

WYROK
z dnia 1 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2017 r. przez wykonawcę P. O. Studio Fotografii i Reklamy „b-ART”, ul. Ogrodowa 17, 42-110 Popów w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez: Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: P. O. Studio Fotografii i Reklamy „b-ART”, ul. Ogrodowa 17, 42-110 Popów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: P. O. Studio Fotografii i Reklamy „b-ART”, ul. Ogrodowa 17, 42-110 Popów tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od Odwołującego: P. O. Studio Fotografii i Reklamy „b-ART”, ul. Ogrodowa 17, 42-110 Popów na rzecz Zamawiającego: Sądu Apelacyjnego w Krakowie reprezentowanego przez: Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień 1

publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez: Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego powyżej kwoty wartości zamówienia określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych na „Dostawę okładek akt sądowych na rzecz sądów powszechnych - ZP-21/2016, Część I-III”.

W dniu 4 stycznia 2017 r. Odwołujący - P. O. Studio Fotografii i Reklamy „b-ART”, ul. Ogrodowa 17, 42-110 Popów otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o wyniku postępowania, z którego treści wynikało, że Zamawiający w przedmiotowym przetargu dokonał czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty, ponieważ treść tej oferty nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, w odniesieniu do wymogu określonego w art. 22 ust.2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 13 stycznia 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając mu, że swoim postępowaniem polegającym na odrzuceniu w częściach I-III zamówienia, jego oferty i wyborem w tym zakresie zamówienia Konsorcjum Firm: Pomorska Instytucja Gospodarki Budżetowej „Pomerania” ul. Strefowa 15, 75-124 Koszalin i Drukarnia nr 1, Przedsiębiorstwo Państwowe ul. Rakowiecka 37, 02-521 Warszawa uchybił następującym przepisom ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 poprzez nie zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania, poprzez brak analizy i zastosowania podobnych kryteriów oceny do wszystkich uczestników postępowania oraz brak uzasadnienia decyzji o wykluczeniu z postępowania Odwołującego,
- 2) art. 22 ust. 1 i 1 a poprzez zastosowanie do czynności wykluczenia Odwołującego się warunków udziału w postępowaniu nie określonych w ogłoszeniu o zamówieniu,
- 3) art. 22 ust. 2 i 2 a poprzez niewłaściwe zastosowanie oraz zastosowanie rozszerzających ponad przepisy ustawy interpretacji zapisów tego artykułu poprzez przyjęcie konieczności zatrudniania osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, przez jakiś nie sprecyzowany przez Zamawiającego okres przed złożeniem oferty,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 poprzez przyjęcie, iż treść oferty Odwołującego nie 3

odpowiada treści SIWZ

Jednocześnie wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania
- 2) uchylenie czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego w częściach I-III oraz wyborze oferty Konsorcjum Firm: Pomorska Instytucja Gospodarki Budżetowej „Pomerania” ul. Strefowa 15, 75-124 Koszalin i Drukarnia nr 1, Przedsiębiorstwo Państwowe ul. Rakowiecka 37, 02-521 Warszawa w części I-III zamówienia oraz nakazanie dokonania przez Zamawiającego czynności ponownego wyboru ofert w częściach I-III zamówienia nr ZP-21/2016 na „Dostawę okładek akt sądowych na rzecz sądów powszechnych” zgodnie z przepisami art. 22 ustawy Pzp.
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią Rozdziału II pkt. 1 SIWZ oraz Sekcją II 1.4. ogłoszenia o zmianie ogłoszenia z dnia 03.11.2016r- „Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa akt sądowych dla sądów powszechnych.

Zwrócił również uwagę, że na podstawie przepisu art. 22 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp Zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. poz. 557 z późn. zm.) mających trudności w integracji ze środowiskiem. Niniejszy warunek zostanie spełniony jeżeli wskaźnik zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych jest nie mniejszy niż 30 % (na dzień składania oferty) osób zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej lub wykonawcę lub jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie.

Ponadto, zauważył, że zgodnie z Sekcją III 1.5 ogłoszenia o zmianie ogłoszenia z dnia 14.11.2016r - Informacje o zamówieniach zastrzeżonych - zaznaczenie - „Zamówienie jest zastrzeżone dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub de faworyzowanych”.

