

Sygn. akt: KIO 1602/23

WYROK

z dnia 26 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Adriana Urbanik

Renata Tubisz

Anna Wojciechowska

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2023 r. przez wykonawcę

Galena Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Polską Grupę SW Przedsiębiorstwo Państwowe z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wszystkich czynności zamawiającego w postępowaniu prowadzonym z wyłączeniem ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2023 r. poz. 140) i ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.);
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Polską Grupę SW Przedsiębiorstwo Państwowe z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Galena Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Polskiej Grupy SW Przedsiębiorstwo Państwowe z siedzibą w Warszawie (ul. Kocjana 3, 01-473 Warszawa) na rzecz

odwołującego Galena Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Skierniewicka 34A/U01, 01-230 Warszawa) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obejmującą kwotę uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. 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:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 1602/23

U z a s a d n i e n i e

W dniu 26.05.2023 r. za pośrednictwem strony opublikowany został przez Polską Grupę SW Przedsiębiorstwo Państwowe (dalej: „Zamawiający” lub „PGSW”) konkurs dotyczący utworzenia w JOWS infrastruktury telekomunikacyjnej operatora i zainstalowanie w ramach tej infrastruktury samoinkasujących aparatów telefonicznych oraz świadczenie przez operatora usług telefonicznych dla osadzonych (.). Konkurs został opracowany w oparciu o porozumienie nr 22/2023 zawarte pomiędzy Dyrektorem Generalnym Służby Więziennej a Polską Grupą SW Przedsiębiorstwo Państwowe z siedzibą w Warszawie. Postępowanie nie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz.

1710, z późn. zm.), zwanej dalej także „ustawą Pzp” lub „ustawą pzp”, i ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2023 r. poz. 140), zwanej dalej także „ustawą o koncesji”.

Dnia 05.06.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożyła Galena Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 34A/U01, 01-230 Warszawa, zwana dalej także „Odwołującym” lub „Wykonawcą”, od niezgodnych z przepisami czynności oraz zaniechań

w postępowaniu prowadzonym przez POLSKĄ GRUPĘ SW PRZEDSIĘBIORSTWO PAŃSTWOWE z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający” lub „PGSW”) na utworzenie w JOWS infrastruktury telekomunikacyjnej operatora i zainstalowanie w ramach tej infrastruktury samoinkasujących aparatów telefonicznych oraz świadczenie przez operatora usług telefonicznych dla osadzonych. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie koncesji na usługi zgodnie z przepisami ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2023 r. poz. 140, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą o koncesji”, i tym samym naruszenie następujących przepisów:

1) art. 2 pkt 11 lit. a ustawy o koncesji w zw. z art. 4 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w zw. z art. 4 ustawy o koncesji poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o zawarcie umowy koncesji przez Zamawiającego będącego osobą prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego nad którą bezpośredni nadzór sprawuje Minister Sprawiedliwości w sytuacji, gdy żadne z wyłączeń podmiotowych lub przedmiotowych stosowania ustawy o koncesji nie znajdzie zastosowania a wartość umowy koncesji przekracza kwotę 130 000 zł;

2) art. 12 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji w sposób mający na celu uniknięcie stosowania przepisów ustawy a w konsekwencji oraz art. 4 ustawy o koncesji w zw. z art. 17 pkt 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o koncesji przez zaniechanie przekazania ogłoszenia o koncesji do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej,

ewentualnie, gdyby Izba uznała, że w niniejszej sprawie nie znajdują zastosowania przepisy ustawy o koncesji, zarzucił Zamawiającemu zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp i naruszenie tym samym następujących przepisów:

3) art. 4 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o zawarcie umowy o wykonanie zamówienia publicznego przez

Zamawiającego będącego osobą prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego nad którą bezpośredni nadzór sprawuje Minister Sprawiedliwości w sytuacji, gdy żadne z wyłączeń podmiotowych lub przedmiotowych stosowania ustawy Pzp nie znajdzie zastosowania;

4) art. 86 ustawy Pzp przez zaniechanie przekazania ogłoszenia do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej a w konsekwencji naruszenie art. 129 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp w zw. z art. 130 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieprzeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o zawarcie umowy

o wykonanie zamówienia publicznego zmierza do udzielenia zamówienia wykonawcy nie wyłonionego zgodnie z przepisami ustawy Pzp;

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania;
- 2) ewentualnie unieważnienie umowy, gdyby została ona zawarta w następstwie

prowadzonego postępowania;

- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania

odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 26.05.2023 r. opublikował na swojej stronie internetowej Regulamin. Wybrany operator zobowiązany będzie m.in. do wdrożenia i utrzymania w sprawności eksploatacyjnej infrastruktury telekomunikacyjnej; świadczenia usług telefonicznych dla osadzonych, opracowania i wdrożenia systemu do zarządzania i monitorowania połączeń telefonicznych wykonywanych przez osadzonych, opracowania i wdrożenia systemu billingowego do rozliczania z osadzonymi kosztów prowadzonych przez nich rozmów telefonicznych, dostarczania do Punktów Obsługi PGSW kart telefonicznych w ilości zamówionej przez Punkt Obsługi PGSW, zapewniającej ciągłość procesu wydawania osadzonym kart telefonicznych, zapewnienia Zamawiającemu wyłączności na sprzedaż doładowań do kart telefonicznych. Usługi telefoniczne dla osadzonych świadczone będą przez okres 8 lat od dnia podpisania protokołu odbioru. Wartość udzielanego zamówienia jest szacowana na kwotę około 100 mln złotych. W postępowaniu ustanowiono między innymi warunek udziału dysponowania przez wykonawcę

doświadczeniem w wykonywaniu usług dla co najmniej 50.000 użytkowników końcowych o wartości 20 mln złotych.
Uczestnik ma także posiadać środki finansowe

lub zdolność kredytową w wysokości minimum 20 mln złotych. Operator będzie pobierał od osadzonych opłaty za wykonane połączenia telefoniczne. Z tytułu realizacji usług przysługuje prawo do wynagrodzenia w formie prowizji z określoną wartością procentową netto doładowań kart telefonicznych sprzedanych osadzonym. Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, iż mamy do czynienia z domniemaniem udzielania koncesji na usługi w rozumieniu ustawy o umowie koncesji. Wskutek zawarcia umowy nastąpi powierzenie koncesjonariuszowi świadczenia usług i zarządzania tymi usługami (usługi telekomunikacyjne), a wynagrodzenie stanowi prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy. Jest to rozwiązanie zgodne z rozumieniem koncesji opisanym w treści art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy o umowie koncesji. Niemniej nie można zarazem wykluczyć, iż zawierana umowa będzie zamówieniem publicznym w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 3 ust. 3 ustawy

o umowie koncesji, koncesjonariusz powinien ponosić ryzyko ekonomiczne związane z wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą (koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahania rynku, a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane

z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne - art. 3 ust. 4). Określając przesłanki wyboru modelu koncesyjnego lub zamówieniowego można odwołać się do treści motywu (18) Dyrektywy koncesyjnej w którym zauważono: Trudności związane z interpretacją pojęć "koncesja" i "zamówienie publiczne" spowodowały utrzymującą się niepewność prawną wśród zainteresowanych stron i były podłożem wielu wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. (...) Główna cecha koncesji, czyli prawo do eksploatacji obiektów budowlanych lub wykonywania usług, zawsze pociąga za sobą przeniesienie na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego o charakterze ekonomicznym wiążącego się z możliwością, że nie odzyska on nakładów inwestycyjnych ani kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji w normalnych warunkach działalności, nawet jeżeli części ryzyka pozostaje poddana instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający. W literaturze jako przykład wiadłego zastosowania modelu koncesyjnego podaje się przypadek współfinansowania budowy parkingu w połączeniu z gwarancją daną koncesjonariuszowi ponoszenia stałej opłaty (abonamentowej) za zajęcie 85% udostępnionych miejsc parkingowych (Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz, Redakcja: dr r.pr. Rafał Cieślak, C.H.Beck, Warszawa 2018 rok). W ocenie Odwołującego ryzyko związane z wykonywaniem umowy zawieranej z Zamawiającym mogą nie wystarczyć do uznania zasadności zastosowania przepisów dotyczących koncesji. Mamy bowiem do czynienia – ze względu na specyfikę usługi – z zagwarantowaniem przychodów od osadzonych, dla których wykonawca będzie swoistym monopolistą w dostępie do usług telekomunikacyjnych. Zatem nie można wykluczyć,

iż poprawnie przeprowadzona analiza wskazywałaby na konieczność zastosowania przepisów ustawy Pzp. Reasumując, w ocenie Odwołującego Zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie winien zastosować alternatywnie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych albo ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Tymczasem, z treści Regulaminu wynika, że nie znajdują do niego zastosowania ani przepisy ustawy o koncesji ani przepisy ustawy Pzp. Mimo, że wartość zamówienia/koncesji przekracza progi unijne, Zamawiający nie opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o koncesji/ogłoszenia o zamówieniu. Opisane wyżej działania doprowadziły do postawienia niżej opisanych zarzutów.

PGSW jako podmiot prawa publicznego: W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że Zamawiającego należy uznać za podmiot prawa publicznego a zatem niezastosowanie przez niego przepisów ustawy o koncesji (ewentualnie ustawy Pzp) stanowi naruszenie w odniesieniu do postępowania koncesyjnego – art. 2 pkt 11 lit a ustawy o koncesji w zw.

z art. 4 pkt 3 ustawy Pzp, postępowania zamówieniowego (zarzut ewentualny) - art. 4 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 4 pkt 3 ustawy Pzp zobowiązaniem do stosowania ustawy jest tzw. podmiot prawa publicznego, którym jest: a) osoba prawna, b) utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, c) jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w art. 4 pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot (warunek kontroli): finansują je w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowę składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Niewątpliwie Zamawiający jest osobą prawną (przedsiębiorstwo państwowe). Spełniony jest także warunek dotyczący sprawowania nadzoru nad organem zarządzającym oraz prawo do powoływania ponad połowę składu organu nadzorczego oraz zarządzającego przez podmiot, o którym mowa w treści art. 4 pkt 1 ustawy Pzp. Organem założycielskim przedsiębiorstwa jest Minister Sprawiedliwości, a czynności organu założycielskiego w imieniu Ministra wykonuje Dyrektor Generalny Służby Więziennej. Przedsiębiorstwo jest przedsiębiorstwem jednozakładowym. Dla ustalenia statusu Zamawiającego na gruncie ustawy Pzp jest zatem koniecznym określenie, czy przedsiębiorstwo zostało utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Odnosząc się do charakteru powszechnego potrzeb Odwołujący podnosi, że w orzecznictwie oraz w piśmiennictwie wspólnotowego prawa zamówień publicznych wskazuje się na potrzebę „funkcjonalnej” wykładni pojęcia potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. TSUE wskazuje, iż: potrzebami tego rodzaju są te, w wypadku których - z przyczyn związanych z interesem ogólnym - samo państwo decyduje się je zaspokajać, albo na których zaspokajanie chce wywierać decydujący wpływ. Przez pojęcie zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym należy rozumieć zasadniczo każdą aktywność, która nie jest wykonywana wyłącznie dla zaspokojenia pojedynczego, prywatnego celu (Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka oraz Mateusza Winiarza, UZP, Warszawa 2021 rok, s.47). Analizując warunek „powszechności” warto odwołać się do treści art. 2 ust. 1 pkt 4 Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którą "podmiot prawa publicznego" oznacza podmiot, który

został utworzony w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. W wersji angielskiej: are established for the specific purpose of meeting needs in the general interest, zaś w wersji niemieckiej: wurden zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Zarówno zwrot general interest, jak i Allgemeininteresse winny być tłumaczone jako w interesie ogólnym.

W ocenie Odwołującego istnienie przyjętego przez państwo zadania (obowiązku wykonywania określonych świadczenia) realizowanego poprzez publiczne przedsiębiorstwo, przesądza

o zaspokajaniu w tym zakresie potrzeb o charakterze ogólnym. Tak też przykładowo TSUE w wyroku w sprawie zakładów pogrzebowych: Działalność zakładów pogrzebowych może zaspokajać potrzeby w interesie ogólnym. Okoliczność, że jednostka samorządu terytorialnego jest prawnie zobowiązana do zorganizowania pogrzebów, a w razie potrzeby do poniesienia kosztów tych pogrzebów, jeżeli nie zostały one zorganizowane w określonym terminie po wydaniu aktu zgonu, stanowi dowód, że istnieje taka potrzeba w interesie ogólnym (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 listopada 1998 roku, sygn. C-380/96

full.seam?documentId=mrsvglr3guytonjggqy&refSource=guide). W. Dzierżanowski (Włodzimierz Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, Wolters Kluwer Polska SA, 2012 rok) słusznie wskazuje: Uprawnione będzie więc twierdzenie, że potrzeba o charakterze powszechnym niemająca charakteru przemysłowego ani handlowego jest potrzebą dotyczącą indywidualnego odbiorcy (konsumenta) jako członka większej zbiorowości, której zapewnienie stanowi obowiązkowe, w świetle przepisów prawa, zadanie organów władzy publicznej, stanowiąc tym samym działanie dla dobra ogólnego. Niezależnie od formy organizacyjno-prawnej, za pomocą której zaspokajana jest taka potrzeba, objęte tym pojęciem będą - w ocenie W. Hartunga - wszystkie zadania z istoty swojej uważane za mające charakter publiczny (Artykuł 2 Dyrektywa 2014/24/UE Hartung 2015, wyd. 1, Legalis). Zdaniem M. Bala warunkiem koniecznym dla uznania powszechności określonych działań nie musi być okoliczność, że są one skierowane do całego społeczeństwa. Wystarczające jest, aby określone świadczenia skierowane były do osób spełniających określone generalne warunki. Słowa „powszechny” użytego w art. 3 ust. 1 pkt 3 [starego –przyp. wnioskodawcy] pzp nie należy interpretować jako „dostępny dla wszystkich”, lecz w znaczeniu „dotyczący wielu”, „dostępny dla wielu” lub dla tych, którzy spełniają warunki określone w odpowiedniej rangi przepisach (M. Bala, Potrzeby o charakterze powszechnym. [w:] Przetargi Publiczne, Czerwiec 2017 r.). W przypadku PGSW mamy właśnie do czynienia ze spełnianiem dostępności dla osób określonych w przepisach kodeksu karnego wykonawczego. Uprzedzając dalszą argumentację, w naszej ocenie takim zadaniem niewątpliwie jest zarówno zadanie polegające na organizacji pracy osób osadzonych (art. 1 ustawy o zatrudnianiu osób pozbawionych wolności), jak i zapewnienie skazanym prawa do korzystania z samoinkasującego aparatu telefonicznego (art. 105b § 1 ustawy Kodeks karny wykonawczy). W obu przypadkach państwo zdecydowało się na podjęcie interwencji, niejako obok rynkowych możliwości wykonywania takich świadczeń. Zadanie nie jest

podejmowane w celach komercyjnych (w ustawie o zatrudnianiu wprost stwierdzono, iż osiągnięcie zysku powinno być podporządkowane resocjalizacji). Mamy nawet do czynienia ze swoistym monopolem państwa w tym zakresie. W dalszej kolejności odnieść należy się do kwestii zakresu prowadzonej przez Zamawiającego działalności. W każdym bowiem przypadku w ramach badania zasadności zastosowania przepisu bada się faktyczny obszar aktywności podmiotu w dacie badania, niezależnie od celów działania określonych w dacie powstania podmiotu. Według W. Hartunga (Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, Wojciech Hartung, Michał Bałaj, Tomasz Michalczyk, Michał Wojciechowski, Jakub Krysa, Katarzyna Kuźma, C.H. Beck, Warszawa 2015): istotna dla oceny danego podmiotu jest działalność faktycznie wykonywana i nie ma znaczenia np. to, czy w statucie danego podmiotu wyraźnie zapisano, że prowadzi on działalność wyłącznie handlową lub przemysłową. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż podmiot prowadzi także działalność komercyjną w innych obszarach (Europejskie Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, A. Sołtyśńska, Zakamycze, Kraków 2006, komentarz do art. 1 dyrektywy): Utworzenie przedsiębiorstwa w celu zaspokajania takich potrzeb nie oznacza, że jedynym

i wyłącznym przedmiotem jego działalności musi być wykonywanie takiej funkcji. Obok realizacji zadań o charakterze publicznym może ono prowadzić działalność gospodarczą na ogólnych warunkach, przy czym nie jest istotne, w jakim rozmiarze działalność ta jest prowadzona. Przepisy dyrektywy nie wymagają, by zaspokajanie potrzeb leżących w interesie ogólnym stanowiło główny przedmiot działalności takiego przedsiębiorstwa. Zakres takiej działalności może być nieproporcjonalnie wąski w stosunku do zakresu prowadzonej działalności o innym charakterze. Zdaniem TSUE – wyrażonym w orzeczeniu Mannesmann -uzależnienie uznania danej jednostki za podmiot prawa publicznego od stosunku pomiędzy zakresem prowadzonej działalności komercyjnej a zakresem zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym stanowiłoby interpretację niezgodną z zasadą prawnej pewności, która wymaga, by reguły prawa unijnego były jasne i przejrzyste, a ich zastosowanie przewidywalne przez wszystkie podmioty, których dotyczą. W sprawie Mannesmann -Państwowa Drukarnia została utworzona w celu wytwarzania oficjalnych dokumentów: blankietów paszportów, praw jazdy, dokumentów tożsamości. Jednak obok tej działalności, mającej na celu zaspokojenie pewnych potrzeb o charakterze niekomercyjnym, przedsiębiorstwo to mogło prowadzić normalną działalność wydawniczą obejmującą druk książek i innych materiałów. W związku z tym, że w ramach jednego przedsiębiorstwa nie ma znaczenia, w jak szerokim zakresie spełnia ono zadania o charakterze ogólnym w relacji do normalnej działalności komercyjnej (...). W ocenie UZP zatem nieistotne jest to, iż poza zadaniami w interesie ogólnym omawiany podmiot wykonuje również inną działalność w celach zarobkowych, jeżeli nadal

zajmuje się zaspokajaniem potrzeb w interesie ogólnym, które ma on szczególny obowiązek zaspokajając (Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka oraz Mateusza Winiarza, UZP, Warszawa 2021 rok, s.47). Jak zauważono w trakcie jednego z postępowań prowadzonych przed TSUE, celem dyrektyw jest nałożenie określonych obowiązków (związanych z udzielaniem zamówień) na podmioty, których działalność, polegająca

