Sygn. akt: KIO 1245/21

WYROK
z dnia 2 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 2 czerwca 2021 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2021 roku przez wykonawcę **Spółdzielnia Socjalna Zakład Wielobranżowy Pomoc w Gorzowie Wielkopolskim**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto Gorzów Wielkopolski – Dom Pomocy Społecznej Nr 2 z filią „Dom w Połowie Drogi" w Gorzowie Wielkopolskim**
przy udziale wykonawcy **I. A.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego,**

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Miastu Gorzów Wielkopolski – Domowi Pomocy Społecznej Nr 2 z filią „Dom w Połowie Drogi" w Gorzowie Wielkopolskim**– unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty I. A. i dokonanie ponownej oceny ofert;
2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Miasto Gorzów Wielkopolski – Dom Pomocy Społecznej Nr 2 z filią „Dom w Połowie Drogi" w Gorzowie Wielkopolskim** i:
2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Spółdzielnia Socjalna Zakład Wielobranżowy Pomoc w Gorzowie Wielkopolskim** tytułem wpisu od odwołania,
2.2 zasądza od zamawiającego - **Miasta Gorzów Wielkopolski – Domu Pomocy Społecznej Nr 2 z filią „Dom w Połowie Drogi" w Gorzowie Wielkopolskim** na rzecz wykonawcy **Spółdzielnia Socjalna Zakład Wielobranżowy Pomoc w Gorzowie Wielkopolskim**kwotę **12 287 zł 64 gr** (słownie: dwanaście tysięcy dwieście osiemdziesiąt siedem złotych sześćdziesiąt cztery grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika dojazdu na posiedzenie Izby i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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

Sygn. akt: KIO 1245/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Gorzów Wielkopolski – Dom Pomocy Społecznej Nr 2 z filią „Dom w Połowie Drogi" – prowadz postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest przygotowanie i dostarczanie posiłków do Domu Pomocy Społecznej Nr 2 z filią „Dom w Połowie Drogi w Gorzowie Wlkp.
Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.
W dniu 26 kwietnia 2021 roku przez wykonawca Spółdzielnia Socjalna Zakład Wielobranżowy Pomoc w Gorzowie Wielkopolskim (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań przez zamawiającego czynności, do której był on obowiązany z mocy ustawy:
1.zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy I. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A. (dalej także: przystępujący)
2.dokonaniu wyboru oferty wykonawcy I. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A. jako najkorzystniejszej oferty,
3.zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty,
ewentualnie:
4.dokonaniu oceny oferty wykonawcy I. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A., w sposób niezgodny ze specyfikacją warunków zamówienia (s.w.z.),
5.dokonaniu wyboru oferty wykonawcy I. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A. jako najkorzystniejszej oferty,
6.zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty,
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 94 ustawy P.z.p. ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 95 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy I. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A. pomimo, iż wykonawca ten nie spełniał warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 94 ustawy P.z.p.;
2.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy I. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A., gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
3.art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 94 ustawy P.z.p. poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy I. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A., który to wykonawca nie spełniał warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 94 ustawy P.z.p. i nie mógł złożyć oferty w tym postępowaniu, i w związku z tym jego oferta winna zostać odrzucona,
4.art. 17 ust. 2 w zw. z art. 94 ustawy P.z.p. poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy I. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A., który podlegał wykluczeniu z postępowania, bowiem nie spełniał warunków określonych w art. 94 ustawy P.z.p. i nie mógł złożyć oferty w tym postępowaniu, a jego oferta winna zostać odrzucona,
5.art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 94 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż odwołujący spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu, w tym określone w art. 94 ustawy P.z.p. a oferta odwołującego była ofertą najkorzystniejszą i gdyby zamawiający dokonał zgodnego z prawem odrzucenia oferty wykonawcy I. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A., to oferta odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą,