Odwołujący zaznaczył również, że Zamawiający podniósł, iż zapis SIWZ jest zgodny również z treścią artykułu 20 „Zamówienia zastrzeżone” Dyrektywy Parlamentu 4

1. 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. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia oraz Ogłoszenie o zamówieniu nie zawierały innych ograniczeń i zastrzeżeń, co do Wykonawcy w zakresie określonym art. 22 ustawy Pzp.

Wykonawca wraz z ofertą złożył oświadczenie na formularzu JEDZ, w którym w części II A zaznaczył, iż jest zakładem pracy chronionej, „przedsiębiorstwem społecznym”, lub będzie realizował zamówienie w ramach programów zatrudnienia chronionego oraz wskazał odsetek pracowników defaworyzowanych na poziomie 100 % wskazując, że pracownicy ci należą do kategorii „osoby pozbawione wolności”,.

Odwołujący wskazał również, że w toku badania i oceny ofert, Zamawiający powziął wątpliwość, czy Wykonawca faktycznie spełnia warunki uprawniające go do złożenia oferty na realizację zamówienia zastrzeżonego, wobec czego pismem z dnia 01.12.2016 r. wezwał Wykonawcę do złożenia w tym zakresie stosownych wyjaśnień. W szczególności do określenia czy Wykonawca jest zakładem pracy chronionej lub „przedsiębiorstwem społecznym” (to jest przedsiębiorstwem, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych) lub czy będzie realizował zamówienie w ramach programów zatrudnienia chronionego.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, Wykonawca przedstawił umowę o odpłatnym zatrudnieniu skazanych z dnia 18.11.2016 r. (termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 21.11.2016 r.) przy czym jeszcze przed rozstrzygnięciem i wyborem ofert Wykonawca aneksem z dnia 23.12.2016 r. zmienił treść przedmiotowej umowy w ten sposób, iż zawarta ona została na czas nieokreślony, a o zamiarze takiego działania poinformował Zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 13.12.2016 r.

Według Odwołującego powyższe wskazuje na wolę Odwołującego, prowadzenia działalności, której głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych, w tym przypadku osób pozbawionych wolności, zwłaszcza, że wskaźnik zatrudnienia osób pozbawionych wolności przez Odwołującego 5

wynosi 100% wobec minimum na poziomie 30%. Powołał się w tym zakresie na umowę z dnia 18.11.2016 r, aneks do umowy z dnia 23.12.2016 r.

Zamawiający pismem z dnia 13.12.2016 r. wniósł o złożenie dodatkowych wyjaśnień, w tym w szczególności wskazanie czy Wykonawca kiedykolwiek wcześniej, w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, zatrudniał osoby pozbawione wolności lub zwalniane z zakładów karnych.

Odwołujący powołał się również na okoliczność, że w odpowiedzi z dnia 13.12.2016r., na to wezwanie Odwołujący stwierdził, iż zgodnie z zapisem Rozdziału II pkt.1 SIWZ wskaźnik zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych ma być nie mniejszy niż 30% na dzień składania ofert, czyli na 21 listopada 2016 roku i warunek ten jest przez jego firmę spełniony.

Ponadto Odwołujący wyjaśnił, iż wskazany formalnie w ofercie podwykonawca - Firma Poligraficzno-Introligatorska „Udziałowiec” sp. z o.o., jako doświadczony i odpowiednio usprzętowany na runku introligatorskim podmiot, będzie miała za zadanie wykonać wszelkie prace introligatorskie maszynowe. Osoby pozbawione wolności zostały zatrudnione na stanowisku introligatora. Do ich zakresu prac należeć będzie wykonanie wszelkich prac introligatorskich ręcznych, m.in.; rozdzielanie wykrojów, kompletowanie, wykańczanie, pakowanie, przygotowanie do wysyłki okładek kartonowych do akt cywilnych, karnych, teczek dozoru, akt spraw o wykroczenie, twardych, tekturowych akt księgi wieczystej MS/Ksw-2, MS/Ksw-2a. W szczególności będą to następujące czynności: oczyszczanie i rozdzielanie wykrojów okładek, montaż i przyklejanie tasemek, montaż i przyklejanie

szyldzików, montaż i przyklejanie zakładki z płótna oraz jej wzmocnienie, montaż i przyklejanie zakładki dolnej, montaż i przyklejanie kart ze spisem dokumentów, zabezpieczenie, zapakowanie, przygotowanie do ekspedycji. Stanowiska pracy zostały wyposażone w niezbędne urządzenia i materiały eksploatacyjne (stoły introligatorskie, urządzenia do podgrzewania kleju, kleje termiczne, kleje introligatorskie, papiery, kartony, okleiny introligatorskie, tasemki oraz pozostałe surowce i półfabrykaty), które uzupełniane będą na bieżąco.