na spełnianiu pewnych zadań, których realizacja leży w interesie publicznym, wymyka się w całości lub w części logice gier rynkowych (Europejskie Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, A. Sołtysińska, Zakamycze, Kraków 2006, komentarz do art. 1 dyrektywy). Mając na względzie powyższe rozważania wskazać należy, że zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 grudnia 2022 r. (Dz. Urz. MS z 2022 r. poz. 212) wydanym na podstawie art. 5b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o zatrudnianiu osób pozbawionych wolności (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 200) z dniem 04.02.2023 r. doszło do połączenia przywieziennych zakładów pracy: PEPEBE WŁOCLAWEK Przedsiębiorstwo Państwowe z siedzibą we Włocławku, Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej MAZOVIA z siedzibą w Warszawie. Nowopowstały podmiot funkcjonuje w formie przedsiębiorstwa państwowego pod nazwą Polska Grupa SW Przedsiębiorstwo Państwowe. Tytułem wstępu do dalszej argumentacji należy podkreślić, iż sam fakt prowadzenia działalności w formie przedsiębiorstwa państwowego nie przesądza o braku możliwości posiadania statusu podmiotu prawa publicznego. Można w tym zakresie przytoczyć stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 13 września 2007 r. sygn. akt V SA/Wa 496/07) dotyczące Przedsiębiorstwa Państwowego „Porty Lotnicze”. W ocenie sądu, przedsiębiorstwo „było utworzone w celu wykonywania zadań ściśle powiązanych z instytucjonalną działalnością państwa, mającą na celu zapewnienie wszystkim jego obywatelom zarówno bezpieczeństwa w zakresie korzystania z lotniczych środków transportu, jak i bezpieczeństwa związanego z ochroną przestrzeni powietrznej nad terytorium Polski”. Pogląd dotyczący możliwości posiadania przez przedsiębiorstwa państwowe statusu podmiotu prawa publicznego pozostaje aktualny także na gruncie obecnej ustawy Pzp (tak przykładowo A. Kowalczyk także w odniesieniu do PP Porty Lotnicze) (Kowalczyk Aldona, Szymańska Anna, Zamówienia sektorowe. Komentarz, Warszawa 2022 r.). Jak zaś podkreśla UZP: „Podsumowując, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, nadrzędnym celem unijnych przepisów w dziedzinie zamówień publicznych jest uniknięcie ryzyka uprzywilejowanego traktowania krajowych wykonawców przy udzielaniu zamówień przez instytucje i podmioty zamawiające oraz zapobieganie sytuacjom, w których podmioty finansowane lub kontrolowane przez państwo, władze regionalne lub lokalne,

lub inne podmioty prawa publicznego mogłyby kierować się względami innymi niż ekonomiczne. W świetle tego celu należy dokonywać wykładni pojęć, jakimi posługują się dyrektywy unijne, w tym definicji podmiotu prawa publicznego. W konsekwencji zakresem pojęcia „podmiot prawa publicznego” nie są objęte podmioty, które działają w zwykłych warunkach rynkowych, mają na celu wypracowanie zysku i ponoszą straty wynikające z prowadzenia działalności”
(

przepisow/opinie-archiwalne/pytania-iodpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/podmiot-prawapublicznego-w-swietle-nowelizacji-przepisow-ustawy-prawo-zamowien-publicznych).

Za taki podmiot nie można zaś uznać PGSW bowiem nie zostało ono utworzone w celu działania w normalnych warunkach rynkowych i nie jest ono nastawione na osiąganie zysku. Biorąc pod uwagę powyższe, należy wskazać na szczególny charakter przywieziennych zakładów pracy. Jak wskazują przedstawiciele Ministerstwa Sprawiedliwości: „to bardzo specyficzne podmioty gospodarcze. Ich statutowym zadaniem jest bowiem nie tylko realizacja celów ekonomicznych, lecz również wypełnianie nałożonej przez ustawodawcę funkcji publicznej, tj. zapewnienie pracy osobom pozbawionym wolności” (.). Zgodnie bowiem z treścią art. 1 ust. 2 ustawy o zatrudnianiu osób pozbawionych wolności, zatrudnianie takich osób powinno mieć na celu przede wszystkim pozytywne oddziaływanie na ich postawy. Osiąganie zysku powinno być podporządkowane resocjalizacji. Podkreślenia wymaga, że przywiezienne zakłady pracy są zwolnione m.in. z podatku dochodowego od osób prawnych, w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o tym podatku, czy opłat z tytułu użytkowania lub użytkowania wieczystego gruntów stanowiących własność Skarbu Państwa (po spełnieniu warunku wymaganego poziomu zatrudnienia pozbawionych wolności). Państwo poprzez przywiezienne zakłady pracy realizuje swoją politykę w zakresie oddziaływania na osoby pozbawione wolności. Odnosząc się do Zamawiającego wskazać należy, że zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 stycznia 2023 r. (Dz. Urz. MS. poz.1) nadano jego statut. Zgodnie

z § 4 Statutu: Przedsiębiorstwo realizuje w szczególności zadania publiczne, polegające na prowadzeniu oddziaływań penitencjarnych oraz resocjalizacyjnych wobec osób skazanych na karę pozbawienia wolności przez organizowanie pracy sprzyjającej zdobywaniu kwalifikacji zawodowych oraz kształtowanie pozytywnych postaw społecznych. W celu realizacji zadań,

o których mowa powyżej, przedsiębiorstwo prowadzi działalność produkcyjną, handlowo-usługową oraz wykonuje roboty remontowo-budowlane na rzecz organu założycielskiego, jednostek organizacyjnych podległych lub nadzorowanych przez Ministra Sprawiedliwości, pozostałych jednostek organizacyjnych sektora finansów publicznych i innych podmiotów

niebędących jednostkami sektora finansów publicznych oraz uczestniczy w przedsięwzięciach o charakterze historycznym i patriotycznym w celu upamiętnienia osób, miejsc oraz wydarzeń związanych z historią Polski. Mamy zatem do czynienia z powołaniem podmiotu, którego głównym celem jest realizacja zadań publicznych, polegających na prowadzeniu oddziaływań penitencjarnych oraz resocjalizacyjnych wobec osób skazanych. Ze Statutu PGSW wynika ponadto jednoznacznie, że przedsiębiorstwo to nie zostało powołane w celu osiągnięcia zysku lecz w celu realizacji ustawowych obowiązków organów władzy publicznej jakimi jest zapewnianie osobom pozbawionym wolności zdobywania kwalifikacji zawodowych oraz kształtowania pozytywnych postaw społecznych. Realizacja powyższych celów leży w interesie publicznym oraz wymyka się – wskazywanej w piśmiennictwie - logice gier rynkowych (Europejskie Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, A. Sołtysińska, Zakamycze, Kraków 2006, komentarz do art. 1 dyrektywy). Niemniej w przypadku Zamawiającego mamy do czynienia z dodatkowo wyrażonym obowiązkiem wykonywania potrzeb, które państwo decyduje się zaspokajać oraz na których zaspokajanie chce wywierać decydujący wpływ. Zgodnie z art. 105b § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. -Kodeks karny wykonawczy (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 127 z późn. zm) skazany co najmniej raz w tygodniu ma prawo korzystać z samoinkasującego aparatu telefonicznego na własny koszt lub na koszt rozmówcy w sposób i w terminach ustalonych w porządku wewnętrznym obowiązującym

w zakładzie karnym. W § 4 art. 105b dodano, iż zapewnienie systemu służącego realizacji powyższego uprawnienia można powierzyć przywiezienemu zakładowi pracy wskazanemu przez Ministra Sprawiedliwości, w drodze decyzji. W takim wypadku dla każdego zakładu karnego jest zawierana odrębna umowa podpisana przez dyrektora zakładu karnego z przywiezionym zakładem pracy. Analogiczną regulację zawarto w odniesieniu do tymczasowo aresztowanych (art. 217c). Zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 lutego 2023 r. (Dz. Urz. MS. poz. 17) powierzono Polskiej Grupie SW Przedsiębiorstwo Państwowe zapewnienie w zakładach karnych i aresztach śledczych systemu służącego realizacji uprawnienia skazanych i tymczasowo aresztowanych do korzystania z samoinkasującego aparatu telefonicznego. Mamy w tym zakresie do czynienia z powierzeniem wykonywania obowiązków państwa wynikających z treści art. 105b § 1 Kodeksu karnego wykonawczego. W tym zakresie nie mamy do czynienia z prowadzeniem działalności o charakterze komercyjnym, w oderwaniu od celów państwa. Innymi słowy działania są podejmowane nie w celach komercyjnych, a w celu realizacji zapisanego w ustawie obowiązku zapewniania przez państwo kontaktu osadzonych z osobami trzecimi. W tym miejscu wskazać należy na następujący pogląd unijnego piśmiennictwa: „Fakt, że nie wszyscy są zainteresowani lub mają bezpłatny dostęp do usług świadczonych przez

przedsiębiorcę nie oznacza, że przedsiębiorcę działania nie są oparte na interesie ogólnym. (...) Nawet jeśli działanie przynosi korzyści tylko jednej osobie lub przedsiębiorstwu, czynność tę można ogólnie zaklasyfikować jako zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym, jeżeli istnieje cel społeczny, z którego wynika korzyść dla osoby fizycznej lub przedsiębiorstwa”

(M. Steinicke, P. Vesterdorf, EU Public Procurement Law, C.H.Beck, 2018 rok, s. 143, tłumaczenie własne). Niewątpliwie zarówno resocjalizacja osadzonych, jak i zapewnienie osadzonemu dostępu do komunikacji to cele społecznie użyteczne. Mamy zatem do czynienia z zaspokajaniem wskazanych w Dyrektywie potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Odwołując się do poglądów przytaczanych powyżej, przepisy dyrektywy nie wymagają, by zaspokajanie potrzeb leżących w interesie ogólnym stanowiło główny przedmiot działalności takiego przedsiębiorstwa - zakres takiej działalności może być nieproporcjonalnie wąski w stosunku do zakresu prowadzonej działalności o innym charakterze. Nie ma zatem znaczenia, iż Zamawiający prowadzi także innego rodzaju (nakierowaną na zysk) działalność. Można nawet uznać, że taka działalność (komercyjna) jest nie tyle celem działania Zamawiającego, a środkiem służącym do osiągnięcia celu (resocjalizacja). Zatem w naszej ocenie status Zamawiającego jako podmiotu prawa publicznego nie powinien budzić wątpliwości. Jak zaś wskazała Izba w wyroku

z 25.10.2017 r.: „Izba w tym kontekście podnosi za samym Zamawiającym, że stosownie do § 4 ust. 1 Umowy Spółki podstawowym celem jego działalności jest prowadzenie podmiotu leczniczego świadczącego usługi w zakresie opieki stacjonarnej i specjalistycznej ambulatoryjnej, pomocy doraźnej i transportu sanitarnego oraz podstawowej opieki zdrowotnej i opieki paliatywnej. (...) Kwestia, tego, że teoretycznie może się zdarzyć, iż Zamawiający będzie wykonywał świadczenia medyczne tylko odpłatnie, komercyjnie - nie zmienia tego pierwotnego celu utworzenia. W tym kontekście, Zamawiający wyartykułował także nową przesłankę - "o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności". Stwierdził, że dodany na podstawie jednej z ostatnich nowelizacji (ustawa z 22 czerwca 2016 r. - Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) w art. 3 ust. 1 pkt 3 in fine zapis "o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności" stanowi odzwierciedlenie w szczególności wyjaśnienia zawartego w motywie 10 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE (Dz. U. UE L z dnia 28 marca 2014 t. 94, s. 65). Przepis motywu 10 preambuły samo, że podmiot działający w zwykłych warunkach rynkowych, ma na celu wypracowanie zysku i ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności, nie powinien być uważany za podmiot prawa publicznego, - ponieważ potrzeby

interesu ogólnego, do zaspokajania których ten podmiot został założony lub zaspokajanie których powierzono mu jako zadanie, można uważać za posiadające charakter przemysłowy lub handlowy. (...) W tym celu należy odwołać się do brzmienia motywu 10 do dyrektywy 2014/24/UE, a także motywu 21 i 12 odpowiednio do dyrektyw 2014/23/UE oraz 2014/25/UE, gdzie unijny prawodawca wskazał, że podmiot, który działa w zwykłych warunkach rynkowych, ma na celu wypracowanie zysku i ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności,

nie powinien być uważany za "podmiot prawa publicznego", ponieważ potrzeby interesu ogólnego, do zaspokajania, których ten podmiot został założony lub zaspokajanie, których powierzono mu jako zadanie, można uważać za posiadające charakter przemysłowy lub handlowy. W tych samych motywach preambuły cytowanych dyrektyw unijny prawodawca przypomniał, że termin "instytucje zamawiające", a zwłaszcza termin "podmioty prawa publicznego" były wielokrotnie analizowane przez Trybunał Sprawiedliwości UE. Zaznaczył zarazem, że zakres podmiotowy dyrektyw powinien pozostać niezmieniony. W tym celu w dyrektywach 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE zachowane zostały definicje, na których oparł się Trybunał, oraz wprowadzono pewną liczbę objaśnień przedstawionych w ramach tego orzecznictwa jako kluczowych dla zrozumienia samych definicji, przy czym zamiarem unijnego prawodawcy nie była zmiana rozumienia pojęć wypracowanych w orzecznictwie. (...) Trybunał stwierdził także, że istnienie znaczącej konkurencji samo w sobie nie pozwala wysnuć wniosku, że nie mamy do czynienia z potrzebami w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Podobnie rzecz się ma z tym, że dany podmiot ma na celu zaspokajanie w szczególności potrzeb przedsiębiorstw handlowych. Aby dokonać rzetelnej oceny, czy potrzeby w interesie ogólnym, do których zaspokajania dany podmiot został powołany lub których zaspokajanie zostało mu powierzonych, mają nieprzemysłowy i niehandlowy charakter, należy wziąć pod uwagę szereg różnych czynników, w tym warunki, w jakich ten podmiot prowadzi swoją działalność. (za orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia w sprawie C-18/01 *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy i Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa przeciwko Varkauden Taitotalo Oy*, ECLI:EU:C:2003:300 oraz orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Korhonen* pkt 50; por. także wyrok z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00 *A. T. GmbH przeciwko Bestattung Wien GmbH*, ECLI:EU:C:2003:110, pkt 61) (Wyrok KIO z 25.10.2017 r., KIO 2159/17, LEX nr 2408985). W ocenie Odwołującego cytowany wyżej fragment wyroku Izby wpisuje się w stan faktyczny niniejszego postępowania. Ze

statutu Zamawiającego wynika bowiem jednoznacznie, że przedmiotem jego działalności jest realizacja w szczególności zadań publicznych, polegających na prowadzeniu oddziaływań

penitencjarnych oraz resocjalizacyjnych wobec osób skazanych na karę pozbawienia wolności przez organizowanie pracy sprzyjającej zdobywaniu kwalifikacji zawodowych oraz kształtowanie pozytywnych postaw społecznych. Co prawda Zamawiający działa w warunkach rynkowych i może osiągać zysk, jednak nie jest to główny, nadrzędny cel jego działalności. Można także uznać, że działanie Zamawiającego związane jest z interesem ogólnym, bowiem resocjalizacja osób skazanych wpływa pozytywnie na całe społeczeństwo. Niemniej, nawet gdyby odrzucić taką argumentację nie można pomijać faktu, że zarówno poglądy doktryny, jak i orzecznictwo TSUE wskazują, że interes ogólny nie musi dotyczyć całego społeczeństwa a wyłącznie określonej grupy osób. W tym przypadku taką grupą są osadzeni w zakładach penitencjarnych. Dodać jednak w tym miejscu należy, że działania Zamawiającego nie można także oceniać przez pryzmat wyłączeń stosowania ustawy o koncesji lub ewentualnie ustawy Pzp. Żadne wyłączenie podmiotowe ani przedmiotowe przewidziane w przepisach tych ustaw nie znajdzie zastosowania w analizowanym przypadku. Mając powyższe na względzie,

w ocenie Odwołującego Zamawiający stanowi podmiot, o którym mowa w art. 4 pkt 3 ustawy Pzp a zatem przez niezastosowanie przepisów ustawy o koncesji lub ewentualnie ustawy Pzp naruszył odpowiednio przepisy jednej z tych ustaw.

Odnosnie naruszenia przepisów ustawy o koncesji oraz ustawy Pzp: Prowadząc postępowanie z pominięciem przepisów ustawy o koncesji oraz ustawy Pzp Zamawiający naruszył następujące przepisy: art. 12 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji w sposób mający na celu uniknięcie stosowania przepisów ustawy a w konsekwencji art. 4 ustawy o koncesji w zw. z art. 17 pkt 1 ustawy

o koncesji w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o koncesji przez zaniechanie przekazania ogłoszenia o koncesji do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, (ewentualnie) art. 86 ustawy Pzp przez zaniechanie przekazania ogłoszenia do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej a w konsekwencji naruszenie art. 129 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp w zw. z art. 130 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieprzeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o zawarcie umowy o wykonanie zamówienia publicznego zmierzającego do udzielenia zamówienia wykonawcy nie wyłonionemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Wcześniejsza treść odwołania wykazała, że Zamawiający jest podmiotem prawa publicznego, o którym mowa w art. 4 pkt 4 ustawy Pzp a zatem jest zobowiązany do stosowania ustawy Pzp lub ustawy o koncesji. Przedmiotem zamówienia są objęte w głównej mierze usługi telekomunikacyjne których ostatecznym odbiorcą są osadzeni. Należy podkreślić, iż jednostki podległe Ministerstwu Sprawiedliwości dokonywały

zakupu takich świadczeń w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy Pzp. Przykładowo postępowanie na usługę Warstwy Centralnej na potrzeby cyfrowej sieci telefonicznej

dla osadzonych w jednostkach penitencjarnych Służby Więziennej na terenie całej Polski .