ewentualnie:
6.art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 94 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż odwołujący spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu, w tym określone w art. 94 ustawy P.z.p., a oferta odwołującego była ofertą najkorzystniejszą, gdyż uzyskała łącznie 88 punktów i gdyby zamawiający dokonał zgodnej z prawem oceny oferty wykonawcy I. A.a prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A., to jego oferta otrzymałaby łącznie 80 punktów, tym samym oferta odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1.dokonanie czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawcy I. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A. oraz odrzucenie oferty ww. wykonawcy,
2.powtórzenie badania ofert i oceny ofert i wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
ewentualnie:
3.dokonanie czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawcy I. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A.,
4.powtórzenie badania ofert i oceny ofert i dokonanie prawidłowej oceny oferty wykonawcy I. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A. poprzez przyznanie mu w Kryterium 2 – Wskaźnik zatrudnienia tzw. „Grup Społecznie Marginalizowanych" punktacji w wysokości 20 punktów, zaś łącznie 80 punktów, i w konsekwencji wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.
W odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 maja 2021 roku zamawiający wniósł o:
1.oddalenie odwołania w całości,
2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w uzasadnieniu odpowiedzi na okoliczność wykazania, że wykonawca I. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A. spełniał warunki udziału w niniejszym postępowaniu i w związku z tym jego oferta nie mogła być odrzucona przez zamawiającego, na okoliczność wykazania, że wykonawca I. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A. złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu i zamawiający prawidłowo dokonał wyboru jego oferty jako wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu, który złożył najkorzystniejsza ofertę,
3.zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.
Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca I. A. . Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.
Izba ustaliła, co następuje:
W Ogłoszeniu o zamówieniu - w Sekcji II- informacje podstawowe w pkt 2.11 zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, o których mowa w art. 94 ustawy P.z.p..
W specyfikacji warunków zamówienia zamawiający zaznaczył w Rozdziale IV — Opis przedmiotu zamówienia w pkt 26, że wykonawca oświadcza, że jego głównym celem lub głównym celem jego wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które realizują zamówienie jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych i że wskaźnik zatrudnienia tych osób jest nie mniejszy niż 30% osób zatrudnionych u wykonawcy.
W specyfikacji warunków zamówienia w Rozdziale XX Kryteria Oceny Ofert pkt 2 Kryterium 2 – Wskaźnik zatrudnienia tzw. „Grup Społecznie Marginalizowanych" zamawiający wskazał, że do wyliczenia kryterium wskaźnika zatrudnionych przez wykonawcę osób z tzw. „Grup Społecznie Marginalizowanych" przyjmie:
a)powyżej 30% do 50% - 10 pkt,
b)od 51% do 70% - 20 pkt,
c)powyżej – 70% - 40 pkt.
Termin składania ofert ustalony został na dzień 14 kwietnia 2021 roku.
Do postępowania o udzielenie zamówienia przystąpił wykonawca I. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa I. A. . Przystępujący prowadzi działalność gospodarczą od dnia 23 listopada 2011 r. w formie jednoosobowej działalności gospodarczej w zakresie przewozu indywidualnych pasażerów (TAXI). W dniu 1 grudnia 2017 r. zmienił główną działalność na działalność gastronomiczną (PKD 5610A- Restauracje i inne stałe placówki gastronomiczne). W dniu 17 grudnia 2017 r. dokonał zmiany nazwy firmy na obecną. Jego główna działalność polega na świadczeniu usług sklasyfikowanych pod nr PKD 5610A- Restauracje i inne stałe placówki gastronomiczne, 55.20.Z - Obiekty noclegowe turystyczne i miejsca krótkotrwałego zakwaterowania oraz PKD 49.32.Z - Działalność taksówek osobowych.
Przystępujący w swojej ofercie wskazał wskaźnik zatrudnienia osób tzw. „grup społecznie marginalizowanych" w wysokości 70%. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. w dniu 15.04.2021 r. o godz. 14:27 (czwartek) wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów/oświadczeń poprzez przedłożenie dokumentu potwierdzającego jego status jako zakładu pracy chronionej lub spółdzielni socjalnej lub dokumentów potwierdzających prowadzenie przez wykonawcę działalności, której głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób marginalizowanych oraz dokumentu potwierdzającego, że procentowy wskaźnik zatrudnienia jest nie mniejszy niż 30% osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 94 ust. 1 ustawy P.z.p. Jednocześnie w wezwaniu zamawiający zakreślił termin na uzupełnienie wskazanych dokumentów do dnia 16.04.2021 r. do godz. 13:00 (piątek).
Przystępujący zwrócił się do Zamawiającego o wydłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów do dnia 20.04.2021 r. Zamawiający przedłużył termin do dnia 19.04.2021 r. do godz. 14:00 (poniedziałek).
W zakreślonym terminie tj. 19.04.2021 r. przystępujący złożył odpowiedź na wezwanie zamawiającego, w której oświadczył, że jest wykonawcą, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, nie ma jednak dokumentu potwierdzającego ten fakt, gdyż zarówno w polskim, jak i europejskim prawie, brak jest definicji takiego wykonawcy. Wskazał, iż ogólnie przyjęto, że jest to podmiot, którego działalność ma cele społeczne, a ich zadaniem jest maksymalizowanie korzyści społecznych. Wykonawca oświadczył, że w jego firmie na dzień 14.042021 r. (ostatni dzień składania ofert) zatrudnionych było i jest 7 osób, z czego 5 to osoby bezrobotne, które były bezrobotne w rozumieniu ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Celem zatrudnienia tych osób przy realizacji zamówienia jest pomoc tym osobom, które znalazły się w niekorzystnej sytuacji. Dodał, że poprzez zatrudnienie tych osób, które są społecznie marginalizowane, wspiera ich zawodową i społeczną integrację. Ponadto przedstawił wykaz osób zatrudnionych w jego firmie w oparciu o umowy o pracę, które również załączył jako dowód w sprawie. Oświadczył też, że wskaźnik zatrudnienia osób społecznie marginalizowanych na dzień 14.04.2021 r. wynosi 71%.
Izba ustaliła, że przystępujący wykazał, że w dniu 13 kwietnia 2021 roku zatrudnił 5 osób bezrobotnych.
Zamawiający pismem z dnia 19 kwietnia 2021 roku poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty

przystępującego,
Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji o udzielenie zamówienia publicznego, w tym: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty przystępującego, wydruku z CIDG przystępującego, korespondencji zamawiającego z przystępującym, wykazu osób zatrudnionych u przystępującego, decyzji o utracie statusu osoby bezrobotnej, umów o pracę, danych osób ubezpieczonych.
Izba zważyła, co następuje:
Odwołanie jest zasadne.
W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.
Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wziąć udział mogli jedynie wykonawcy, o których mowa w art. 94 ustawy P.z.p.
Zgodnie z art. 94 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 znajdującej 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, 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.
Wskazany wyżej 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.
Przepis umożliwia zamawiającym zastrzeżenie prawa udziału w postępowaniu wyłącznie dla podmiotów realizujących cel integracyjny, określa warunki, które muszą spełniać wykonawcy w celu zakwalifikowania ich do kręgu podmiotów uprawnionych do ubiegania się o zamówienie zastrzeżone, oraz katalog środków dowodowych, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy w celu wykazania spełniania tych warunków.
Przystępujący swoje uprawnienie do udziału w przedmiotowym zamówieniu uzasadniał statusem innego wykonawcy (innego niż zakład pracy chronionej czy spółdzielnia socjalna), którego głównym celem lub głównym celem działalności jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie zmarginalizowanych. Status ten przystępujący miał uzyskać wyłącznie poprzez zatrudnienie, na dzień przed terminem składania ofert, 5 osób bezrobotnych.
W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że jest podmiotem, o którym mowa w art. 94 ust. 1 ustawy P.z.p. Przystępujący, zatrudniając na dzień przed terminem składania ofert osoby bezrobotne, wykreował sytuację, która – w jego przekonaniu – kwalifikowała go do uznania, iż jest on wykonawcą w rozumieniu wskazanego przepisu. Bezsporne pomiędzy stronami był fakt, że przystępujący od wielu lat prowadzi działalność gospodarczą nastawioną na zysk i głównym celem jego działalności nie jest społeczna i zawodowa integracja osób, o jakich mowa w tym przepisie.
Izba wskazuje, że na podstawie wskazanego przepisu, do ubiegania się o zamówienia zastrzeżone uprawnieni są wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych. Należy przy