Zwrócił również uwagę, że zgodnie z §6 ust.1 umowy o odpłatnym zatrudnieniu skazanych z dnia 18.11.2016 r. zatrudnieni pozbawieni wolności będą świadczyli pracę wyłącznie na terenie Zakładu Karnego w Herbach lub w siedzibie Wykonawcy.

Odwołujący poinformował również, że w przypadku wyboru jego oferty oraz podpisaniu umowy z Zamawiającym jest zdecydowany na podstawie §2 ust.3 umowy o 6

odpłatnym zatrudnieniu skazanych z dnia 18.11.2016 r. na zwiększenie zatrudnienia.

Zdaniem Odwołującego powyższe wskazuje na klarowne intencje i zamiary Odwołującego w zakresie głównych celów prowadzonej działalności w aspekcie społecznym, jakim ma być społeczna i zawodowa integracja osób defaworyzowanych oraz że w tym zakresie wypełnił w całości dyspozycję SIWZ, przepisów ustawy Pzp jak i artykułu 20 „Zamówienia zastrzeżone” Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego jego przedsiębiorstwo w pełni wpisuje się w przywołany przez Zamawiającego aspekt społeczny, realizowany poprzez umożliwienie i ułatwienie dostępu do wykonywania zamówienia osobom defaworyzowanym, zatrudnionym w specyficznych jednostkach - zakładach pracy chronionej, lub przedsiębiorstwach społecznych, których głównym celem działalności jest integracja osób defaworyzowanych, lub zakładach realizujących programy zatrudnienia chronionego jak i spełnia wymogi kategorii zamówień zastrzeżonych, która z definicji stanowi o zawężeniu kręgu potencjalnych wykonawców do ściśle wyspecjalizowanych podmiotów, realizujących szczególny cel społeczny, jakim niewątpliwie jest Odwołujący.

Podkreślił przy tym, że ujawniony przez niego Podwykonawca Firma Poligraficzno-Introligatorska „Udziałowiec” sp. z o.o. jest podmiotem, który oprócz kilkudziesięcioletniego doświadczenia w branży objętej przedmiotem zamówienia, posiada od 1998 roku status Zakładu Pracy Chronionej i zatrudnia obecnie na 69 pracowników 40 osób niepełnosprawnych (w tym 17 z II grupą inwalidzką) co stanowi 56% ogółu zatrudnionych.

Tym samym, w ocenie Odwołującego - zadbał on w toku realizacji zamówienia, aby zaspokojone zostały oczekiwania Zamawiającego, zarówno w zakresie społecznej i zawodowej integracji osób niepełnosprawnych, jak i osób pozbawionych wolności.

W świetle powyższych wyjaśnień i okoliczności faktycznych zdziwienie Odwołującego wzbudziło stwierdzenie Zamawiającego, iż w świetle złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień oraz przywołanych interpretacji uznaje, iż Wykonawca działający od 2010 roku w branży reklamowej, który nigdy wcześniej nie zatrudniał osób pozbawionych wolności, a następnie, wyłącznie dla celów niniejszego postępowania, zaledwie na kilka dni przed terminem składania ofert, zatrudnił cztery takie osoby na 1/2 etatu, nie jest podmiotem uprawnionym do złożenia oferty na realizację zamówienia zastrzeżonego, bowiem nie jest zakładem pracy chronionej, „przedsiębiorstwem społecznym”, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych, jak również nie realizuje zamówienia w ramach programów zatrudnienia chronionego oraz że przyjęcie 7

odmiennej interpretacji, stanowiłoby w tym wypadku obejście prawa (regulacji art. 22 ust 2 pkt. 3 ustawy Pzp.) i niweczyłoby cel i sens zastrzeżenia poczynionego przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego - powyższe twierdzenie pozbawione jest całkowicie podstaw faktycznych i prawnych, oraz jakiegokolwiek uzasadnienia mogącego pozwolić na

merytoryczną kontrolę prawidłowości podjętej przez Zamawiającego decyzji.