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający pominął jednak przepisy wyżej wymienionych ustaw i prowadził postępowanie na podstawie Regulaminu. Zamawiający nie przygotował i nie wysłał do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o koncesji lub odpowiednio o zamówieniu. Jak wskazał ETS w wyroku z 13.10.2005 r. (Wyrok z dnia 13.10.2005 r., C-458/03, Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i in., Zb.Orz. 2005, s. I-08585) „niezgodne z art. 43 i 49 TWE, jak również z zasadami równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości, jest udzielenie przez organ publiczny, bez publikacji ogłoszenia, koncesji na świadczenie usług publicznych na rzecz powstałej w wyniku przekształcenia specjalnego przedsiębiorstwa tego organu spółki akcyjnej, której przedmiot działalności został rozszerzony na nowe ważne sektory (...)” (M. Lemke, D. Piasta, Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r., 2006, s. 231). Tym samym, już poprzednia dyrektywa wyłączała możliwość udzielania koncesji na świadczenie usług publicznych z pominięciem publikacji ogłoszenia o koncesji. Jak wskazano we wcześniejszej części odwołania, zgodnie z treścią art. 105b § 4 ustawy Kodeks karny wykonawczy zapewnienie systemu służącego realizacji uprawnienia, o którym mowa w § 1, można powierzyć

przywieziennemu zakładowi pracy wskazanemu przez Ministra Sprawiedliwości, w drodze decyzji. W takim wypadku dla każdego zakładu karnego jest zawierana odrębna umowa podpisana przez dyrektora zakładu karnego z przywieziennym zakładem pracy. Niemniej takie powierzenie nie może prowadzić

do obejścia przepisów unijnego oraz krajowego prawa zamówień publicznych. Mamy bowiem do czynienia z alternatywą polegającą na: zamówieniu usług telekomunikacyjnych w zakresie aparatów samoinkasujących zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych w trybach konkurencyjnych przez zakłady karne albo zamówienie takich usług w przywieziennym zakładzie (PGSW), który następnie z pominięciem szeroko rozumianego prawa zamówień publicznych w całości przekazuje takie zamówienia na rynek. Przy czym powierzenie wykonania zadania przywieziennemu zakładowi kontrolowanemu przez Ministerstwo winno uwzględniać cele unijnego oraz krajowego prawa zamówień publicznych. Komisja Europejska wskazuje: „o ile stosunek między sprawującą kontrolę instytucją zamawiającą a podmiotem kontrolowanym może być wyłączony spod zakresu stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych ze względu na jego wewnętrzny

charakter, to podmiot uznany za podmiot wewnętrzny standardowo kwalifikowałby się również jako „podmiot prawa publicznego” podlegający obowiązkowi przestrzegania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych w

odniesieniu do swoich własnych zamówień” (Komisja Europejska, Dokument Roboczy Służb Komisji w sprawie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych do stosunków między instytucjami zamawiającymi, współpraca publiczno-publiczna, SEC (2011) 1169 fi nal z 4.10.2011 r.). Jak słusznie dodaje Prezes UZP (Dopuszczalność zakupu (usług, dostaw lub robót budowlanych) przez spółki zależne od zamawiających sektorowych u podmiotów trzecich w celu realizacji zadań zleconych przez zamawiających sektorowych na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp. Portal): „przepisy dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych (...) a co za tym idzie transponujące je przepisy ustawy Pzp, powinny być interpretowane zgodnie z ich pro wspólnotową wykładnią (...). udzielenie zamówienia (...) przedsiębiorstwu powiązanemu, które samo nie jest w stanie zrealizować powierzonego zadania i musi je zlecać podmiotom trzecim, nie będąc przy tym zobowiązane do stosowania przepisów regulujących udzielanie zamówień (...), zagrażałoby skuteczności dyrektywy (...)”. Innymi słowy nie można uznać, iż ma miejsce współpraca między zamawiającymi, w sytuacji gdy zamawiający wyłącznie odpowiedzialny na podstawie prawa krajowego za wykonanie zadania realizowanego w interesie publicznym nie wykonuje sam w całości tego zadania, do którego wykonania niezbędny jest szereg działań, ale zleca za wynagrodzeniem wykonanie jednego z niezbędnych działań innemu, niezależnemu od siebie podmiotowi (Wyrok TSUE z dnia 4 czerwca 2020 r. w sprawie C-429/19). Analiza dokumentacji Konkursu musi prowadzić do konkluzji, iż w praktyce zapewnienie systemu służącego realizacji prawa do korzystania z samoinkasującego aparatu telefonicznego w całości zostanie przeniesione na przedsiębiorcę prywatnego wyłonionego w drodze konkursu.

Odnosząc się do samego powierzenia PGSW zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 lutego 2023 r. zapewnienia w zakładach karnych i aresztach śledczych systemu teleinformatycznego: Zgodnie z treścią § 7 Statutu PGSW przedsiębiorstwo gospodaruje wydzielonym mu i nabytym mieniem, zapewnia jego ochronę i prowadzi samodzielną działalność gospodarczą na zasadach racjonalnej gospodarki i rachunku ekonomicznego. Powyższe może być (przy pominięciu innych aspektów) argumentem na brak istnienia przesłanek do uznania PGSW za podmiot prawa publicznego (komercyjny charakter przedsiębiorstwa). Niemniej warto w tym zakresie przytoczyć następujący pogląd Komisji Europejskiej: W sprawach Coditel i Sea Trybunał stwierdził, że gdyby podmiot kontrolowany stał się podmiotem zorientowanym rynkowo i zyskał pewien margines autonomii, co powodowałoby osłabienie kontroli sprawowanej przez instytucje zamawiające, to pierwsze kryterium określone w sprawie Teckal nie byłoby już spełnione. (...) Kontrolowany podmiot

może nawiązywać stosunki z przedsiębiorstwami z sektora prywatnego, pod warunkiem że pozostają one uboczne wobec podstawowej działalności tego podmiotu, tj. zarządzania usługami publicznymi (Komisja Europejska, Dokument Roboczy Służb Komisji w sprawie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych do stosunków między instytucjami zamawiającymi (współpraca publiczno-publiczna), SEC (2011) 1169 fi nal z 4.10.2011 r.). Należy też pamiętać, iż zgodnie z wytycznymi określonymi w wyroku Teckal przeważająca część działalności podmiotu wewnętrznego musi ograniczać się do wykonywania zadań powierzonych przez podmiot kontrolujący/podmioty kontrolujące. Zatem czysto komercyjny charakter działalności PGSW stałby na przeszkodzie do uznania dopuszczalności powierzenia temu podmiotowi przez Ministerstwo wykonywania koncesji na zapewnienie w zakładach karnych i aresztach śledczych systemu teleinformatycznego. Biorąc pod uwagę całość powyższej argumentacji, w ocenie Odwołującego nie do zaakceptowania jest sytuacja, gdy na potrzeby powierzenia wykonywania zadań PGSW miałyby być traktowane jak podmiot wewnętrzny (in-house), zaś na potrzeby badania statusu PGSW w kontekście instytucji podmiotu prawa publicznego, jak przedsiębiorstwo o charakterze czysto komercyjnym. Mielibyśmy w tym zakresie do czynienia z niespójnością skutkującą faktycznym wyprowadzeniem poza system zamówień publicznych zamówień i koncesji realizowanych w obszarze działania Ministerstwa Sprawiedliwości. Najwyższa Izba Kontroli w 2021 roku negatywnie ocenia działania Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego w zakresie nadzoru nad przywiezionymi zakładami pracy w odniesieniu do wykorzystywania wyłączenia stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych, określonego w art. 4d ust. 1 pkt 8 tej ustawy Pzp z 2004 roku (obecnie art. 11 ust. 5 pkt 8 Pzp). Zgodnie z tym przepisem ustawy nie stosuje się do zamówień udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości - Prokuratora Generalnego albo jednostki organizacyjne mu podległe przywiezionym zakładom pracy. W ocenie NIK: „Sposób wyboru podwykonawców przez zakłady posiadające status przedsiębiorstwa państwowego był w dużej mierze uznaniowy. Opisana praktyka, przy braku procedur wewnętrznych normujących udzielanie zamówień przez przywiezione zakłady pracy, stwarzała warunki nabywania towarów i usług w niekonkurencyjnych cenach oraz uznaniowego faworyzowania wybranych podwykonawców, co mogło skutkować powstaniem ryzyka wystąpienia mechanizmu korupcyjnego. (...) Spośród pięciu objętych kontrolą NIK przywiezionych zakładów pracy, jeden z nich – MAZOVIA posiadała status instytucji gospodarki budżetowej, o której mowa w art. 9 pkt 6 ustawy o fp. Jest to obecnie jedyny zakład prowadzony w takiej formie. W związku z powyższym była ona zobowiązana do stosowania ustawy Pzp przy udzielaniu zamówień publicznych. Ustalono, że MAZOVIA udzielała zamówień publicznych (w tym na podwykonawstwo) zgodnie z ustawą Pzp i wewnętrznymi procedurami.”. Jak wskazano powyżej, obecnie MAZOVIA wskutek przyłączenia do PEPEBE WŁOCLAWEK utraciła status

instytucji gospodarki budżetowej. Mamy zatem do czynienia z regresem w porównaniu ze stanem badanym przez Najwyższą Izbę Kontroli. Biorąc pod uwagę powyżej przedstawioną argumentację, w ocenie Odwołującego odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Do odwołania Odwołujący załączył w szczególności Statut Zamawiającego i Regulamin wraz z załącznikami.

W dniu 09.06.2023 r. (wpływ na adres skrzynki poczty elektronicznej UZP) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania. Wskazał na błędne przyjęcie w odwołaniu, iż Polska Grupa SW Przedsiębiorstwo Państwowe, dalej również jako „PGSW”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Przeprowadzenie wskazanego konkursu nie podlega bowiem pod regulację ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (tj.: Dz. U. z 2023 r. poz. 140), jak również regulacji ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) - dalej zwanej: „UPZP”. Wynika to z faktu, że w art. 2 pkt 11 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi „zamawiający” zdefiniowany został

poprzez odesłanie do art. 4 UPZP. Zgodnie natomiast z art. 4 pkt 3) UPZP przepisy UPZP stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są inne, niż określone w pkt 1 (nie będące jednostkami sektora finansów publicznych) osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Oznacza to, że przepisy ustawy stosuje się do podmiotów, którymi są nie będące jednostkami sektora finansów publicznych osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Takim podmiotem Polska Grupa SW przedsiębiorstwo państwowe nie jest. Przede wszystkim wskazał, że zgodnie z art. 1 ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (tj.: Dz.U. z 2023 r. poz. 437 ze zm.) przedsiębiorstwo państwowe jest samodzielnym, samorządnym i samofinansującym się przedsiębiorcą posiadającym osobowość prawną. Już zatem z tego tylko powodu PGSW nie spełnia wymogów UPZP dla uznania jej za zamawiającego publicznego. Zgodnie natomiast z art. 9 pkt 14) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1634 ze zm.) PGSW nie jest jednostką sektora finansów publicznych. Stosownie natomiast do dyrektyw wypływających z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (tj.: Dz.U. z 2023 r. poz. 221 ze zm.) przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. Z kolei działalnością gospodarczą (art. 3 tej ustawy) jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły. Zatem ustawa przesądza, że działalność przedsiębiorstwa państwowego jest ukierunkowana

na zorganizowaną działalność zarobkową, wykonywaną we własnym imieniu i w sposób ciągły, nie ograniczony do określonej liczby odbiorców. Nie ma też żadnych przesłanek dla uznania, że PGSW zostało utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Jak bowiem wynika z § 4 ust. 2 statutu Polskiej Grupy SW Przedsiębiorstwa Państwowego stanowiącego załącznik do zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 stycznia 2023 r. w sprawie nadania statutu Polskiej Grupie SW Przedsiębiorstwu Państwowemu (Dz.Urz. MS. Poz. 1) w celu realizacji zadań, o których mowa w ust. 1. przedsiębiorstwo prowadzi działalność produkcyjną, handlowo-usługową oraz wykonuje roboty remontowo-budowlane na rzecz organu założycielskiego, jednostek organizacyjnych podległych lub nadzorowanych przez Ministra Sprawiedliwości, pozostałych jednostek organizacyjnych sektora finansów publicznych

i innych podmiotów niebędących jednostkami sektora finansów publicznych oraz uczestniczy w przedsięwzięciach o charakterze historycznym i patriotycznym w celu upamiętnienia osób, miejsc oraz wydarzeń związanych z historią Polski. Już tylko z powyższego przepisu wynika, że PGSW nie jest podmiotem, o którym mowa w art. 4 pkt 3) UPZP. Biorąc pod uwagę powyższe wyjaśnienia uprzejmie informuję, że PGSW nie jest w stanie udzielić odpowiedzi na pytania zawarte w piśmie KIO, gdyż czynności o których w nich mowa związane są ściśle z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów UPZP. Na podstawie wskazanych wyżej regulacji PGSW nie prowadzi takiego postępowania, w związku czym odwołanie na podstawie art. 528 pkt 1 UPZP powinno zostać odrzucone.

W dniu 16.06.2023 r. (wpływ na adres skrzynki poczty elektronicznej UZP) Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym podniósł: Zamawiający nie zastosował się do dyspozycji art. 524 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) („ustawy Pzp”) i nie zamieścił na stronie, na której prowadzi postępowanie () informacji o wniesieniu odwołania przez Odwołującego oraz nie wezwał innych uczestników rynku do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Odwołujący wskazał przy tym, że zdaje sobie sprawę z tego, że Zamawiający konsekwentnie kwestionuje obowiązek stosowania ustawy Pzp przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia, jednakże art. 524 ustawy Pzp ma zastosowanie do wszystkich odwołań wniesionych na jej podstawie. Przepis ten ma także zastosowanie do odwołań wnoszonych na podstawie art. 54 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2023 roku poz. 140 ze zm.) (zwana dalej:

„ustawą o koncesji”). Ustawa Pzp nie przewiduje wyjątków od obowiązku zastosowania jej

art. 524, który stanowi, że Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub są udostępniane dokumenty zamówienia, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W odniesieniu do przedmiotowego postępowania istotny jest fragment analizowanego przepisu, który wskazuje, że jeśli odwołanie dotyczy dokumentów zamówienia to zamawiający ma obowiązek publikacji tego odwołania na stronie internetowej, na której zamieszczono tę dokumentację. Przy czym podkreślić należy, że przepis nie precyzuje o jakie dokumenty zamówienia chodzi. Uznać zatem należy, że jeśli odwołanie dotyczy jakiegokolwiek dokumentu zamówienia to powinno być zamieszczone na stronie internetowej na której są dokumenty zamówienia. Podkreślił, że to nie rolą Zamawiającego a łby jest weryfikacja możliwości i zasadności wniesienia odwołania. Działanie Zamawiającego pozbawia zatem innych potencjalnych wykonawców zainteresowanych postępowaniem możliwości przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W tym kontekście istotny jest zaś fakt, że postępowanie wzbudziło duże zainteresowanie uczestników rynku usług telekomunikacyjnych. Przypuszczać można, że do Zamawiającego wpłynęło kilkaset pytań o wyjaśnienie treści Regulaminu, bowiem do dnia 15 czerwca 2023 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania 70 pytań i odpowiedzi, jednakże ich numeracja wskazuje, że nie wszystkie zostały opublikowane – do pisma Odwołujący załączył opublikowane pytania i odpowiedzi. Nie została opublikowana znaczna część pytań Odwołującego. Odwołujący ponadto poruszył ponownie kwestię Zamawiającego jako podmiotu prawa publicznego. W tym aspekcie nie mógł pomijać faktu,

że Zamawiający jest podmiotem, który powstał z przekształcenia Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej

MAZOVIA (dalej „IGB MAZOVIA”). IGM MAZOVIA stosowała zaś, w swojej bieżącej działalności, przepisy ustawy Pzp. Nie tylko prowadziła znaczną liczbę postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy Pzp, ale i postępowania tożsamego co do celu z obecnie prowadzonym przez PGSW postępowaniem (na zapewnienie osadzonym dostępem do usług telekomunikacyjnych). Przykładowo (: Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej Mazovia, Sukcesywne dostawy kart telefonicznych dla Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej Mazovia w podziale

na cztery części. IGB MAZOVIA została utworzona przez Ministra Sprawiedliwości na podstawie zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 listopada 2010 r. w sprawie utworzenia Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej MAZOVIA (Dz. Urz. MS z 2010 r. Nr 13, poz. 159 z późn. zm.). IGB MAZOVIA realizowała zadania publiczne co wprost wynikało z jej statutu. W jego ostatniej wersji wskazano, że (zarządzenie Ministra Sprawiedliwości

z dnia 21 stycznia 2022 r. zmieniające zarządzenie w sprawie utworzenia Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej MAZOVIA (Dz. Urz. MS z 2022 r. poz. 5) (§ 4): 1. Instytucja realizuje zadania publiczne, polegające na prowadzeniu oddziaływań penitencjarnych

oraz resocjalizacyjnych wobec osób skazanych na karę pozbawienia wolności przez organizowanie pracy sprzyjającej zdobywaniu kwalifikacji zawodowych oraz kształtowanie pozytywnych postaw społecznych. 2. W celu realizacji zadań, o których mowa w ust. 1, Instytucja prowadzi działalność produkcyjną, handlowo-usługową oraz wykonuje roboty remontowo-budowlane na rzecz organu założycielskiego, jednostek organizacyjnych podległych lub nadzorowanych przez Ministra Sprawiedliwości, pozostałych jednostek organizacyjnych sektora finansów publicznych i innych podmiotów niebędących jednostkami sektora finansów publicznych oraz uczestniczy w przedsięwzięciach o charakterze historycznym i patriotycznym w celu upamiętnienia osób, miejsc i wydarzeń związanych z historią Polski.”. Tym samym, celem działania IGB MAZOVIA była realizacja zadań publicznych związanych z oddziaływaniem na osadzonych. IGB MAZOVIA prowadziła działalność produkcyjną, handlowo-usługową oraz wykonuje roboty remontowo-budowlane. Zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 marca 2018 r. w sprawie połączenia Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej MAZOVIA, Bałtyckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej BALTICA, Pomorskiej Instytucji Gospodarki Budżetowej POMERANIA, Podkarpackiej Instytucji Gospodarki Budżetowej CARPATIA i Zachodniej Instytucji Gospodarki Budżetowej PIAST (Dz. Urz. MS z 2018 r. poz. 143 z późn. zm.) połączono następujące instytucje: 1) Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA z siedzibą w Warszawie, utworzoną zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 listopada 2010 r. w sprawie utworzenia Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej MAZOVIA (Dz. Urz. Min. Sprawiedl. poz. 159, z późn. zm. 1; 2) Bałtycką Instytucję Gospodarki Budżetowej BALTICA z siedzibą w Gdańsku, utworzoną zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 listopada 2010 r. w sprawie utworzenia Bałtyckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej BALTICA (Dz. Urz. Min. Sprawiedl. poz. 156, z późn. zm. 2); 3) Pomorską Instytucję Gospodarki Budżetowej POMERANIA z siedzibą w Koszalinie, utworzoną zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 listopada 2010 r. w sprawie utworzenia Pomorskiej Instytucji Gospodarki Budżetowej POMERANIA (Dz. Urz.

