jest zatrudnienie osób marginalizowanych. Zamawiający nie zbadał, czy owo zatrudnienie jest podejmowane doraźnie, związane jest tylko z tym zamówieniem, czy może Odwołujący już od lat w ten sposób pomaga osobom skazanym lub opuszczającym zakład karny oferując im pracę, szkolenia, naukę zawodu. Nawet bowiem 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. Nie jest też niczym nadzwyczajnym, w ocenie Izby, że informacje te nie wynikają ze strony internetowej Odwołującego. Celnie argumentowano na rozprawie, że strona internetowa to wizytówka wykonawcy, skierowana raczej do partnerów biznesowych, a Odwołujący nie jest fundacją, by musiał wskazywać na stronie w jakich dziedzinach udziela pomocy.

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. Z tego powodu Izba uwzględniła odwołania i nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, jako czynności będącej konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego. Izba nakazała również unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Następnie Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwania 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.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego.

**Przewodniczący:**

.....