Zarzucił, że Zamawiający poza zacytowaniem treści przepisów i celów działania nie wyjaśnił w żaden sposób, dlaczego Odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do złożenia oferty i podlegającym odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił również naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez brak analizy i zastosowania podobnych kryteriów oceny do wszystkich uczestników postępowania.

Wskazał, że Konsorcjum Firm: Pomorska Instytucja Gospodarki Budżetowej „Pomerania” ul. Strefowa 15, 75-124 Koszalin i Drukarnia nr 1, Przedsiębiorstwo Państwowe ul. Rakowiecka 37, 02-521 Warszawa, podobnie jak Odwołujący i wskazany przez niego Podwykonawca: FPI Udziałowiec sp. z o.o. byli uczestnikami przetargu o tym samym zakresie w latach poprzednich.

Zauważył, że Konsorcjum w poprzednim sezonie złożyło ofertę wyłączenie w dwóch spośród pięciu części zamówienia, co wskazuje na po pierwsze konieczność zatrudnienia podwykonawców (czego Konsorcjum nie zaznaczyło w swojej ofercie ani w JEDZ), o czym świadczą zapytania dotyczące możliwości wykonania części zamówienia kierowane do m.in. FPI Udziałowiec sp. z o.o.), jak również o braku mocy produkcyjnych do wykonania zamówienia.

Zwrócił również uwagę, że jest powszechnie znanym faktem, iż Drukarnia nr 1 w roku 2017 zmienia siedzibę w związku z powstaniem w miejscu dotychczasowym Muzeum Żołnierzy Wyklętych, co w przypadku drukarni zajmie długie miesiące.

Podniósł również, że Zamawiający pomimo wiedzy w tym zakresie nie poddał analizie i ocenie czy wobec powyższego Konsorcjum spełnia cele i zadania określone w SIWZ, zwłaszcza, że faktycznym podwykonawcą Konsorcjum może stać się firma niebędąca ani zakładem pracy chronionej, ani zatrudniającą osoby pozbawione wolności lub zwalniane z zakładów karnych. 8

Wskazał również, że istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie ma również fakt, iż bezpodstawnie odrzucona oferta Odwołującego na wykonanie części I-III zamówienia, jest o 460.000 zł niższa od oferty Konsorcjum.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, odwołania, wezwania Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 1 grudnia 2016r. i odpowiedzi na te wyjaśnienia wraz z załącznikami z dnia 6 grudnia 2016r., wezwania Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 13 grudnia 2016r. i odpowiedzi na te wyjaśnienia wraz z załącznikami z dnia 13 grudnia 2016r., zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 4 stycznia 2017r., odpowiedzi na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczoney, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7, art.22 ust.1, 1a, 2 i 2a, 89 ust.1 pkt.1 i 2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w ogłoszeniu dokonał zmiany

sekcji: III.1.5 poprzez zaznaczenie, że „Zamówienie jest zastrzeżone dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych”.

Jako jeden z załączników do SIWZ Zamawiający wprowadził załącznik nr 2 – Oświadczenie składane na formularzu JEDZ.

9

Izba stwierdziła również, że w Części II standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia: Informacje dotyczące wykonawcy w rubryce dotyczącej informacji ogólnych Zamawiający przewidział do wypełnienia poprzez złożenie przez wykonawców oświadczenia: tak lub nie.

Powyższe oświadczenie zgodnie z treścią powyższej rubryki miało być składane jedynie w przypadku, gdy zamówienie jest zastrzeżone: czy wykonawca jest zakładem pracy chronionej, „przedsiębiorstwem społecznym” lub czy będzie realizował zamówienie w ramach programów zatrudnienia chronionego? Jeżeli tak, jaki jest odpowiedni odsetek pracowników niepełnosprawnych lub defaworyzowanych?

Poza tym Zamawiający zadał w powyższym formularzu również pytanie, jeżeli jest to wymagane, proszę określić, do której kategorii lub których kategorii pracowników niepełnosprawnych lub defaworyzowanych należą dani pracownicy.

Dodatkowo do powyższego pojęcia zamówienia zastrzeżone odesłał w pkt. 8 przypisu: zobacz ogłoszenie o zamówieniu, pkt III.1.5., oraz do powyższego pojęcia przedsiębiorstwo społeczne odesłał do pkt. 9 przypisu wskazując tj. przedsiębiorstwem, którego głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych.