Min. Sprawiedl. poz. 157, z późn. zm.); 4) Podkarpacką Instytucję Gospodarki Budżetowej CARPATIA z siedzibą w Rzeszowie, utworzoną zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 listopada 2010 r. w sprawie utworzenia Podkarpackiej Instytucji Gospodarki Budżetowej CARPATIA (Dz. Urz. Min. Sprawiedl. poz. 161, z 2012 r. poz. 124, z 2016 r. poz. 131

oraz z 2017 r. poz. 192); 5) Zachodnią Instytucję Gospodarki Budżetowej PIAST z siedzibą w Wołowie, utworzoną zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 listopada 2010 r. w sprawie utworzenia Zachodniej Instytucji Gospodarki Budżetowej PIAST (Dz. Urz. Min. Sprawiedl. poz. 160, z późn. zm.). Połączenie to nastąpiło przez włączenie instytucji, o których mowa w pkt 2-5 powyżej, do IGB MAZOVIA. Celem wszystkich połączonych instytucji,

o których mowa w pkt 2-5 powyżej, przed ich włączeniem do IGB MAZOVIA, była realizacja zadań publicznych polegających na prowadzeniu oddziaływań penitencjarnych oraz resocjalizacyjnych wobec osób skazanych na karę pozbawienia wolności przez organizowanie pracy sprzyjającej zdobywaniu kwalifikacji zawodowych. W tym aspekcie należy wskazać na powołany w odwołaniu art. 4 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zobowiązanym do stosowania ustawy jest tzw. podmiot prawa publicznego, którym jest: a) osoba prawna, b) utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, c) jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w art. 4 pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot (warunek kontroli): finansują je w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Dalej wskazał, że działalność polegająca na prowadzeniu oddziaływań penitencjarnych

oraz resocjalizacyjnych wobec osób skazanych na karę pozbawienia wolności przez organizowanie pracy sprzyjającej zdobywaniu kwalifikacji zawodowych oraz kształtowanie pozytywnych postaw społecznych spełnia definicję działań o charakterze powszechnym. Istotne jest bowiem, że już samo odbywanie kary, zgodnie z art. 67 Kodeksu karnego wykonawczego ma na celu: § 1. Wykonywanie kary pozbawienia wolności ma na celu wzbudzanie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądanych postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymania się od powrotu do przestępstwa. § 2. Dla osiągnięcia celu określonego w § 1 prowadzi się zindywidualizowane oddziaływanie na skazanych w ramach określonych w ustawie systemów wykonywania kary, w różnych rodzajach i typach zakładów karnych. § 3. W oddziaływaniu na skazanych, przy poszanowaniu ich praw

i wymaganiu wypełniania przez nich obowiązków, uwzględnia się przede wszystkim pracę, zwłaszcza sprzyjającą zdobywaniu odpowiednich kwalifikacji zawodowych, nauczanie, zajęcia kulturalno-oświatowe i sportowe, podtrzymywanie

kontaktów z rodziną i światem zewnętrznym oraz środki terapeutyczne. Wykonywanie kary ma zatem cel powszechny, bowiem zapobieganie powrotu do przestępstwa, kształtowanie społecznie użytecznych postaw

i przestrzeganie porządku publicznego służy ogółowi społeczeństwa a nie tylko osobie skazanej. Nie ulega zatem wątpliwości, że IGB MAZOVIA jak i podmioty do niej włączone w 2018 r. choć były jednostkami sektora finansów publicznych to faktycznie spełniały także dyspozycję podmiotu prawa publicznego. Każda z tych instytucji bowiem: 1. była osobą prawną; 2. była powołana w celu realizacji zadań publicznych, potrzeb o charakterze powszechnych nie mających charakteru handlowego a nie przemysłowego (działalność handlowo-przemysłowa prowadzona była w celu realizacji zadań publicznych); 3. kontrolę nad nimi sprawował Minister Sprawiedliwości. Tym samym, zarówno IGB MAZOVIA jak i Zamawiający spełniają wymagania definicji podmiotu prawa publicznego (kontynuują bowiem w ramach prowadzonego przedsiębiorstwa państwowego działalność prowadzoną w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niekomercyjnym). Warto w tym miejscu dodać ponadto, że z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wynika, że w celu zdefiniowania pojęcia „potrzeby o charakterze powszechnym, niemające charakteru handlowego lub przemysłowego” ETS wyodrębnił w kolejnych orzeczeniach następujące cechy charakterystyczne: konieczne jest wyważenie istniejącego na rynku poziomu konkurencji w zakresie zaspokajanych potrzeb o charakterze powszechnym – czy poziom ten nie jest zbyt wysoki wśród podmiotów prywatnych co może wskazywać na handlowy

lub przemysłowy charakter tych potrzeb (Orzeczenie ETS z 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96, Arnheim) - na rynku nie ma konkurencji gdyż zadania penitencjarne realizowane są wyłącznie przez organy władzy publicznej; realizowanie potrzeb, które tradycyjnie były objęte zakresem działania władzy publicznej, np. publikacja druków urzędowych (Orzeczenie ETS

z 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96, Mannesmann) - realizacja zadań penitencjarnych jest zadaniem organów władzy publicznej; osiąganie zysków nie jest podstawowym celem działania podmiotu prawa publicznego (Orzeczenie ETS z 16 października 2003 r. w sprawie C-283/00, Komisja przeciwko Hiszpanii) - zarówno w przypadku IGB MAZOVIA jak i Zamawiającego głównym celem działania nie jest osiąganie zysku. Podmioty te mogły/ą osiągać zysk ale celem ich działalności jest realizacja działań penitencjarnych. W tym miejscu zasadne jest ponadto porównanie zapisów celów statutowych IGB MAZOVIA oraz Zamawiającego (podkreślono różnice):

IGB MAZOVIA

1. Instytucja realizuje zadania publiczne, polegające na prowadzeniu oddziaływań penitencjarnych oraz resocjalizacyjnych wobec osób skazanych na karę pozbawienia wolności przez organizowanie pracy sprzyjającej zdobywaniu kwalifikacji zawodowych oraz kształtowanie pozytywnych postaw społecznych.
2. W celu realizacji zadań, o których mowa w ust. 1, Instytucja prowadzi działalność produkcyjną, handlowo-usługową oraz wykonuje roboty remontowo-budowlane na rzecz organu założycielskiego, jednostek organizacyjnych podległych lub nadzorowanych przez Ministra Sprawiedliwości, pozostałych jednostek organizacyjnych sektora finansów publicznych i innych podmiotów niebędących jednostkami sektora finansów publicznych oraz uczestniczy w przedsięwzięciach o charakterze historycznym i patriotycznym w celu upamiętnienia osób, miejsc i wydarzeń związanych z historią Polski.

ZAMAWIAJĄCY

1. Przedsiębiorstwo realizuje w szczególności zadania publiczne, polegające na prowadzeniu oddziaływań penitencjarnych oraz resocjalizacyjnych wobec osób skazanych na karę pozbawienia wolności przez organizowanie pracy sprzyjającej zdobywaniu kwalifikacji zawodowych oraz kształtowanie pozytywnych postaw społecznych.
2. W celu realizacji zadań, o których mowa powyżej, przedsiębiorstwo prowadzi działalność produkcyjną, handlowo-usługową oraz wykonuje roboty remontowo-budowlane na rzecz organu założycielskiego, jednostek organizacyjnych podległych lub nadzorowanych przez Ministra Sprawiedliwości, pozostałych jednostek organizacyjnych sektora finansów publicznych i innych podmiotów niebędących jednostkami sektora finansów publicznych oraz uczestniczy w przedsięwzięciach o charakterze historycznym i patriotycznym w celu upamiętnienia osób, miejsc oraz wydarzeń związanych z historią Polski.

Z zestawienia tego wynika zatem jednoznacznie, że cel utworzenia IGB MAZOVIA jak i Zamawiającego jest taki sam i taki sam jest sposób ich realizacji. Oznacza to zatem, że zmieniła się jedynie forma organizacyjno-prawna podmiotu a nie cel jego utworzenia.

O niekomercyjnym charakterze PGSW świadczy szereg okoliczności. Przykładowo w dniu 23 maja 2023 r. zostało zawarte porozumienie o współpracy pomiędzy Szkołą Wyższą Wymiaru Sprawiedliwości a Polską Grupą SW Przedsiębiorstwo Państwowe. Jak informuje sygnatariusz porozumienia, dotyczy ono: „współpracy w zakresie prowadzenia wspólnych działań badawczo-rozwojowych, popularyzujących wiedzę i dydaktycznych poprzez m.in.: prowadzenia wspólnych działań w zakresie resocjalizacji i wspierania osób osadzonych oraz opuszczających Zakłady Karne i Areszty Śledcze w ramach programu „Praca dla Więźniów”, zainicjowanego przez Ministra Sprawiedliwości w 2016 r. oraz realizowanego przez Służbę Więzienną, kooperacja w zakresie popularyzacji zdrowego trybu życia i sportu, zwłaszcza w zakresie działań Służby Więziennej, promowanie przedsięwzięć mających na celu

promowanie postaw patriotycznych i kształtowanie świadomości obywatelskiej i narodowej oraz udział we wspólnych projektach naukowych, naukowo-badawczych, popularyzatorskich, społecznych i kulturalnych, a także umożliwienie staży zawodowych oraz praktyk absolwenckich w ramach działalności PGSW. (...) Zatrudnienie w warunkach izolacji

więziennej jest jednym z podstawowych narzędzi oddziaływania penitencjarnego. Dzięki wsparciu naukowemu będziemy mogli stale monitorować zachodzące zmiany społeczne, w tym zachowania osób poddawanych różnego rodzaju oddziaływaniom. Reprezentujący Polską Grupę SW Bartosz Błazek wyraził nadzieję, że obopólna współpraca przyczyni się do rozwoju promocji zatrudniania osób pozbawionych wolności" ([dostęp w dniu 16 czerwca 2023 roku]). W przypadku PGSW mamy do czynienia nie z utworzeniem podmiotu o charakterze czystko komercyjnym, nakierowanym na zysk, a z realizowaniem w takiej (zmienionej) formule prawnej zadań o charakterze publicznym. W ocenie Odwołującego zmiana formy organizacyjno-prawnej podmiotu przy zachowaniu dotychczasowych celów jego działalności oraz podmiotu kontrolującego nie powinna, a wręcz nie może, oznaczać, że działalność tego podmiotu może być realizowana z pominięciem przepisów ustawy Pzp. Podmiot będący osobą prawną, realizującą potrzeby o charakterze powszechnych nie mających charakteru handlowego a nie przemysłowego nad którym kontrolę sprawuje Minister Sprawiedliwości powinien zatem stosować przepisy ustawy Pzp bez względu na to czy jest instytucją gospodarki budżetowej czy też przedsiębiorstwem państwowym. Warto zwrócić uwagę na to co jest celem, a co środkiem do osiągnięcia celu w działalności PGSW. Celem powstania PGSW jest prowadzenie oddziaływań penitencjarnych oraz resocjalizacyjnych wobec osób skazanych na karę pozbawienia wolności przez organizowanie pracy. Zatem sam ewentualnie osiągany zysk z pracy przez skazanych jest jedynie skutkiem realizowania zadania o charakterze publicznym. Tym samym prowadzenie działalności komercyjnej (w rozumieniu sprzedaży usług i dostaw) nie może być argumentem uchylaniem się przez PGSW od stosowania przepisów ustawy Pzp. Jak słusznie podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza: „Okoliczność, że zamawiający może prowadzić działalność gospodarczą nie oznacza jeszcze, że w ten sposób traci przymiot podmiotu prawa publicznego. Jak wskazuje się w piśmiennictwie i orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, fakt prowadzenia działalności gospodarczej nie wyklucza kwalifikacji podmiotu utworzonego w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym za podmiot prawa publicznego. Utworzenie przedsiębiorstwa w celu zaspokajania takich potrzeb nie oznacza, że jedynym i wyłącznym przedmiotem jego działalności musi być pełnienie takiej funkcji. Obok realizacji zadań o charakterze publicznym może ono prowadzić działalność gospodarczą na ogólnych zasadach, przy czym nie jest istotne, w jakim

rozmiarze działalność ta jest prowadzona w stosunku do działalności polegającej na zaspokajaniu potrzeb w interesie ogólnym. (...) Zdaniem Trybunału - wyrażonym w wyroku Mannesmann - uzależnienie uznania danej jednostki za podmiot prawa publicznego od stosunku pomiędzy zakresem prowadzonej działalności komercyjnej a zakresem zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym stanowiłoby interpretację niezgodną z zasadą prawnej pewności, która wymaga, by reguły prawa unijnego były jasne i przejrzyste, a ich zastosowanie było przewidywalne przez wszystkie podmioty, których dotyczą.” (zob. Aleksandra Sołtysińska, Hanna Talago-Sławoj Europejskie Prawo zamówień publicznych. Wolters Kluwer Warszawa 2016, 3. wydanie, s. 115-116) (Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2021 roku sygn. alt KIO/KD 8/21.).W orzecznictwie tym podnosi się także, że „w świetle celów dyrektyw w sprawie udzielania zamówień publicznych (polegających na wykluczeniu równocześnie ryzyka preferencyjnego traktowania krajowych oferentów lub kandydatów przy udzielaniu zamówień publicznych przez instytucje zamawiające, jak też sytuacji, w których podmioty finansowane lub kontrolowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego mogłyby się kierować względami pozagospodarczymi) pojęcie instytucji zamawiającej, w tym pojęcie podmiotu prawa publicznego, powinno być interpretowane szeroko i w sposób funkcjonalny” (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 grudnia 2019 r. sygn. akt I GSK 1532/18) . W ocenie Odwołującego nie może zatem budzić wątpliwości, iż mamy do czynienia z podmiotem utworzonym w celach niekomercyjnych, operującym w obszarze swoistego monopolu (praca skazanych organizowana przez państwo), dla którego zysk nie jest podstawowym celem działania. Przez analogię można dodatkowo wskazać na spółki komunalne, które realizują zadania

o charakterze powszechnym zlecone im przez jednostki samorządu terytorialnego. Nie ma zaś wątpliwości co do tego, że wspomniane spółki zobowiązane są do stosowania ustawy Pzp

co potwierdza orzecznictwo (Wyrok ZAUZP z 2.02.2005 r., UZP/ZO/0-156/05, LEX nr 171837). Biorąc pod uwagę powyżej przedstawioną argumentację, odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Do pisma Odwołującego załączył: 9 pism - wyjaśnienia do treści konkursu z dnia 13.06.2023 r., wyjaśnienia do treści regulaminu z dnia 07.06.2023 r., wyjaśnienia do treści konkursu z dnia 15.06.2023 r., wyjaśnienia do treści konkursu z dnia 14.06.2023 r, dwa dokumenty dotyczące zmiany terminów, statut Mazovii, zmianę zarządzenia w sprawie utworzenia Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej Mazovia, zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 marca 2018 r. w sprawie połączenia Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej MAZOVIA, Bałtyckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej BALTICA,

Pomorskiej Instytucji Gospodarki Budżetowej POMERANIA, Podkarpackiej Instytucji

Gospodarki Budżetowej CARPATIA i Zachodniej Instytucji Gospodarki Budżetowej PIAST.

W dniu 18.06.2023 r. (wpływ na adres skrzynki poczty elektronicznej UZP) Zamawiający złożył pismo procesowe z dnia 17.06.2023 r. w uzupełnieniu odpowiedzi z dnia 08.06.2023 r. oraz w odpowiedzi na pismo Odwołującego z dnia 16.06.2023 r. i podtrzymał argumenty i wnioski zaprezentowane dotychczas. Nadto podniósł, co następuje: W sprawie niniejszej nie mamy do czynienia z zamówieniem nawet, jeśli by hipotetycznie przyjąć, że PGSW zobligowana jest do stosowania przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) – dalej zwanej: „pzp” - a to z następujących względów: zgodnie z art. 7 pkt 32 pzp zamówieniem jest umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Zatem, z zamówieniem mamy do czynienia wówczas, kiedy Zamawiający zamawia dostawę lub usługę i za nią płaci. W sprawie niniejszej PGSW jedynie organizuje warunki dla zawarcia przez operatora telekomunikacyjnego umów z zakładami karnymi, które także nie będą z tego tytułu zobowiązane do ponoszenia jakichkolwiek kosztów, czyli nie dojdzie do jakiegokolwiek wydatku ze środków publicznych. Zatem odwołanie podlega już tylko z tego powodu odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1) pzp. Kolejno należy wskazać, iż stosownie do treści art. 505 ust. 1 pzp środki ochrony prawnej określone w pzp przysługują 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. Odwołujący nie wskazał ani jednego sugerowanego naruszenia, w wyniku którego mógłby ponieść szkodę. Zgodnie z pkt. 1 rozdziału III regulaminu konkursu (str. 11) na utworzenie w JOSW infrastruktury telekomunikacyjnej operatora i zainstalowanie w ramach tej infrastruktury samoinkasujących aparatów telefonicznych oraz świadczenie przez operatora usług telefonicznych dla osadzonych, każdy podmiot (osoba fizyczna, prawna, jednostka nie posiadająca osobowości prawnej zarówno krajowa jak i zagraniczna) może być uczestnikiem konkursu. Zatem – może być nim także Odwołujący. Nie wynika też z treści odwołania, w jaki sposób z powodu ewentualnego naruszenia przepisów Odwołujący mógłby ponieść jakąkolwiek szkodę. Co prawda podnosi on (k. 3 odwołania), że „Wadliwie wykonane przez Zamawiającego czynności pozbawiają Odwołującego możliwości wykonania zamówienia”. Jednak nie wskazuje, jakiego rodzaju okoliczności wykonanie zamówienia uniemożliwiają. Jak wskazano powyżej, nie ma przeszkód natury faktycznej ani prawnej, by Odwołujący do konkursu przystąpił. W tej sytuacji odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2) pzp. Jeżeli chodzi o status PGSW jako jednostki zobligowanej do stosowania

przepisów pzp należy dodatkowo wskazać, że stosownie do treści art. 4 pkt 3) pzp przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są: 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 305, z późn. zm.); 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej; 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: a) finansują je w ponad 50% lub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Zatem aby zastosowanie miał w/w przepis, podmioty o których mowa w pkt 1 lub 2 muszą finansować, posiadać ponad połowę udziałów, sprawować nadzór albo mieć prawo do powoływania organu przedsiębiorstwa. W sprawie niniejszej mamy do czynienia z sytuacją, w której to Minister Sprawiedliwości spełnia w/w kryteria. Jednak minister nie jest ani jednostką sektora finansów publicznych, ani też jednostką nie posiadającą osobowości prawnej. Jest on organem władzy publicznej, a w konsekwencji nie może być uznany za podmiot, o którym mowa w art. 4 pkt 3) pzp. Po myśli bowiem § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 listopada 2019 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Sprawiedliwości (Dz.U. poz. 2271) Minister kieruje działem administracji rządowej - sprawiedliwość. Ust. 4. wskazanego przepisu stanowi, iż obsługę ministra zapewnia Ministerstwo Sprawiedliwości. Jednostką sektora finansów publicznych jest zaś ministerstwo (a nie minister) a ono nie ma żadnych uprawnień w stosunku do PGSW. Tym samym, już tylko z tego powodu art. 4 pkt 3) pzp zastosowania w sprawie niniejszej mieć nie może. Historycznie wypada wskazać, iż po myśli art. 3 pkt 1 dawnej pzp ustawę stosowało się do udzielania zamówień publicznych przez: 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych; 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej; 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: a) finansują je w ponad 50% lub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego - o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających

z prowadzenia działalności. W obecnie obowiązującej ustawie z dnia 11 września 2019 r. zakres podmiotowy uregulowany został praktycznie tak samo. Zgodnie z art. 4 przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są: 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 305, z późn. zm.); 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej; 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: a) finansują je w ponad 50% lub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego; 4) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 lub 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3. Na tożsamość obu regulacji zwrócił również uwagę ustawodawca w uzasadnieniu do obecnie obowiązującej ustawy, który w uzasadnieniu do niej wskazuje, że: Wprowadzono podział podmiotów obowiązanych do stosowania ustawy na zamawiających publicznych, zamawiających sektorowych oraz zamawiających subsydiowanych. Krąg zamawiających publicznych obejmuje podmioty mieszczące się w zakresie definicji „instytucji zamawiających” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy klasycznej. Z kolei zamawiający sektorowi odpowiadają podmiotom zamawiającym w rozumieniu art. 4 dyrektywy sektorowej. Zamawiający subsydiowani to podmioty udzielające zamówień dofinansowanych w ponad 50% przez zamawiających publicznych i których szacunkowa wartość przekracza progi unijne, jeżeli przedmiotem tych zamówień są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej oraz dotyczące niektórych rodzajów obiektów lub budynków użyteczności publicznej, a także związane z nimi usługi. Wspomniane zmiany mają wyłącznie charakter porządkujący. Nie prowadzą do modyfikacji podmiotowego zakresu reżimu zamówień publicznych. Skoro zatem zakres podmiotowy stosowania ustawy nie uległ zmianie w stosunku do poprzedniej regulacji, w której przedsiębiorstwa państwowe, nie będąc jednostkami finansów publicznych, nie były zobowiązane do jej stosowania, to również pod rządami nowej pzp przedsiębiorstwa państwowe nie są objęte jej regulacją. Biorąc pod uwagę odwołanie, wskazał, iż na podstawie art. 528 pkt 1 UPZP powinno zostać odrzucone.