tym zwrócić uwagę, iż w odniesieniu do celu integracyjnego przepis precyzuje, że ma on stanowić główny cel działalności wykonawcy lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie. Oznacza to, że nie musi to być jedyny cel działalności wykonawcy, ale działalność ukierunkowana na realizację celu integracyjnego musi być głównym obszarem jego działania. Jednocześnie należy podkreślić, że dla spełnienia tego warunku nie będzie wystarczające samo zatrudnianie osób marginalizowanych, w szczególności jeśli osoby te zostały zatrudnione jedynie na potrzeby ubiegania się o zamówienie. Mimo że zatrudnienie jest jednym ze sposobów służących integracji społecznej i zawodowej osób marginalizowanych, sam fakt ich zatrudniania nie świadczy jeszcze, że głównym celem działalności danego wykonawcy są działania integracyjne prowadzone na rzecz takich osób. Tym bardziej nie świadczy o tym zatrudnienie osób marginalizowanych jedynie na potrzeby danego zamówienia, które wskazywałoby raczej na to, że tego rodzaju kroki wykonawca podejmuje jedynie doraźnie, chcąc uzyskać zamówienie, a nie że jest to główny przedmiot jego działalności. Z uwagi na fakt, że przepis art. 94 ustawy P.z.p. umożliwia zastrzeżenie prawa udziału w postępowaniu dla wykonawców o określonym profilu działalności, aby móc ubiegać się o takie zamówienie, wykonawca powinien być w stanie wykazać zamawiającemu, że jego działalność ukierunkowana jest głównie na integrację społeczną i zawodową osób marginalizowanych (tak: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Warszawa 2021 str. 313).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 16 maja 2017 roku sygn. akt KIO 831/17, wyrok z dnia 6 kwietnia 2017 roku sygn. akt KIO 560/17, 564/17. W ocenie Izby wyroki te nie są adekwatne do aktualnego stanu prawnego. Izba wskazuje, że aktualnie obowiązująca ustawa P.z.p. reguluje status podmiotów ubiegających się o zamówienia zastrzeżone inaczej niż czyniła to ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), pod której rządami zostały wydane przywołane wyroki. Aktualna ustawa wymaga bowiem, by społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych była głównym celem działalności wykonawcy. Poprzednia ustawa w art. 22 ust. 2 stawiała jedynie wymóg realizowania takiej integracji, bez wskazania na jej znaczenie w działalności wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu zamawiającego, wskazanego w odpowiedzi na odwołanie, iż niezrozumiały jest dla niego zarzut naruszenia art. 226 ust.2 pkt 5 w zw. z art. 95 ustawy P.z.p., Izba wskazuje, że – istotnie –wskazany przepis nie dotyczy zarzutów odwołania, niemniej jednak pozostaje to bez wpływu na rozstrzygnięcie. Prawidłowo podniesiony zarzut nie musi zawierać wskazania konkretnego przepisu, którego naruszenia dopuścił się zamawiający. W myśl łacińskiej zasady *da mihi factum dabo tibi ius* (podaj mi fakty, a ja wskażę ci prawo) wystarczy, że odwołujący zarzut swój sformułuje w sposób jednoznacznie określający jego stanowisko w kwestii budzącej jego sprzeciw. Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09/za stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 2 i 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

……