Izba ustaliła, że Odwołujący na stronie 18 swojej oferty(strona 3 formularza JEDZ) złożył oświadczenie tak, określając odpowiedni odsetek pracowników niepełnosprawnych lub defaworyzowanych na 100.

W następstwie powyższego Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające dotyczące złożonego przez Odwołującego oświadczenia ustalając, że w dniu 18 listopada 2016r. zawarte zostały 4 umowy o pracę z osobami pozbawionymi wolności w wymiarze ½ etatu, przed terminem składania ofert.

Na tle powyższego stanu faktycznego - według zapatrywania Izby - oś sporu pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym dotyczy rozbieżności w rozumieniu pojęcia przedsiębiorstwa społecznego.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że prowadzone przez niego przedsiębiorstwo ma taki charakter zgodnie z powyższą definicją podaną w formularzu JEDZ.

10

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy należało powołać się na przepis art.22 ust. 2 ustawy Pzp stanowiący, że Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności:

1) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2011 r. poz. 721, z późn. zm.);

2) bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2016 r. poz. 645, 691 i 868);

3) osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których

mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. poz. 557, z późn. zm.), mających trudności w integracji ze środowiskiem;

4) osób z zaburzeniami psychicznymi w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 546 i 960);

5) osób bezdomnych w rozumieniu ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 930);

6) osób, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2012 r. poz. 680, z 2013 r. poz. 1650, z 2014 r. poz. 1004, z 2015 r. poz. 1607 oraz z 2016 r. poz. 783);

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

8) osób będących członkami mniejszości 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 2015 r. poz. 573 oraz z 2016 r. poz. 749).

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

Jednocześnie wymaga również wskazania, że art.20 ust.1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, który to przepis odnosi się do zamówień zastrzeżonych 11

stanowi, że 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 przedmiotowej sprawie, zatem bez wątpienia Zamawiający w treści ogłoszenia i SIWZ dokonał skutecznie takiego zastrzeżenia.

Należy również wyraźnie zaznaczyć, że poza sporem pomiędzy stronami jest okoliczność zatrudnienia przez Odwołującego osób pozbawionych wolności, a także zdolność zawodowa wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba uznała, że istota sporu sprowadzała się do oceny okoliczności posiadania przez Odwołującego legitymacji do udziału w przetargu bądź jej braku w warunkach prowadzenia przedsiębiorstwa, którego głównym celem jest działalność agencji reklamowej, w sytuacji złożenia przez niego oświadczenia o prowadzeniu przedsiębiorstwa społecznego.

Zdaniem Izby status przedsiębiorstwa społecznego determinuje jego główny cel, jakim jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych.

Przedłożone przez Odwołującego odpisy kopii dokumentów mogą świadczyć, co najwyżej o przygotowaniu się do świadczenia usługi przedmiotowego zamówienia, a także o prowadzeniu agencji reklamowej, lecz nie dokumentują one jednak celu głównego w postaci społecznej i zawodowej integracji osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych.

Taka sytuacja mogłaby wynikać z faktu zatrudniania jedynie takich osób marginalizowanych dla ich integracji, a nie w celu uzyskania zamówienia.

Izba wzięła również pod uwagę, że Odwołujący nie udowodnił, że prowadzone przez niego przedsiębiorstwo głównie zajmuje się taką działalnością integracyjną, a sam przyznał, że jego celem głównym jest działalność reklamowa.

W świetle powyższego Izba nie mogła uznać za zgodne z SIWZ i z art.22 ust.2

ustawy Pzp oświadczenie Odwołującego o prowadzeniu przedsiębiorstwa społecznego, w przypadku, gdy nie ma ono takiego przymiotu i ma ono charakter ad hoc. 12

Za chybiony należy uznać zarzut Odwołującego naruszenia przepisu art.22 ust.1 i 1a ustawy Pzp, jako, że Zamawiający w ogóle nie zakwestionował spełniania przez Odwołującego podmiotowych warunków udziału w przetargu.

Izba również uznała za chybiony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.22 ust.2 i 2a ustawy Pzp, jako, że został on zgłoszony po terminie, biorąc pod uwagę treść art.182 ust.2 pkt. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....