W dniu 19.06.2023 r. (wpływ na adres skrzynki poczty elektronicznej UZP) Zamawiający złożył pismo procesowe z dnia 19.06.2023 r. i wnioś o odrzucenie odwołania

w całości na podstawie art. 553 zd. 2 w związku z art. 528 pkt 1) p.z.p.; ew. oddalenie odwołania w całości; przeprowadzenie dowodów z porozumienia nr 22/2023 z 11.05.2023 r. na fakty: przeprowadzenia Konkursu zgodnie z otrzymanymi wytycznymi oraz obowiązującymi regulacjami; prezentacji Polska Grupa SW na fakty: zakresu działalności PGSW7, działania w warunkach konkurencji oraz Zaspokajania potrzeb o charakterze przemysłowym i handlowym; cennika artykułów spożywczych i higienicznych ZK Barczewo na fakty: zakresu działalności PGSW, działania w warunkach konkurencji oraz zaspokajania potrzeb o charakterze przemysłowym i handlowym; zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, zgodnie z przedłożonymi dokumentami, potwierdzającymi powstanie kosztów po stronie Zamawiającego. W uzasadnieniu wskazał, że dla zachowania wymogów formalnych w petitum niniejszego pisma posłużył się pojęciami „Zamawiający” jak i „postępowanie”. Nie stanowi to jednak przyznania, iż PGSW ma status Zamawiającego w rozumieniu p.z.p., ani że prowadzony konkurs stanowił postępowanie, do którego zastosowanie mają regulacje p.z.p.

Przedstawiając stan faktyczny wskazał: W dniu 26.05.2023 r. za pośrednictwem strony opublikowany został przez Polską Grupę SW Przedsiębiorstwo Państwowe (dalej: PGSW) konkurs dot. utworzenia w JOWS infrastruktury telekomunikacyjnej operatora i zainstalowanie w ramach tej infrastruktury samoinkasujących aparatów telefonicznych oraz świadczenie przez operatora usług telefonicznych dla osadzonych. Konkurs został opracowany w oparciu o porozumienie nr 22/2023 zawarte pomiędzy Dyrektorem Generalnym Służby Więziennej a Polską Grupą SW Przedsiębiorstwo Państwowe z siedzibą w Warszawie. Jako dowód wskazał porozumienie nr 22/2023 z 11.05.2023 r. na fakty: przeprowadzenia Konkursu zgodnie z otrzymanymi wytycznymi oraz obowiązującymi regulacjami 05.06.2023 r. Spółka Galena sp. z o.o. złożyła odwołanie, w którym zarzuciła PGSW naruszenie licznych przepisów p.z.p. oraz ustawy o koncesji, sprowadzających się do uznania, że PGSW jest podmiotem, o którym mowa w art. 4 pkt 3 p.z.p. i jako taki zobowiązany był do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o zawarcie umowy koncesji lub o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 528 pkt 1) Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy p.z.p. Zdaniem PGSW w niniejszej sprawie ziściły się przesłanki do odrzucenia odwołania, jako że przedmiotowy konkurs nie podlegał regulacjom p.z.p.

Odnosząc się do podmiotów zobowiązanych do stosowania p.z.p. wskazał: W pierwszej kolejności należy omówić regulacje wynikające z p.z.p., jako że od tego zależy stosowanie ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi

(t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 140; dalej: ustawa o koncesji). Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o zatrudnianiu osób pozbawionych wolności (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 200; dalej u.z.o.p.w.) w celu tworzenia warunków do zatrudniania osób pozbawionych wolności

oraz prowadzenia działalności gospodarczej mogą być tworzone przy zakładach karnych przywieźienne zakłady pracy. Przywieźienny zakład pracy może być utworzony i prowadzony jako przedsiębiorstwo państwowe, spółka akcyjna lub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, w której Skarb Państwa lub państwowa osoba prawna ma więcej niż 50% udziałów albo akcji lub instytucja gospodarki budżetowej. Organem założycielskim takiego przedsiębiorstwa państwowego jest Minister Sprawiedliwości, który nadaje mu statut oraz zarządza łączenie i podział przedsiębiorstwa. Organem takiego przedsiębiorstwa jest dyrektor przedsiębiorstwa, którego powołuje i odwołuje Dyrektor Generalny Służby Więziennej

po zasięgnięciu opinii dyrektora zakładu karnego, przy którym działa przedsiębiorstwo (art. 4 u.z.o.p.w.). Podkreślił, że p.z.p. wspomina wprost o przedsiębiorstwach państwowych będących przywieźiennymi zakładami pracy, jednak — wbrew twierdzeniom Odwołującego — w charakterze wykonawców, a nie zamawiających. W art. 11 ust. 5 pkt 8 p.z.p. wskazano, że przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości — Prokuratora Generalnego albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane przywieźiennymi zakładom pracy, prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, związanych z zatrudnianiem osób pozbawionych wolności, jeżeli zasadnicza część działalności przywieźiennego zakładu pracy dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez Ministra Sprawiedliwości — Prokuratora Generalnego lub jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane, realizowanych samodzielnie lub przy udziale podwykonawców, pod warunkiem że co najmniej część zamówienia jest realizowana przez osoby pozbawione wolności. W ten sam sposób — jako wykonawców — doktryna określa przywieźienne zakłady pracy. W świetle ustawy p.z.p. Odwołujący mógłby co najwyżej pełnić funkcję podwykonawcy, gdyby ziściły się ku temu odpowiednie warunki. Przepis ten stanowi kontynuację wyłączenia przedsiębiorstw państwowych z zakresu ustawy zawartego uprzednio w art. 4d ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843). Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy z 12 października 2012 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych: „przywieźienne zakłady pracy prowadzą działalność w znacznie trudniejszych warunkach niż podmioty niezwiązane instytucjonalnie z więziennictwem. Z jednej strony muszą konkurować na rynku w walce o klienta, a tym samym muszą spełniać stawiane przez odbiorców wymagania jakościowe

i cenowe, z drugiej zaś — ponoszą szereg dodatkowych kosztów działalności penitencjarnej, związanych m.in.: z niską wydajnością, brakiem kwalifikacji zawodowych oraz dużą rotacją zatrudnionych skazanych, zwiększonymi nakładami na szkolenia i przyuczanie tych osób do pracy, utrzymywaniem zabezpieczeń ochronnych miejsc zatrudnienia, a także dozorowaniem i konwojowaniem osadzonych (koszty te nie występują w przypadku innych przedsiębiorców). Ponadto lokalizacja przywieźiennych zakładów pracy za murami więziennymi utrudnia kontakty oraz bieżącą współpracę z dostawcami, kooperantami i odbiorcami. Stanowi to istotny element osłabiający konkurencyjność takich zakładów pracy. Wobec powyższego należy stwierdzić, że przywieźienne zakłady pracy łączą dwa bardzo różne cele: publiczny — resocjalizację (zatrudnianie osób pozbawionych wolności powinno mieć na celu przede wszystkim pozytywne oddziaływanie na ich postawy) oraz ekonomiczny (aby utrzymać się na rynku, zakłady te muszą osiągać zyski). (...) Uwzględniając powyższe w art. 1 projektu proponuje się wprowadzenie zmian, które umożliwią — podobnie jak to miało

miejsce w przeszłości — szczególne traktowanie podmiotów zatrudniających osoby pozbawione wolności przy udzielaniu zamówień publicznych. Proponowana zmiana wprowadza do ustawy — Prawo zamówień publicznych nowe wyłączenie przedmiotowe z reżimu zamówień publicznych. Propozycja polega na dodaniu w art. 4 nowego pkt 14, w myśl którego przepisów ustawy nie będzie się stosowało do zamówień udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane, przywiezionym zakładom pracy, prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe

albo instytucje gospodarki budżetowej, jeśli zamówienia te udzielane są w celu zatrudnienia osób pozbawionych wolności i ich wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Z propozycji tej wynika, że zaproponowana nowelizacja opiera się na przesłance zatrudnienia osób pozbawionych wolności oraz na konieczności przestrzegania określonych w ustawie limitów związanych z wysokością złożonego zamówienia". Zamawiający podkreślił — na co zwrócił również uwagę Odwołujący, pomijając jednak sedno problematyki — iż w 2019 r. NIK przeprowadziła kontrole dotyczące niniejszego zagadnienia. W wystąpieniu pokontrolnym nr KPB.411.004.05.2019 NIK krytycznie odniosła się do kontroli Ministra Sprawiedliwości nad przywiezionymi zakładami pracy, jednak clue raportu pokontrolnego sprowadzało się do faktu, iż zakłady te wyjęte są spod reżimu p.z.p. artykułem 11 ust. 5 pkt 8 (a w poprzednim stanie prawnym — art. 4d ust. 1 pkt 8). NIK w publikacji omawiającej raport postulowała podjęcie inicjatywy ustawodawczej w sprawie zmiany p.z.p., której skutkiem byłoby wprowadzenie wymogu udzielenia zamówienia publicznego przywiezionym zakładom pracy, o ile te zakłady wykonują samodzielnie kluczowe zadania, przy stosownym udziale osadzonych oraz wykreślenie Prokuratora

Generalnego oraz jednostek mu podległych z kręgu podmiotów mogących korzystać z tego zwolnienia, z uwagi na brak możliwości sprawowania przez ten organ nadzoru nad przywiezionymi zakładami pracy. Biorąc pod uwagę, iż od publikacji wystąpienia pokontrolnego nie doszło do istotnych zmian, to jednoznacznie podkreśla to, że przedsiębiorstwa państwowe takie jak Polska Grupa SW Przedsiębiorstwo Państwowe nie podlegają reżimowi ustawy p.z.p. jako Zamawiający, a co najwyżej jako wykonawca. Biorąc pod uwagę ogólny wydźwięk raportu należy przyjąć, iż gdyby istniała jakakolwiek możliwość zakwalifikowania ww. przedsiębiorstw państwowych jako podmiotów zobowiązanych

do stosowania p.z.p., to zostałyby to uwzględnione w przedmiotowym dokumencie. Ponadto wielokrotnie w ww. wystąpieniu pokontrolnym fakt zlecenia przez takie przedsiębiorstwa państwowe zadań innym podmiotom zostało określone mianem podwykonawstwa. Sam Odwołujący zwrócił uwagę, że na czas sporządzania raportu tylko jeden podmiot objęty kontrolą zobowiązany był do stosowania p.z.p. i to tylko ze względu na status instytucji gospodarki budżetowej, który to status zresztą utracił. Za niezgodne z zasadami logicznego rozumowania należy więc uznać, że raport NIK, który w swojej treści wprost wskazuje, że podmioty takie jak PGSW nie muszą stosować p.z.p., miałby dowodzić, że PGSW zobowiązana jest do stosowania p.z.p. Co więcej zgodnie z art. 94 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 osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie kodeks karny wykonawczy, pod warunkiem, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii jest nie mniejszy niż 30% osób zatrudnionych u wykonawcy albo w jego jednostce, która będzie realizowała zamówienie. W przypadku udzielenia zamówienia przywiezionemu zakładowi pracy wartość procentowego wskaźnika ustala się w odniesieniu do ogólnego zatrudnienia w tym podmiocie osób społecznie marginalizowanych. Podkreśla to,

że konsekwentnie w świetle p.z.p. podmioty takie jak PGSW traktowane są jako ewentualni wykonawcy, a nie zamawiający. Zwrócił szczególną uwagę na fakt, iż przedmiotowy Konkurs został przeprowadzony w oparciu o porozumienie nr 22/2023 zawarte pomiędzy Dyrektorem Generalnym Służby Więziennej a Polską Grupą SW Przedsiębiorstwo Państwowe z siedzibą w Warszawie. Jako dowód wskazał porozumienie nr 22/2023 z 11.05.2023 r. na fakty: przeprowadzenia Konkursu zgodnie z otrzymanymi wytycznymi oraz obowiązującymi regulacjami samo w sobie w dostateczny sposób dowodzi, że Polska Grupa SW

Przedsiębiorstwo Państwowe nie stanowi podmiotu zobowiązanego do stosowania p.z.p. Nie można zgodzić się więc z stanowiskiem Odwołującego, jakoby „żadne wyłączenie podmiotowe ani przedmiotowe przewidziane w przepisach tych ustaw nie znajduje zastosowania w analizowanym przypadku”. Uważa i kompleksowa analiza wyłączeń doprowadziłaby bowiem Odwołującego do dostrzeżenia, że na gruncie p.z.p. PGSW traktowana jest co najwyżej jako wykonawca, a podmioty, którym zleca zadania — jako jego podwykonawcy. Także argumenty Odwołującego dotyczące rzekomej „niespójności skutkującej faktycznym wyprowadzeniem poza system zamówień publicznych zamówień i koncesji realizowanych w obszarze działania Ministerstwa Sprawiedliwości” jest co najwyżej postulatem de lege ferenda, który nie może jednak stanowić podstawy odwoławczej. PGSW nie stanowi ciała ustawodawczego i może jedynie stosować się do istniejących przepisów, nawet jeżeli — zdaniem Odwołującego — są one w jakiś sposób „wadliwe” (czemu PGSW przeczy). Przepisy szczególne, zwłaszcza takie wprowadzające wyjątki, co do zasady mają pierwszeństwo przed ogólnymi. Powyższe rozważania w sposób wystarczający dowodzą więc, że PGSW nie było zobowiązane do stosowania przepisów p.z.p. Z daleko idącej ostrożności należy jednak odnieść się do argumentów Odwołującego dotyczących stosowania art. 4 pkt 3 p.z.p. Analiza statutu PGSW w świetle przepisu art. 4 pkt 3 p.z.p. prowadzi do wniosku, że PGSW nie jest zamawiającym również w rozumieniu tego przepisu, bowiem PGSW nie posiada statusu podmiotu prawa publicznego w kontekście zapisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. W świetle ww. Dyrektywy — „podmiot prawa publicznego” oznacza podmiot, który posiada wszystkie poniższe cechy: został utworzony w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego; posiada osobowość prawną oraz jest finansowany w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego; bądź jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów; bądź ponad

połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż praktyczny wymiar działalności PGSW nie ma charakteru powszechnego i nie może być efektywnie skierowany do ogółu społeczeństwa. Nie został bowiem utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. TSUE w swoim orzecznictwie wielokrotnie stał na stanowisku, że istnienie konkurencji może świadczyć przeciwko kwalifikowaniu do kategorii podmiotów prawa publicznego. TSUE szczególnie naciskał na fakt, iż co do zasady podstawowym kryterium uznania określonej potrzeby za handlową lub przemysłową

jest działanie podmiotu ją zaspokajającego dla zysku w warunkach konkurencji przedsiębiorstw. Brak konkurencji na rynku określonych dóbr lub usług oraz występowanie jednego podmiotu zaspokajającego potrzeby społeczne w tym zakresie stanowi zatem modelowy wzór instytucji prawa publicznego. Istnienie znacznej konkurencji na tym samym rynku, wskazującej na wysoką opłacalność danej działalności, będzie stanowić negatywną przesłankę uznania jednostki za instytucję prawa publicznego. Nawet jeżeli osoba prawna nie została utworzona w celu zarobkowym, ale działa na rynku w warunkach konkurencji i rozlicza się z efektywności swoich działań, zaś straty z jej działalności nie są pokrywane ze środków publicznych,

nie może ona być uznana za podmiot prawa publicznego. Podmiot prawa publicznego realizuje swoje zadania niezależnie od tego, czy jest w stanie pokryć ich koszt z własnych dochodów. PGSW działa w warunkach konkurencji, zaspokajając potrzeby, które można zakwalifikować jako mające charakter przemysłowy czy handlowy i które nie mają charakteru powszechnego. Fakt, iż PGSW prowadzi działalność o charakterze przemysłowym i handlowym w rozumieniu art. 4 pkt 3 ustawy p.z.p. wynika m.in. z analizy dokumentów statutowych PGSW. W § 1 Statutu Polskiej Grupy SW Przedsiębiorstwa Państwowego stanowiącego Załącznik do zarządzenia Ministra z dnia 9 stycznia 2023 r. (Dz. Urz. MS z 2023 r. poz. 1: dalej Statut) wskazano jednoznacznie, iż PGSW jest samodzielnym oraz samofinansującym się przedsiębiorstwem państwowym, działającym na zasadach ogólnych. Przedsiębiorstwo gospodaruje wydzielonym mu i nabytym mieniem, zapewnia jego ochronę i prowadzi samodzielną działalność gospodarczą na zasadach racjonalnej gospodarki i rachunku ekonomicznego (§ 7 Statutu). W celu realizacji zadań polegających na prowadzeniu oddziaływań penitencjarnych oraz resocjalizacyjnych wobec osób skazanych na karę pozbawienia wolności przez organizowanie pracy sprzyjającej zdobywaniu kwalifikacji zawodowych oraz kształtowanie pozytywnych postaw społecznych przedsiębiorstwo prowadzi działalność produkcyjną, handlowo-usługową oraz wykonuje roboty remontowo-budowlane na rzecz organu założycielskiego, jednostek organizacyjnych podległych lub nadzorowanych przez Ministra Sprawiedliwości, pozostałych jednostek organizacyjnych sektora finansów publicznych i innych podmiotów niebędących jednostkami sektora finansów publicznych oraz uczestniczy w przedsięwzięciach o charakterze historycznym i patriotycznym w celu upamiętnienia osób, miejsc oraz wydarzeń związanych z historią Polski (§ 4 Statutu). Działalność PGSW obejmuje w szczególności następujące obszary: usługi budowlane i remontowe; produkcja materiałów budowlanych; produkcja prefabrykatów w tym ogrodzenia więziennego typu POW-T; produkcja garaży betonowych; produkcja i montaż stolarki okiennej; wyposażenie cel więziennych; konstrukcje metalowe, drzwi, ogrodzenia, kraty, zamki; mała architektura:

kosze metalowe, ławki, stojaki; produkcja i konfekcjonowanie art. chemicznych; produkcja tworzyw sztucznych; produkcja obuwia w tym obuwia bezpiecznego, roboczego; produkcja mebli gabinetowych, sądowych, biurowych, pokojowych i kuchennych na zamówienie; usługi gastronomiczne; usługi hotelarskie; usługi szkoleniowe; usługi pralnicze; usługi fumigacji dokumentów; usługi poligraficzne — druki akcydensowe i usługi wydawnicze; usługi niszczenia dokumentów; opakowania kartonowe z tektury falistej; z nadrukiem jednobarwnym; auto serwis i stacja kontroli pojazdów; obsługa kantyn więziennych i organizacja paczek dla osadzonych. Jako dowód wskazał prezentację Polskiej Grupy SW na fakty: zakresu działalności PGSW, działania w warunkach konkurencji oraz zaspokajania potrzeb o charakterze przemysłowym i handlowym. Opisany wyżej zakres działalności Polskiej Grupy SW wskazuje jednoznacznie na przemysłowy i handlowy charakter działalności tegoż przedsiębiorstwa państwowego. Przeważający zakres działalności potwierdza, że przeważający zakres działalności obejmuje swoim zakresem działalność o charakterze przemysłowym. Polska Grupa SW prowadzi również szeroką działalność o charakterze handlowym, co potwierdza przykładowy cennik produktów oferowanych przez Polską Grupę SW. Jako dowód wskazał cennik artykułów spożywczych i higienicznych ZK Barczewo na fakty: zakresu działalności PGSW, działania w warunkach konkurencji oraz zaspokajania potrzeb o charakterze przemysłowym i handlowym. Działalność prowadzona przez Polską Grupę SW w sferze przemysłowej i handlowej wprost wyklucza możliwość zaliczenia PGSW do kategorii zamawiających publicznych w rozumieniu p.z.p. na zasadzie art. 4 pkt 3 p.z.p. Działalność PGSW skupiona jest bowiem na sferze przemysłowej i handlowej, co w świetle art. 4 pkt 3 p.z.p. wprost wyklucza zaliczenie tegoż przedsiębiorstwa państwowego do kategorii podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów p.z.p. Na fakt utworzenia Polskiej Grupy SW właśnie w celu realizacji zadań w sferze przemysłowej i handlowej wskazuje zaś wprost §4 ust. 2 Statutu PGSW, zgodnie z którym: „W celu realizacji zadań, o których mowa w ust. 1, przedsiębiorstwo prowadzi działalność produkcyjną, handlowo-usługową oraz wykonuje roboty remontowo-budowlane na rzecz organu założycielskiego, jednostek organizacyjnych podległych lub nadzorowanych przez Ministra Sprawiedliwości, pozostałych jednostek organizacyjnych sektora finansów publicznych i innych podmiotów niebędących jednostkami sektora finansów publicznych oraz uczestniczy w przedsięwzięciach o charakterze historycznym i patriotycznym w celu upamiętnienia osób, miejsc oraz wydarzeń związanych z historią Polski”. W konsekwencji stwierdzić należy, iż ze względu na cele, dla których utworzono Polską Grupę SW, przedmiot jej działalności oraz prowadzenie działalności w warunkach konkurencji PGSW nie jest podmiotem zobowiązanym do stosowania przepisów p.z.p. na podstawie art. 4 pkt 3 p.z.p. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że

„Zgodnie

z wykładnią językową działalnością sprowadzającą się do zaspokajania potrzeb powszechnych jest każdy rodzaj aktywności gospodarczej nakierowanej na oferowanie dóbr oraz usług odpowiadających społecznemu zapotrzebowaniu, jeżeli nie jest nastawiona na maksymalizację zysku (niehandlowa i nieprzemysłowa)”. Polska Grupa SW — jak wskazano

wyżej — jest przedsiębiorstwem państwowym prowadzącym działalność konkurencyjną w sferze produkcyjnej i handlowo-usługowej, zaś prowadzona działalność jest nastawiona na maksymalizację zysku. Wynika to wprost z §7 Statutu PGSW: „Przedsiębiorstwo gospodaruje wydzielonym mu i nabytym mieniem, zapewnia jego ochronę i prowadzi samodzielną działalność gospodarczą na zasadach racjonalnej gospodarki i rachunku ekonomicznego”. W motywie 10 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65) wskazano, że „podmiot, który działa w zwykłych warunkach rynkowych, ma na celu wypracowanie zysku i ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności, nie powinien być uważany za „podmiot prawa publicznego”, ponieważ potrzeby interesu ogólnego, do zaspokajania których ten podmiot został założony lub zaspokajanie których powierzono mu jako zadanie, można uważać za posiadające charakter przemysłowy lub handlowy”. Podkreślenia wymaga, iż wszelkie okoliczności, jakie decydują o objęciu danej jednostki reżimem stosowania zamówień publicznych, muszą być jednoznaczne i nie budzić wątpliwości. Skoro więc PGSW działa w normalnych warunkach rynkowych, ma na celu osiąganie zysków i ponosi straty związane z wykonywaniem działalności, to zgodnie z silnie ugruntowaną linią orzecznictwa TSUE nie można przyjąć, iż potrzeby, które zamierza zaspokajać, nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego. W samym Statucie w § 4 wprost wskazano, iż prowadzi ono działalność produkcyjną

oraz handlowo-usługową. Już to wystarczy, by uznać argumentację Odwołującego za bezpodstawną i niemogącą przynieść oczekiwanego skutku. Odnosząc się do ustawy o koncesji wskazał: Zgodnie z art. 2 pkt 11) ustawy o koncesji przez zamawiającego należy rozumieć: a) podmiot, o którym mowa w art. 4 p.z.p.; aa) podmiot, o którym mowa w art. 4 p.z.p., w zakresie, w jakim wykonuje jeden z rodzajów działalności sektorowej, o ile umowa koncesji jest zawierana w celu prowadzenia działalności sektorowej; b) przedsiębiorstwo publiczne, przez które należy rozumieć przedsiębiorstwo wykonujące jeden z rodzajów działalności sektorowej, na które podmiot, o którym mowa w art. 4 Prawa zamówień publicznych, pojedynczo lub wspólnie z innymi takimi podmiotami, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywiera dominujący wpływ, w szczególności: posiada ponad połowę udziałów albo akcji w tym przedsiębiorstwie lub posiada ponad połowę głosów

przypadających na akcje wyemitowane przez to przedsiębiorstwo lub wynikających z udziałów w tym przedsiębiorstwie, lub ma prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego lub nadzorczego przedsiębiorstwa o ile umowa koncesji jest zawierana w celu prowadzenia działalności sektorowej; c) podmiot inny niż określony w lit. ab, który wykonuje działalność na podstawie praw szczególnych lub praw wyłącznych, o których mowa w art. 5 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, przyznanych w celu wykonywania działalności sektorowej, o ile umowa koncesji jest zawierana w celu prowadzenia działalności sektorowej. Tak więc ta sama grupa podmiotów jest zobowiązana do udzielania zamówień w drodze zarówno zamówień publicznych, jak i umów koncesji na roboty budowlane lub usługi. Ustawa o koncesji odsyła w zakresie definicji zamawiającego do odpowiednich przepisów p.z.p. Wobec czego również regulacje p.z.p. nie będą miały zastosowania do konkursu przeprowadzonego przez PGSW. Z daleko idącej ostrożności PGSW podtrzymuje argumentację Odwołującego tylko i wyłącznie w zakresie, w jakim wskazuje

on,

iż przedmiotowy konkurs nie spełnia kryteriów przedmiotowych określonych w ustawie o koncesji, tj. art. 3 ust. 2 pkt 2 i art. 3 ust 3 i 4 ustawy o koncesji. Nie zgadza się jednak z konkluzją, jakoby zastosowanie znalazły zapisy p.z.p. Podsumowując, czy to w oparciu o ustawę o koncesji, czy prawo zamówień publicznych, nie można zgodzić się z zarzutami przedstawionymi przez Odwołującego. Konkurs został przeprowadzony w sposób prawidłowy, dlatego odwołanie winno podlegać odrzuceniu w całości. Do pisma załączył: prezentację Polskiej Grupy SW, cennik artykułów spożywczych i higienicznych ZK Barczewo, nie załączył porozumienia nr 22/2023 z 11.05.2023 r.

W dniu 19.06.2023 r. podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania jako niezasadny, bowiem w ocenie Izby nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp. Izba stwierdziła zaistnienie przesłanek z art. 4 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do Polskiej Grupy SW Przedsiębiorstwa Państwowego, które w ocenie Izby jest zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp, a co stanowiło zagadnienie sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego.

W myśl art. 4 ustawy Pzp przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów

z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 305, z późn. zm.);

- 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;
- 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
 - a) finansują je w ponad 50% lub
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
 - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
 - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego

lub zarządzającego;

- 4) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 lub 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3.

W ocenie Izby Polska Grupa SW Przedsiębiorstwo Państwowe jest zamawiającym publicznym, gdyż spełnione w jego przypadku są wszystkie trzy przesłanki powyższego przepisu, niezbędne do takiego stwierdzenia. I tak podnosi, co następuje:

- 1) Polska Grupa SW Przedsiębiorstwo Państwowe jest osobą prawną, co wynika z art. 1 ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (Dz. U. z 2023 r. poz. 437) (1. Przedsiębiorstwo państwowe jest samodzielnym, samorządnym

i samofinansującym się przedsiębiorcą posiadającym osobowość prawną) w związku z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o zatrudnianiu osób pozbawionych wolności (Dz. U. z 2023 r. poz. 200 z późn. zm.) (1. Do przedsiębiorstwa stosuje się, z wyjątkiem art. 10, art. 12 ust. 2, art. 18, art. 35 i art. 63 ust. 3, ustawę z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1317 oraz z 2022 r. poz. 1846), w zakresie nieuregulowanym w ustawie). Ten fakt nie był sporny pomiędzy stronami;

- 2) Polska Grupa SW Przedsiębiorstwo Państwowe jest utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, co wynika ze Statutu Polskiej Grupy SW Przedsiębiorstwa Państwowego (w załączeniu do odwołania dowód - plik Poz. 1e), nadanego zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 stycznia 2023 r. w sprawie nadania statutu Polskiej Grupie SW Przedsiębiorstwu Państwowemu, § 4 ust. 1 i 2 (1. Przedsiębiorstwo realizuje w szczególności zadania publiczne, polegające na prowadzeniu oddziaływań penitencjarnych oraz resocjalizacyjnych wobec osób skazanych na karę pozbawienia wolności przez organizowanie pracy sprzyjającej zdobywaniu kwalifikacji zawodowych oraz kształtowanie pozytywnych postaw społecznych. 2. W celu realizacji zadań, o których mowa w ust. 1, przedsiębiorstwo prowadzi działalność produkcyjną, handlowo-usługową oraz wykonuje roboty remontowo-budowlane na rzecz organu założycielskiego, jednostek organizacyjnych

podległych

lub nadzorowanych przez Ministra Sprawiedliwości, pozostałych jednostek organizacyjnych sektora finansów publicznych i innych podmiotów niebędących jednostkami sektora finansów publicznych oraz uczestniczy w przedsięwzięciach o charakterze historycznym i patriotycznym w celu upamiętnienia osób, miejsc oraz wydarzeń związanych z historią Polski.) i art. 3 ust. 1, ust. 2 pkt 1 i ust. 3 oraz art. 4 ust. 1-5 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o zatrudnianiu osób pozbawionych wolności (Dz. U. z 2023 r. poz. 200, z późn. zm.) (art. 3: ust. 1: W celu tworzenia warunków do zatrudniania osób pozbawionych wolności oraz prowadzenia działalności gospodarczej mogą być tworzone przy zakładach karnych przywiesienne zakłady pracy; ust. 2 pkt 1: Przywiesienny zakład pracy może być utworzony i prowadzony jako: 1) przedsiębiorstwo państwowe; ust. 3: Osoby pozbawione wolności stanowią co najmniej 20% ogółu zatrudnionych w przywiesiennym zakładzie pracy; art. 4. ust. 1-5: 1. Organem założycielskim przedsiębiorstwa państwowego, o którym mowa w art. 3 ust. 2 pkt 1, zwanego dalej "przedsiębiorstwem", jest Minister Sprawiedliwości. 2. Minister Sprawiedliwości nadaje przedsiębiorstwu statut. 3. Minister Sprawiedliwości zarządza łączenie i podział przedsiębiorstwa. 4. Organem przedsiębiorstwa jest dyrektor przedsiębiorstwa. 5. Dyrektora przedsiębiorstwa powołuje i odwołuje Dyrektor Generalny Służby Więziennej po zasięgnięciu opinii dyrektora zakładu karnego, przy którym działa przedsiębiorstwo.). Ten fakt był sporny pomiędzy stronami.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 19.06.2023 r., strony odpowiednio wyjaśniały:

Odwołujący wyjaśnił powołując się na pismo z dnia 17.06.2023 r., że w statucie Zamawiającego w pkt 1 określono cel w postaci resocjalizacji osób skazanych. Zamawiający działa w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym na podstawie Kodeksu karnego wykonawczego w jego art. 67 par. 3. Określone w pkt 2 zadania mające charakter przemysłowy i handlowy są jedynie wtórne do wykonywanych zadań o charakterze powszechnym i mają na celu ich wykonanie. Wskazał, iż nie ma wątpliwości, iż Zamawiający jest osobą prawną, a także, że jest nadzorowany przez Ministra Sprawiedliwości, tj. podmiot, który go utworzył. W sprawie istotne jest to, iż Minister Sprawiedliwości zapewnia aparaty telefoniczne dla osadzonych zgodnie z przepisami obowiązującego prawa (Kodeks karny wykonawczy – art. 105b par. 1 i 4) i gdyby bezpośrednio to zadanie wykonywał to musiałby stosować ustawę pzp. Natomiast zlecając zadanie przywiesiennym zakładom pracy nie stosuje ustawy pzp w ocenie Zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił, że nie podlega ustawie pzp na podstawie art. 4 pkt 3, gdyż wykonuje usługi mające na celu osiągnięcie zysku, w szczególności takie jak cateringowe, hotelowe, produkcyjne (stal, meble). Nie zaspakają potrzeby powszechne, ponieważ zaspokajają potrzeby jedynie osób skazanych, tj. wąskiej grupy osób. Stąd wywodzi,

iż do Zamawiającego nie ma zastosowania powyższy przepis pzp. Wskazuje również, iż nie korzysta z dotacji budżetowych Skarbu Państwa. Jest podmiotem samofinansującym się. W przypadku strat nie korzysta z żadnych środków Skarbu Państwa i podlega ewentualnie upadłości z tego tytułu. Zamawiający powstał z połączenia dwóch podmiotów, będących przywiesiennymi zakładami pracy – z PEPEBE WŁOCLAWEK Przedsiębiorstwa Państwowego z siedzibą we Włocławku i Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej MAZOVIA z siedzibą w Warszawie. Zadania tych połączonych podmiotów realizuje obecnie Zamawiający. Zamawiający potwierdził, że działa na podstawie ustawy o przedsiębiorstwach państwowych i obowiązuje go zasada z 1982 r. czyli samofinansowanie, samodzielność i samorządność. W zakresie statusu Ministra Sprawiedliwości w kontekście ustawy o finansach publicznych i jej art. 9 pkt 1 wskazał, że Minister nie jest Zamawiającym, ponieważ Zamawiającym jest Ministerstwo. Nadzór nad organem zarządzającym czyli dyrektorem przedsiębiorstwa sprawuje Minister Sprawiedliwości. Ten fakt nie wpływa na stosowanie ustawy pzp, ponieważ gdyby tak było to każde przedsiębiorstwo państwowe musiałoby stosować ustawę pzp, a tak w

ocenie Zamawiającego nie jest. Przesłanka wynikająca z lit. d art. 4 pkt 3 nie ma zastosowania

do Zamawiającego z uwagi na to, że zarządzającego dyrektora powołuje Minister Sprawiedliwości, natomiast druga przesłanka dotycząca powołania połowy składu organu nadzorczego nie ma zastosowania. Podsumowując wskazuje, że art. 4 pkt 3 nie ma zastosowania do Zamawiającego z uwagi na to, że został utworzony do wykonywania usług o charakterze przemysłowo-handlowo-usługowym i budowlanym, i wykonuje roboty remontowe, i z uwagi na to, że nadzór sprawuje Minister a nie Ministerstwo. Dodatkowo przywołuje, iż przychód roczny średni to około 1 mld zł, natomiast zatrudnienie osób skazanych utrzymuje się na poziomie kilkuset osób (około 1 mln zł).

Odwolujący wskazał następnie, że Zamawiający jest przedsiębiorstwem, które działa na rynku krótko bowiem statut jest z 09.01.2023 r. i wchodzi w życie po ogłoszeniu w KRS. Stąd wywodzi wątpliwy fakt przytoczony przez Zamawiającego w zakresie przychodu przedsiębiorstwa. Jednym z celów utworzenia przedsiębiorstwa była resocjalizacja osób skazanych na co wskazuje wprost statut. Zamawiający błędnie odczytuje przepis. Nie

chodzi o to, że nie może prowadzić usług przemysłowych i handlowych, natomiast chodzi o to, że zadania o charakterze powszechnym wykonywane przez Zamawiającego nie mogą mieć charakteru przemysłowego ani handlowego. Zamawiający zatem może prowadzić usługi handlowe i przemysłowe. Może zatem zarabiać i podobnie jak spółki komunalne albo instytucje gospodarki budżetowej, z których został utworzony, winien stosować ustawę pzp. Podkreśla, że nie mógł mieć udzielonej dotacji z uwagi na krótki okres działalności, co nie jest wykluczone w przyszłości.

Zamawiający wskazał następnie, że zakres działalności spółek komunalnych jest inny niż Zamawiającego. Instytucje gospodarki budżetowej stosują ustawę pzp, bo są wymienione

w ustawie o finansach publicznych, natomiast przedsiębiorstwo państwowe nie jest wymienione w ustawie o finansach publicznych i nie stosuje pzp.

Biorąc pod uwagę stanowiska stron w pismach złożonych w postępowaniu odwoławczym, jak i zaprezentowanych na posiedzeniu niejawnym Izba stwierdziła wbrew stanowisku Zamawiającego, że wymagane art. 4 pkt 3 ustawy Pzp przesłanki zastosowania tego przepisu względem Zamawiającego zostały spełnione: Zamawiający jest osobą prawną, został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, co wprost wynika z jego statutu (Przedsiębiorstwo realizuje w szczególności zadania publiczne, polegające na prowadzeniu oddziaływań penitencjarnych oraz resocjalizacyjnych wobec osób skazanych na karę pozbawienia wolności przez organizowanie pracy sprzyjającej zdobywaniu kwalifikacji zawodowych oraz kształtowanie pozytywnych postaw społecznych), a także z przepisów prawa obowiązującego (zadanie polegające na organizacji pracy osób osadzonych - art. 1 ustawy o zatrudnianiu osób pozbawionych wolności, jak i zapewnienie skazanym prawa do korzystania z samoinkasującego aparatu telefonicznego - art. 105b § 1 ustawy Kodeks karny wykonawczy, czemu Zamawiający nie zaprzeczył), a także Minister Sprawiedliwości sprawuje nadzór nad organem zarządzającym (Minister Sprawiedliwości jest organem władzy publicznej, mieszczącym się w zakresie podmiotów sektora finansów publicznych, wymienionych w art. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.) (Sektor finansów publicznych tworzą organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały);).

Izba podziela argumentację ugruntowaną w orzecznictwie na potrzeby ustalania podmiotów prawa publicznego, i tak nadal aktualnych, choć przedstawionych w minionym stanie prawnym, w szczególności w uzasadnieniu w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 03.03.2015 r., sygn. akt KIO/KD 9/15, LEX nr 1751214: „Izba podzieliła przekonanie Prezesa UZP, iż dla uznania określonego podmiotu za zobowiązanego do stosowania przepisów ustawy P.z.p. zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., koniecznym jest aby podmiot ten posiadał osobowość prawną, aby utworzony został w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, a ponadto, aby spełniony został jeszcze jedna z przesłanek, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a-d ustawy P.z.p. (...) ...Izba uwzględniła pogląd wyrażony w uchwale KIO/KD 7/09, gdzie w kontekście powołanego tu wyrażenia Izba zauważyła, co następuje: "Zakres tego pojęcia jest interpretowany szeroko. Zgodnie z wykładnią językową działalnością sprowadzającą się do zaspokajania potrzeb powszechnych będzie każdy rodzaj aktywności gospodarczej nakierowanej

na oferowanie dóbr i usług odpowiadających społecznemu zapotrzebowaniu, jeżeli nie jest nastawiona na maksymalizację zysku (niehandlowa i nieprzemysłowa) (P. Granecki, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s.33). Przy czym maksymalizacja zysku oznacza nie tylko zamiar zachowania posiadanego kapitału. Zamiar maksymalizacji zysku jest czymś więcej niż tylko wolą unikania utraty substancji majątkowej. Dlatego nawet podmiot zorganizowany na wzór przedsiębiorcy nastawionego na maksymalizację zysku, a więc działający w formie spółki prawa handlowego, prowadzący rachunkowość na zasadach komercyjnych, może być uznany za podmiot, który nie posiada charakteru przemysłowego lub handlowego (G. Wicik, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 61). Przesłanka ta jest bowiem spełniona, gdy działalność handlowa lub przemysłowa jest determinowana przez inne, zwłaszcza publiczne cele, w tym również wtedy, gdy działalność polegająca na zaspokajaniu potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego lub handlowego, stanowi jedynie niewielką część działalności danego podmiotu, zaś przeważająca jest działalność handlowa (wyrok ETS z dnia 15 stycznia 1998 r., sygn. C-44/96 w sprawie "Mannesmann"). Status podmiotu prawa publicznego nie zależy więc od wielkości udziału usług niemających charakteru przemysłowego lub handlowego. Przesądza o tym charakter powierzonych zadań, o ile są one powiązane z działalnością państwa. Istotnym jest więc, czy celem, dla którego dany podmiot został utworzony jest działalność nastawiona na zaspokajanie potrzeb powszechnych, czy taki zapis znajduje się w akcie założycielskim. Powody utworzenia konkretnej instytucji są

bowiem okolicznością przesądającą o zakwalifikowaniu jej działalności jako działalności publicznej. Jednak ważne jest nie tylko to, co zostało zapisane w dokumentach, ale i faktyczny cel powołania osoby prawnej. (...) Jednocześnie należy podkreślić, że nawet gdyby dany podmiot nie został pierwotnie utworzony w celu zaspokajania potrzeb powszechnych, to istotne jest, jaką działalność faktycznie wykonuje. Również w sytuacji, gdy powiązania określonego podmiotu z państwem lub organem państwowym mają charakter pośredni, istnieje możliwość wpływania przez państwo na zamówienia udzielane przez zamawiającego i w takich wypadkach ETS stwierdzał zaliczenie podmiotu do zamawiającego (M. Stachowiak, *Prawo Zamówień Publicznych*, Komentarz, Warszawa 2007, s. 44-45). Instytucja, aby mogła być zakwalifikowana, jako instytucja prawa publicznego musi być ustanowiona w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym. Potrzebami o charakterze powszechnym będą takie potrzeby, których zaspokajanie jest ściśle powiązane z instytucjonalnym funkcjonowaniem państwa oraz służy pożytkowi społeczeństwa, jako całości (wyrok ETS z dnia 15 stycznia 1998 r., sygn. C-44/96 w sprawie "Mannesmann"), przy czym "powszechny" nie oznacza "dostępny dla wszystkich, a w znaczeniu "dotyczący wielu, dostępny dla wielu", czy też dla tych, którzy spełniają warunkami określone odpowiednimi przepisami (G. Wicik, *Tamże*, s. 60)." Podobne zapatrywanie na ocenę faktu powiązania działalności wykonywanej przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy z działalnością państwa wyraziła Izba w orzeczeniu KIO 144/14, gdzie stwierdziła ona, że "Zgodnie z orzecznictwem TSUE w zakresie wykładni pojęcia podmiotu prawa publicznego, która to instytucja została transponowana z prawodawstwa unijnego (dyrektywa sektorowa 2004/17/TWE oraz dyrektywa klasyczna 2004/18/WE) do prawa polskiego w art. 3 ust. 1 pkt 3 P.z.p., pojęcie to powinno być interpretowane szeroko i funkcjonalnie. W wyroku z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG i inni v. Strohal Rotationsdruck GesmbH, ECR 1998, nr 1, s. 1-00073, TSUE zdecydował, że o uznaniu danego podmiotu za zamawiającego przesądza powiązanie powierzonych mu zadań z działalnością państwa. W orzecznictwie wskazano także, że podmiot faktycznie zaspokajający potrzeby o charakterze powszechnym, bez względu na określenie celu działalności w momencie jego utworzenia, będzie instytucją prawa publicznego, a zatem nawet, jeśli nie był utworzony w tym celu, a zadania takie przypisano mu później (zob. C-373/00). Trybunał Sprawiedliwości UE wskazał także, że nie ma znaczenia, czy jedynym celem prowadzenia działalności przez podmiot jest zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, czy też towarzyszy mu prowadzenie działalności o charakterze komercyjnym. Status podmiotu prawa publicznego nie zależy bowiem od wielkości udziału usług niemających charakteru przemysłowego ani handlowego." Uwzględniając

tak wyrażone poglądy, Izba uznała jednakże, że nie może pozostać obojętnym przy ocenie charakteru prowadzonej przez Zamawiającego działalności, zmiana na rynku usług, do świadczenia których Zamawiający został powołany, zaistniała od czasu powstania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Pogląd ten Izba oparła w głównej mierze na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Jak pisze (M. Stachowiak, w *Prawo Zamówień Publicznych*, Komentarz, LEX, 2014: "w wyroku z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska, ECR 2001, nr 2, s. 100939, TSUE wypowiedział się, że do ustalenia, czy podmiot jest instytucją prawa publicznego, niewystarczające jest ustalenie, iż podmiot ten wykonuje zadania o charakterze powszechnym. Wykładnia zakładająca, że wszystkie interesy ogólne nie mają charakteru przemysłowego i handlowego, pozbawiłaby celu to sformułowanie dyrektyw. (...) dla uznania podmiotu za instytucję prawa publicznego nie jest kluczowe, czy na rynku istnieje konkurencja, a potrzeby mogą być zaspokajane również przez podmioty o charakterze prywatnym. Jednak istnienie konkurencji na danym rynku nie jest całkowicie obojętne dla określenia, czy potrzeby, do których spełnienia dany podmiot został utworzony, mają rzeczywiście charakter niekomercyjny i nieprzemysłowy. Istnienie silnej konkurencji jest okolicznością, która powinna być wzięta pod uwagę (tak w sprawach C-237/99, C-373/00, C-283/00)." Analogiczny pogląd wyraziła A. Sołtyńska

w Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz. WKP, 2012: "Należy jednak podkreślić, że istnienie konkurencji na danym rynku nie jest całkowicie obojętne dla określenia, czy potrzeby, dla spełnienia których dany podmiot został utworzony, mają rzeczywiście charakter niekomercyjny i nieprzemysłowy. Istnienie znacznej konkurencji i fakt, że utworzone przedsiębiorstwo musi stawiać jej czoło, może być wskazówką, że nie istnieją takie potrzeby, które nie mają charakteru komercyjnego (rynkowego). (...) Nie jest jednak wystarczające dla uznania danego organu za podmiot prawa publicznego przyjęcie wyłącznie samej przesłanki zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Nawet jeżeli określony podmiot sam nie prowadzi działalności zmierzającej do osiągnięcia zysku - to gdy jest on administrowany zgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki, efektywności i rentowności, i działa na rynku uwzględniającym reguły konkurencji, nie może być uznany za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy o zamówieniach publicznych (tak orzekł TSUE w orzeczeniu z dnia 10 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-223/99 i C-260/99 *Agora Srl v. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, ECR 2001, s. 1-03605)." Kierując się powołaną powyżej argumentacją, Izba stanęła na stanowisku, że przypisanie

Zamawiającemu statusu podmiotu prawa publicznego, nie jest możliwe, jeżeli nawet w momencie wszczęcia był powołany w celu świadczenia usług odpowiadających swym zakresem zadaniom realizowanym przez państwo, a już po dacie jego powstania zmieniły się

w sposób istotny warunki prawne oraz otoczenie konkurencyjne w jakich musi on funkcjonować. Jak wynika z kolejnych wyjaśnień przedstawianych przez Zamawiającego w toku kontroli Prezesowi UZP, podmiot ten w okresie objętym kontrolą, działał na rynku, który może zostać uznany, za charakteryzujący się istnieniem silnej konkurencji. Nie bez znaczenia jest tu również fakt, że w tym właśnie okresie ustawowym obowiązkiem gmin stało się udzielanie zamówień na usługi objęte przedmiotem działalności Zamawiającego (odbieranie odpadów komunalnych) z wykorzystaniem procedur opisanych w ustawie P.z.p."

Zatem w związku z założonym przy utworzeniu Zamawiającego celem (Przedsiębiorstwo realizuje w szczególności zadania publiczne, polegające na prowadzeniu oddziaływań penitencjarnych oraz resocjalizacyjnych wobec osób skazanych na karę pozbawienia wolności przez organizowanie pracy sprzyjającej zdobywaniu kwalifikacji zawodowych oraz kształtowanie pozytywnych postaw społecznych), a także jego bieżącą realizacją, czemu Zamawiający nie

przeczył, pomimo jednoczesnego wykonywania innych zadań nawet o charakterze komercyjnym, nie ma to w świetle ugruntowanego orzecznictwa krajowego i europejskiego znaczenia dla zakwalifikowania Zamawiającego jako zamawiającego publicznego;

3) Polska Grupa SW Przedsiębiorstwo Państwowe jest nadzorowana w zakresie jej organu zarządzającego przez podmioty, o których mowa w pkt 1 art. 4 ustawy Pzp, to jest przez Ministra Sprawiedliwości, co wynika z ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (Dz. U. z 2023 r. poz. 437), w szczególności na podstawie jej:

a) art. 30: Organami przedsiębiorstwa państwowego są: ogólne zebranie pracowników (delegatów), rada pracownicza i dyrektor przedsiębiorstwa;

b) art. 31. Kompetencje ogólnego zebrania pracowników (delegatów) i rady pracowniczej określa ustawa o samorządzie załogi przedsiębiorstwa państwowego, c) art. 32. 1. Dyrektor przedsiębiorstwa państwowego zarządza przedsiębiorstwem

i reprezentuje je na zewnątrz. 2. Dyrektor przedsiębiorstwa państwowego, działając zgodnie z przepisami prawa, podejmuje decyzje samodzielnie i ponosi za nie odpowiedzialność,

d) art. 50. 1. Do dokonywania czynności prawnych samodzielnie w imieniu

przedsiębiorstwa państwowego upoważniony jest dyrektor. Zastępcy dyrektora oraz pełnomocnicy przedsiębiorstwa działają w granicach ich umocowania. 2. Jeżeli

czynności prawne, dokonywane przez osoby określone w ust. 1, obejmują rozporządzanie prawem, którego wartość przekracza pięć tysięcy złotych 1, lub czynności te mogą spowodować powstanie zobowiązania przedsiębiorstwa do świadczenia o wartości powyżej pięciu tysięcy złotych, do skuteczności oświadczenia woli wymagane jest współdziałanie co najmniej dwóch osób,

e) art. 51. 1. Pełnomocników ustanawia i odwołuje dyrektor przedsiębiorstwa. 2. Udzielenie pełnomocnictwa wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności. 3. Udzielenie i odwołanie pełnomocnictwa podlega ujawnieniu w Krajowym Rejestrze Sądowym. Nie dotyczy to pełnomocnictwa do dokonywania poszczególnych czynności oraz ustanawiania pełnomocników procesowych,

f) art. 58. 1. Organ założycielski dokonuje kontroli i oceny działalności przedsiębiorstwa oraz pracy dyrektora. 2. Organ założycielski ma prawo władczo wkraczać w sprawy przedsiębiorstwa tylko w wypadkach przewidzianych przepisami ustawowymi,

g) art. 59. Akt o utworzeniu przedsiębiorstwa może przewidzieć, że uprawnienia organu założycielskiego w zakresie nadzoru, określone w niniejszej ustawie, mogą być przekazane powołanej przez ten organ radzie nadzorczej,

h) art. 60. 1. Organ założycielski ma prawo nałożyć na przedsiębiorstwo obowiązek wprowadzenia do planu przedsiębiorstwa zadania lub wyznaczyć przedsiębiorstwu zadanie poza planem, jeżeli jest to niezbędne ze względu na potrzeby obrony kraju, w wypadku klęski żywiołowej bądź w celu wykonania zobowiązań międzynarodowych. 2. W wypadku określonym w ust. 1 organ założycielski zapewnia przedsiębiorstwu środki niezbędne do wykonania nałożonego na przedsiębiorstwo zadania. 3. Wykonanie zadania następuje na podstawie umowy zawartej między przedsiębiorstwem a jednostką organizacyjną wskazaną przy nakładaniu zadania,

i) art. 61. Organ założycielski, w razie stwierdzenia, że decyzja dyrektora jest sprzeczna z prawem, wstrzymuje jej wykonanie oraz zobowiązuje dyrektora do jej zmiany lub cofnięcia,

j) art. 63. 1. Dyrektorowi przedsiębiorstwa oraz radzie pracowniczej przysługuje prawo wniesienia sprzeciwu w stosunku do decyzji podjętych wobec przedsiębiorstwa przez organ sprawujący nad nim nadzór. 2. Sprzeciw wraz z jego uzasadnieniem wnosi się do organu, który decyzję wydał, w terminie siedmiu dni od daty jej przekazania. Wniesienie sprzeciwu wstrzymuje wykonanie decyzji. 3. W razie podtrzymania decyzji przez organ, do którego został skierowany sprzeciw, dyrektorowi przedsiębiorstwa oraz radzie pracowniczej przysługuje prawo wniesienia w ciągu siedmiu dni sprawy do sądu.

Sąd

w terminie czternastu dni wyznacza rozprawę,

k) art. 64. 1. W razie doznania szkody z powodu wykonania decyzji organu sprawującego nadzór, przedsiębiorstwo może żądać od tego organu odszkodowania. 2. Spory wynikłe na tle przepisu ust. 1 rozstrzyga sąd. 3. Z żądaniem odszkodowania może wystąpić dyrektor przedsiębiorstwa lub rada pracownicza przedsiębiorstwa.

Jak wskazał sam Zamawiający w piśmie procesowym z dnia 17.06.2023 r. „Zatem aby zastosowanie miał w/w przepis, podmioty o których mowa w pkt 1 lub 2 muszą finansować, posiadać ponad połowę udziałów, sprawować nadzór albo mieć prawo do powoływania organu przedsiębiorstwa. W sprawie niniejszej mamy do czynienia z sytuacją, w której to Minister Sprawiedliwości spełnia w/w kryteria. Jednak minister nie jest ani jednostką sektora finansów publicznych, ani też

jednostką nie posiadającą osobowości prawnej. Jest on organem władzy publicznej, a w konsekwencji nie może być uznany za podmiot, o którym mowa w art. 4 pkt 3) pzp.". Umknęło jednak Zamawiającemu, że w art. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych sektor finansów publicznych tworzą organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy wskazać, że bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż Zamawiający prowadzi także działalność komercyjną w innych obszarach, przepisy bowiem nie wymagają, by zaspokajanie potrzeb leżących w interesie ogólnym stanowiło główny przedmiot działalności przedsiębiorstwa, zakres takiej działalności może być nieproporcjonalnie wąski w stosunku do zakresu prowadzonej działalności o innym charakterze. Fakt, że nie wszyscy są zainteresowani lub mają bezpłatny dostęp do usług świadczonych przez przedsiębiorcę nie oznacza, że działania nie są oparte na interesie ogólnym, nawet jeśli działanie przynosi korzyści tylko jednej osobie lub przedsiębiorstwu, czynność tę można ogólnie zaklasyfikować jako zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym, jeżeli istnieje cel społeczny, z którego wynika korzyść dla osoby fizycznej lub przedsiębiorstwa (tu Zamawiający spełnia potrzeby osób osadzonych w interesie ogólnym). Sam fakt prowadzenia działalności w formie przedsiębiorstwa państwowego nie przesądza o braku możliwości posiadania statusu podmiotu prawa publicznego. Skoro przepis art. 4 pkt 3 ustawy Pzp wymienia trzy obligatoryjne przesłanki do spełnienia

aby móc go zastosować, to w zaistnieniu tych przesłanek decyduje o kwalifikacji Zamawiającego jako zamawiającego publicznego. Jedną z obligatoryjnych przesłanek określona w art. 4 w pkt 3 – uwzględnia w alternatywie łącznej podprzesłanki pod lit. a-d.

Wystarczające jest zatem do zastosowania art. 4 pkt 3 ustawy Pzp ziszczenie się co najmniej jednej z tych podprzesłanek (tu lit. c).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, a wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 54 ust. 1 ustawy o koncesji i art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia, w szczególności taki, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie z pominięciem przepisów ustawy o koncesji i ustawy Pzp nie zapewnia środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, złożonej przez Zamawiającego w formie dokumentów w segregatorze na rozprawie w dniu 19.06.2023 r. Pozostałe dokumenty zostały złożone w dniu 05.06.2023 r. jako załączniki do odwołania, w dniu 16.06.2023 r. jako załączniki do pisma Odwołującego, w dniu 19.06.2023 r. jako załączniki do pisma Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pism procesowych stron oraz stanowiska i oświadczenia stron, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 2 pkt 11 lit. a ustawy o koncesji w zw. z art. 4 pkt 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 4 ustawy o koncesji poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o zawarcie umowy koncesji przez Zamawiającego będącego osobą prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego nad którą bezpośredni nadzór sprawuje Minister Sprawiedliwości w sytuacji, gdy żadne z wyłączeń podmiotowych lub przedmiotowych stosowania ustawy o koncesji nie znajdzie zastosowania a wartość umowy koncesji przekracza kwotę 130 000 zł;
- 2) art. 12 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji w sposób mający na celu uniknięcie stosowania przepisów ustawy a w konsekwencji oraz art. 4 ustawy o koncesji w zw. z art. 17 pkt 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o koncesji przez zaniechanie przekazania ogłoszenia o koncesji do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, ewentualnie,

gdyby Izba uznała, że w niniejszej sprawie nie znajdą zastosowania przepisy ustawy o koncesji, zarzucił Zamawiającemu zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp i naruszenie tym samym następujących przepisów:

- 3) art. 4 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o zawarcie umowy o wykonanie zamówienia publicznego przez Zamawiającego będącego osobą prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego nad którą bezpośredni nadzór sprawuje Minister Sprawiedliwości w sytuacji, gdy żadne z wyłączeń podmiotowych lub przedmiotowych stosowania ustawy Pzp nie znajdzie zastosowania;
- 4) art. 86 ustawy Pzp przez zaniechanie przekazania ogłoszenia do publikacji Urzędowi

Publikacji Unii Europejskiej a w konsekwencji naruszenie art. 129 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp w zw. z art. 130 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieprzeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o zawarcie umowy

o wykonanie zamówienia publicznego zmierza do udzielenia zamówienia wykonawcy nie wyłonionego zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Spór dotyczył w istocie tego czy Zamawiający jest zamawiającym publicznym w rozumieniu ustawy o koncesji i ustawy Pzp. Co do tego zagadnienia Izba dokonała stosownego rozstrzygnięcia na etapie posiedzenia niejawnego z udziałem stron, podczas którego rozpoznała stan faktyczny i prawny w powyższym zakresie, niezbędny do rozstrzygnięcia wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, a w szczególności dotyczącym pkt 1, ustalając, że w niniejszej sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp, a w szczególności jej art. 4 pkt 3 (Zamawiający jest zamawiającym publicznym w rozumieniu ustawy Pzp). Izba wskazuje na aktualne również w tej części

uzasadnienia ustalenia Izby zawarte w części uzasadnienia dotyczącej oddalenia wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Następnie sporna między stronami była możliwość zakwalifikowania postępowania jako podlegającego ustawie o koncesji lub ustawie Pzp. Na rozprawie w dniu 19.06.2023 r. Odwołujący odnosząc się do twierdzeń w piśmie Zamawiającego z dnia 17.06.2023 r., co do tego, iż nie ma zamówienia publicznego, bowiem nie ma odpłatności tego zamówienia, wskazał na ustawę o koncesji i jej art. 3 ust. 2, w którym określono, iż wynagrodzenie stanowi wyłączne prawo do wykonywania usług albo takie prawo i zapłata od więźniów. Wynagrodzenie pozyskiwane będzie od więźniów, z tego wywiódł Zamawiający odpłatny charakter tego zamówienia. W piśmie procesowym z dnia 19.06.2023 r. Zamawiający wskazał, iż przedmiotowy Konkurs został przeprowadzony w oparciu o porozumienie nr 22/2023 zawarte pomiędzy Dyrektorem Generalnym Służby Więziennej a Polską Grupą SW Przedsiębiorstwo Państwowe z siedzibą w Warszawie. Jako dowód wskazał porozumienie nr 22/2023 z 11.05.2023 r. na fakty: przeprowadzenia Konkursu zgodnie z otrzymanymi wytycznymi oraz obowiązującymi regulacjami, co samo w sobie w dostateczny sposób miało dowodzić, że Polska Grupa SW Przedsiębiorstwo Państwowe nie stanowi podmiotu zobowiązanego do stosowania p.z.p.

Odnosnie zarzutu pierwszego i drugiego odwołania Izba uznała wyżej wymienione zarzuty za zasadne, a w związku z tym nie rozstrzyga i nie odnosi się do dalszych zarzutów ewentualnych odwołania.

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 2 pkt 11 lit. a ustawy o koncesji w zw. z art. 4 pkt 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 4 ustawy o koncesji poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o zawarcie umowy koncesji przez Zamawiającego będącego osobą prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego nad którą bezpośredni nadzór sprawuje Minister Sprawiedliwości w sytuacji, gdy żadne z wyłączeń podmiotowych lub przedmiotowych stosowania ustawy o koncesji nie znajdzie zastosowania a wartość umowy koncesji przekracza kwotę 130 000 zł, a także naruszenie art. 12 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji w sposób mający na celu uniknięcie stosowania przepisów ustawy a w konsekwencji oraz art. 4 ustawy o koncesji w zw. z art. 17 pkt 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o koncesji przez zaniechanie przekazania ogłoszenia o koncesji do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Izba szczegółowo zanalizowała okoliczności faktyczne i prawne sprawy, w szczególności podnosi jak niżej.

Na podstawie art. 2 pkt 11 lit. a ustawy o koncesji ilekroć w ustawie jest mowa o zamawiającym – należy przez to rozumieć podmiot, o którym mowa w art. 4 ustawy Pzp, a zatem w szczególności art. 4 pkt 3. Na podstawie art. 4 pkt 3 ustawy Pzp, przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są inne, niż określone w pkt 1 art. 4, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa

w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: a) finansują je w ponad 50% lub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Zamawiający nie przywołał żadnej podstawy prawnej wyłączenia stosowania ustawy o koncesji i ustawy Pzp, co było konsekwencją jego stanowiska w zakresie niespełniania przez Zamawiającego przesłanek

art. 4 pkt 3 ustawy Pzp i wskazywania braku przymiotu zamawiającego publicznego.

Na podstawie art. 12 ust. 2 ustawy o koncesji zamawiający nie może przygotować i prowadzić postępowania o zawarcie umowy koncesji w sposób mający na celu uniknięcie stosowania przepisów ustawy. Dalej z art. 17 pkt 1 ustawy o koncesji wynika obowiązek Zamawiającego zaproszenia do udziału w postępowaniu o zawarcie koncesji za pomocą ogłoszenia o koncesji, a z art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o koncesji przekazanie ogłoszeń, o których mowa w ustawie, do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Izba zapoznała się z urzędu z dokumentacją konkursu, udostępnioną na stronie internetowej Zamawiającego - Jak wynika z treści Regulaminu konkursu, zmienionego w dniu 22.06.2023 r. organizatorem konkursu jest Zamawiający, a konkurs prowadzony jest na podstawie Regulaminu konkursu (rozdział I pkt. 2.1.). Jak wynika

z rozdziału II Regulaminu konkursu odpowiednio pkt 1.1 i 1.2 celem konkursu jest uzyskanie jak najlepszej pod względem cenowym oraz funkcjonalnym infrastruktury telefonii dla osadzonych, stanowiącej przedmiot zamówienia, zadaniem konkursu jest wyłonienie poprzez weryfikację i ocenę zgodnie z zasadami Regulaminu Operatora; trzech uczestników konkursu, których oferty Sąd Konkursowy oceni najwyżej, zostaną zaproszeni do negocjacji.

W rozdziale II pkt 3 Regulaminu konkursu wskazano, iż wynagrodzenie wykonawcy stanowi wyłączne prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy, pomniejszone o prowizję przysługującą PGSW od wartości doładowań netto kart telefonicznych sprzedanych osadzonym. Jak w szczególności wskazano w pkt 2.2. 1) załącznika nr 5 do Regulaminu konkursu z dnia 22.06.2023 r.: „2. Opis przedmiotu zamówienia: „Minister Sprawiedliwości na podstawie Ustawy Kodeks Karny Wykonawczy (Dz. U. z 2021 r. poz. 53 z późn. zm.) wskazał PGSW jako podmiot odpowiedzialny za zapewnienia Osadzonym realizacji uprawnienia do korzystania z samoinkasujących aparatów telefonicznych. PGSW wspólnie z wybranym Operatorem zrealizuje wdrożenie Systemu telefonicznego Operatora oraz zapewnieni ciągłość pracy tego systemu, serwis oraz rozliczenia finansowe za rozmowy przeprowadzone przez Osadzonych. Służba Więzienna odpowiedzialna będzie za dostarczanie Operatorowi informacji (poprzez platformę programową wymiany danych API) niezbędnych do realizacji połączeń i kontroli treści rozmów telefonicznych prowadzonych przez Osadzonych”. Z projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do Regulaminu konkursu z dnia 22.06.2023 r. wynika, iż w komparycji umowy jako strona umowy wskazany jest Zamawiający, przedmiot umowy określony w § 1 ust.1 stanowi wdrożenie w JOSW Infrastruktury telekomunikacyjnej Operatora z samoinkasującymi aparatami telefonicznymi i świadczenie przez Operatora z wykorzystaniem tej infrastruktury usług telefonicznych dla osadzonych, zgodnie z OPZ stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy. Przedmiot Umowy realizowany będzie zgodnie z zasadami w niej określonymi z uwzględnieniem odpowiednich przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2022r. poz.1648 ze zmian.) oraz Kodeksu karnego wykonawczego (Dz. U. z 2021 r. poz. 53 z późn. zm.) i rozporządzeń wykonawczych wydanych na jego podstawie. Jak wynika z definicji w projekcie umowy: Usługa telefoniczna dla osadzonych – usługa polegająca na umożliwieniu Osadzonym nawiązywania połączeń głosowych przy pomocy Aparatów telefonicznych z abonentami stacjonarnych i ruchomych publicznych sieci telefonicznych w Polsce i za granicą. Usługa nie ma charakteru publicznie dostępnej usługi telefonicznej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tj.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1648 ze zm.). W ramach usługi zablokowana jest możliwość realizacji połączeń z Numerami blokowanymi. Na podstawie § 3 ust. 1-5 projektu umowy: „1. PGSW zobowiązuje się do zawarcia bez zbędnej zwłoki umów z dyrektorami JOSW na instalację infrastruktury telekomunikacyjnej Operatora z samoinkasującymi aparatami telefonicznymi, zgodnie z wymogami które określi Zarządzenie Dyrektora Generalnego SW wydane na podstawie art. 105b § 5 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. z 2021 r. poz. 53 z późn. zm.). O podpisanych umowach PGSW będzie informować niezwłocznie Operatora. Umowy te będą stanowiły podstawę dla Operatora do rozpoczęcia instalacji infrastruktury telekomunikacyjnej i

samoinkasujących aparatów telefonicznych. 2. PGSW zobowiązuje się do informowania JOSW o planowanych przez Operatora pracach w JOSW związanych z instalacją Infrastruktury telekomunikacyjnej Operatora, w tym wykonania niezbędnego okablowania i instalacji Aparatów telefonicznych w JOSW, w celu zapewnienia możliwości ich realizacji w dni robocze w godzinach 8 – 16, zgodnie z terminami określonymi w harmonogramie, o którym mowa w § 2 ust. 5. 3. PGSW zobowiązuje się do utworzenia we wszystkich JOSW Punktów Obsługi PGSW, które będą wydawały Funkcjonariuszom z JOSW karty telefoniczne dla Osadzonych, monitorowały usuwanie awarii Systemu telefonicznego Operatora oraz realizowały doładowania subkonta Osadzonego środkami finansowymi na prowadzenie rozmów. 4. Punkty Obsługi PGSW będą zobowiązane do składania Operatorowi zamówień na karty telefoniczne, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 7, w ilości niezbędnej do zapewnienia ciągłości procesu wydawania tych kart osadzonym, w partiach nie mniejszych jednak niż 100 sztuk. 5. Punkty Obsługi PGSW będą prowadziły sprzedaż doładowań kart telefonicznych Osadzonych środkami finansowymi na prowadzenie rozmów telefonicznych z wykorzystaniem terminali, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 6, w godzinach pracy Punktów Obsługi PGSW.”. W odniesieniu do usług określonych w § 3, w § 7 projektu umowy w ust. 1-5 postanowiono: „1. PGSW z tytułu realizacji usług określonych w § 3 przysługuje prawo do wynagrodzenia w formie prowizji w wysokości%. wartości netto doładowań kart telefonicznych sprzedanych Osadzonym. 2. Rozliczanie doładowań sprzedanych Osadzonym dokonywane będzie w cyklach miesięcznych,

z wykorzystaniem systemu bilingowego, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt.3. 3. Operator po zakończeniu miesiąca kalendarzowego wystawi fakturę dla PGSW o wartości netto równej wartości sprzedanych doładowań, powiększonej o podatek VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami. Załącznikiem do faktury będzie zestawienie doładowań sprzedanych przez poszczególne Punkty Obsługi PGSW, wydrukowane z systemu bilingowego. 4. Na podstawie faktury, o której mowa w ust. 3 PGSW wystawi Operatorowi fakturę za usługi określone w § 3, o wartości netto równej% wartości netto doładowań sprzedanych Osadzonym przez Punkt Obsługi PGSW, Powiększonej o podatek VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami. 5. Faktura, o której mowa w ust. 3, płatna będzie przez PGSW przelewem, na konto Operatora podane na fakturze, w terminie do 30 dni od dnia doręczenia przez Operatora poprawnie wystawionej faktury VAT, po potrąceniu prowizji, w wysokości określonej w fakturze, o której mowa w ust. 4.”. W myśl § 10 projektu umowy w szczególności kary umowne nalicza Operatorowi PGSW, a § 11 ust. 5 umowę rozwiązuje się w przypadku uchylenia decyzji, o której mowa w art. 4 ust. 4 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2470 z późn. zm.), z zachowaniem

18 miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego. Wypowiedzenie wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Jak wynika z dokumentacji konkursu, o której mowa wyżej, Zamawiający zleca wykonanie usług z jednoczesnym zagwarantowaniem sobie wynagrodzenia z tytułu wykonywanych czynności w ramach zakładanej realizacji umowy. Jednak w tym przypadku w ocenie Izby wynagrodzenie Zamawiającego nie wyklucza tego, iż Zamawiający zleca wykonanie zadania w ramach odpłatnego zamówienia, bowiem jest stroną umowy, rozlicza wykonanie tej umowy,

nalicza kary umowne, a wynagrodzenie wykonawców stanowią opłaty uiszczane przez osadzonych. Powyższemu stwierdzeniu Izby nie stoi na przeszkodzie treść porozumienia nr 22/2023 z dnia 11.05.2023 r., zawartego pomiędzy Dyrektorem Generalnym Służby Więziennej i Zamawiającym na podstawie art. 4 ust. 5 ustawy z dnia 09.04.2010 r. o Służbie Więziennej, przekazanej Izbie przez Zamawiającego w dokumentacji konkursu na rozprawie w dniu 19.06.2023 r. Z przywołanej bowiem podstawy prawnej wynika zobowiązanie do określenia warunków technicznych i wymogów dla systemu służącego realizacji uprawnienia do korzystania przez skazanych i tymczasowo aresztowanych z samoinkasującego aparatu telefonicznego, a także czasu trwania porozumienia i innych istotnych jego elementów. Porozumienie nie przesądza trybu udzielenia zamówienia.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Izba uwzględniając zarzuty odwołania w zakresie zaniechania przeprowadzenia odpowiedniego postępowania w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, czy też o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy Pzp, mimo że Zamawiający był do tego obowiązany (odpowiednio art. 54 ust. 1 ustawy o koncesji i art. 513 pkt 3 ustawy Pzp), stwierdziła naruszenie odpowiednich przepisów ustawy o koncesji i ustawy Pzp, co podniosła wyżej (w zakresie zaniechania czynności przeprowadzenia postępowania

o zawarcie umowy koncesji i odpowiednio wynikających z ustawy Pzp). Nie wystąpiła przesłanka wyłączenia stosowania ustawy o koncesji czy ustawy Pzp, a w szczególności wymienione w art. 11 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp (przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości - Prokuratora Generalnego albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane przywieziennym zakładom pracy, prowadzonym jako przedsiębiorstwa

państwowe

albo instytucje gospodarki budżetowej, związanych z zatrudnianiem osób pozbawionych wolności, jeżeli zasadniczą część działalności przywieziennego zakładu pracy dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez Ministra Sprawiedliwości - Prokuratora Generalnego lub jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane, realizowanych samodzielnie lub przy udziale podwykonawców, pod warunkiem że co najmniej część zamówienia jest realizowana przez osoby pozbawione wolności).

Izba uwzględniając odwołanie, nie będąc związana żądaniem odwołania, nakazała Zamawiającemu unieważnić wszystkie czynności zamawiającego w postępowaniu prowadzonym bez stosowania ustawy o koncesji i ustawy Pzp, bowiem nie było ono prowadzone w trybie ustawy Pzp czy ustawy o koncesji, a jedynie takie postępowania podlegają czynności unieważnienia po nastąpieniu okoliczności, wymienionych w art. 39 ustawy o koncesji i art. 255 i art. 310 ustawy Pzp. Z tych względów nie nakazała Zamawiającemu unieważnienie postępowania konkursowego, a jedynie wszystkich czynności Zamawiającego, biorąc za podstawę art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a w zw. z art. 6 pkt 31 ustawy Pzp w zw. z art. 54 ust. 2 ustawy o koncesji.

W ocenie Izby Zamawiający winien prowadzić postępowanie będące przedmiotem odwołania w trybie ustawy o koncesji i stosować odpowiednie przepisy ustawy Pzp (art. 4 pkt 3).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy st. 1 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.). Wobec uwzględnienia odwołania w całości koszty ponosi Zamawiający (nie orzeczono kosztów zastępstwa prawnego Odwołującego w związku z oświadczeniem Odwołującego na

rozprawie

w dniu 19.04.2023 r. o nieskładaniu faktury kosztowej).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: