

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 8 stycznia 2018 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 11 grudnia 2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego, którym jest: Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Poznaniu, ul. Młyńska 1 (61-729 Poznań), dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie kompletnej dokumentacji projektowo-kosztowej budowy nowej jednostki penitencjarnej w Kaliszu” z dnia 29 listopada 2017 r., znak: UZP/DKD/WKZ2/421/3(9)/17/WR dot. WK/4/17/DKD

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Członkowie: Jolanta Markowska

Agata Mikołajczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego z dnia 11 grudnia 2017 r. do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 29 listopada 2017 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez zamawiającego – Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Poznaniu (dalej jako „Zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie kompletnej dokumentacji projektowo-kosztowej budowy nowej jednostki penitencjarnej w Kaliszu”, w wyniku której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, ze zm.), zwanej dalej także „ustawą Pzp”:

- 1) art. 22 ust. 2 i ust. 2a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w ogłoszeniu o zamówieniu zastrzeżenia, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy zatrudniający osoby należące do grupy określonej w art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co stanowiło na gruncie przedmiotowego zamówienia wymóg ograniczający konkurencję i niezgodny z zasadą proporcjonalności;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z udziału w postępowaniu, z uwagi na niewykazanie spełnienia ww. zastrzeżenia dotyczącego profilu zatrudnienia równocześnie przez obydwu członków konsorcjum;
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania wobec niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu;
- 4) art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 6 ustawy Pzp i § 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 1127) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez pominięcie w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych wymogu złożenia przez wykonawcę polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości i na warunkach określonych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 5.2.2. SIWZ.

Uzasadniając stwierdzenie ww. naruszeń przepisów ustawy Pzp Prezes Urzędu wskazał co następuje:

Ad. 1. Naruszenie przepisów art. 22 ust. 2 i ust. 2a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający zgodnie z uprawnieniem wynikającym z art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zastrzegł w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 5.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), że o zamówienie mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, tj. osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 557, z późn. zm.), mających trudności w integracji ze środowiskiem.

Jednocześnie, zgodnie z art. 22 ust. 2a ustawy Pzp, Zamawiający określił minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do grupy określonej w art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp na poziomie nie mniej niż 40 %.

Przedmiotem ww. zamówienia publicznego było wykonanie kompletnej dokumentacji projektowo - kosztowej zamierzenia inwestycyjnego polegającego na lokalizacji nowej Jednostki Penitencjarnej w północno - wschodniej części Centralnego Ośrodka Szkolenia Służby Więziennej w Kaliszu. Przedmiot zamówienia nie obejmował jednocześnie innych czynności.

Zamawiający w opisie warunków udziału w postępowaniu zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ (pkt 5.2) wymagał, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował na czas realizacji zamówienia osobami posiadającymi następujące kwalifikacje:

- a)** projektant branży architektoniczno-budowlanej - 1 osoba - uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane (Dz.U. z 2016 r. poz. 290) lub równoważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, posiadająca:
- aktualne potwierdzenie statusu przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego,
 - doświadczenie w opracowaniu, jako projektant branży architektonicznej minimum jednej dokumentacji projektowej (projekt budowlany) budowy lub przebudowy (w rozumieniu

Prawa budowlanego) budynku zamieszkania zbiorowego lub mieszkalnego o powierzchni użytkowej co najmniej 3000 m²;

b) projektant branży konstrukcyjno-budowlanej - 1 osoba – uprawnienia w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane (Dz.U. z 2016 r. poz. 290) lub równoważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, posiadająca:

- aktualne potwierdzenie statusu przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego;
- doświadczenie w opracowaniu, jako projektant branży konstrukcyjno - budowlanej minimum jednej dokumentacji projektowej (projekt budowlany) budowy lub przebudowy (w rozumieniu Prawa budowlanego) budynku zamieszkania zbiorowego lub mieszkalnego o powierzchni użytkowej co najmniej 3000 m²;

c) projektant branży elektrycznej - 1 osoba - uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane (Dz.U. z 2016 r. poz. 290) lub równoważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, posiadająca:

- aktualne potwierdzenie statusu przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego;
- doświadczenie w opracowaniu, jako projektant branży elektrycznej minimum jednej dokumentacji projektowej (projekt budowlany) budowy lub przebudowy (w rozumieniu Prawa budowlanego) budynku zamieszkania zbiorowego lub mieszkalnego o powierzchni użytkowej co najmniej 3000 m²;

d) projektant branży sanitarnej - 1 osoba - uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych i kanalizacyjnych, zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane (Dz.U. z 2016 r. poz. 290) lub równoważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, posiadająca:

- aktualne potwierdzenie statusu przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego;
- doświadczenie w opracowaniu, jako projektant branży elektrycznej minimum jednej dokumentacji projektowej (projekt budowlany) budowy lub przebudowy (w rozumieniu

Prawa budowlanego) budynku zamieszkania zbiorowego lub mieszkalnego o powierzchni użytkowej co najmniej 3000 m².

W odniesieniu do powyższego Kontrolujący wskazał, iż ustanowienie wymogu zatrudnienia odpowiedniego wskaźnika osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych w kontekście przedmiotu niniejszego zamówienia oraz stawianych wykonawcom wymagań podmiotowych należy uznać na gruncie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp za wymóg nadmierny, a poprzez to niezgodny z zasadą proporcjonalności i ograniczający konkurencję.

Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione jego charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. W znaczeniu prawnym zasada proporcjonalności to, w uproszczeniu, założenie, przy którym zamawiający w postępowaniu powinien podejmować tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonych celów (tu: sprawdzenia zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia poprzez sprawdzenie jego dotychczasowego doświadczenia), środki zastosowane do realizacji tego celu muszą być proporcjonalne do jego istoty oraz odpowiednie, tj. takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne, tj. takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców.

Ponadto, opis kryteriów społecznych w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje, że ma się ono odnosić do osób, których aktywizacja zawodowa jest trudniejsza, a realizacja zamówienia ma się na tą aktywizację bezpośrednio przekładać. Wymogu tego nie można zatem traktować jedynie jako narzędzia formalnego do ograniczania konkurencji poprzez ograniczanie pozostałym wykonawcom dostępu do zamówienia.

W związku z powyższym Prezes Urzędu stwierdził, iż w kontrolowanym postępowaniu, stawianie wymogów zatrudniania osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w przypadku usługi projektowej pozostawało zupełnie bez związku z przedmiotem zamówienia i jego realizacją. W szczególności charakter usługi projektowej oraz wymagania odnośnie potencjału kadrowego posiadającego odpowiednie prawem uprawnienia budowlane i aktualne członkostwo w Izbach Inżynierów Budownictwa racjonalnie wykluczały możliwość realizacji zamówienia przez osoby wskazane w art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W

konsekwencji, wymóg ten miał charakter pozorny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokonane przez Zamawiającego zastrzeżenie eliminowało z ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawców zdolnych do jego realizacji, co stoi w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. 2. Naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Kontrolujący wskazał, iż dyspozycja art. 22 ust. 2 i 2a ustawy Pzp, w którym ustawodawca wprowadził możliwość ograniczenia dostępu do zamówień publicznych wyłącznie do wykonawców, u których co najmniej 30 % osób zatrudnionych stanowią osoby, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, rodzi konieczność ścisłej wykładni. Brzmienie przepisu wymaga, aby w toku oceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie doszło do obejścia przepisu, którego celem było wzmocnienie pozycji tych podmiotów, które stwarzają miejsca pracy dla osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 557, z późn. zm.), mających trudności w integracji ze środowiskiem w ilości znaczącej dla danego przedsiębiorstwa. W konsekwencji spełnienie przez jednego z konsorcjantów zastrzeżenia, o którym mowa w art. 22 ust. 2 i 2a ustawy Pzp, odmiennie niż np. w przypadku dysponowania określoną wiedzą i doświadczeniem, nie będzie automatycznie powodowało spełnienia zastrzeżenia przez całe konsorcjum. W konsekwencji, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełnią zastrzeżenie, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, tylko w przypadku, gdy wykażą, że ponad 30% zatrudnianych przez każdego z nich pracowników stanowią osoby należące do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w ust. 2 art. 22. Zawiązanie konsorcjum nie może bowiem stanowić drogi do obejścia przepisu ustawy, w ten sposób, aby dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy w ogóle nie zatrudniają pracowników należących do ww. kategorii, a np. zamierzają jedynie korzystać z potencjału podmiotu trzeciego dysponującego wymaganym profilem zatrudnienia.

Uzasadniając ww. stanowisko Prezes Urzędu powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2249/12).

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy Prezes Urzędu stwierdził, iż wykazanie spełniania ww. zastrzeżenia wyłącznie przez jednego z konsorcjantów - Państwowe Przedsiębiorstwo Przemysłu Metalowego POMET, należy uznać za niewystarczające, a tym samym obligujące Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy:

Państwowe Przedsiębiorstwo Przemysłu Metalowego POMET oraz Archidea Development M. B., wspólnie ubiegających się po udzielenie zamówienia, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego Kontrolujący uznał, że Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum): Państwowe Przedsiębiorstwo Przemysłu Metalowego POMET (Lider konsorcjum), Archidea Development M. B. (członek konsorcjum), które z uwagi na niewykazanie przez członka Konsorcjum, tj. Archidea Development M. B. minimalnego wskaźnika zatrudnienia osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp na poziomie nie mniej niż 40 %, nie spełniło warunku udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Ad. 3. Naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Jak zauważył Prezes Urzędu, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. Zaniechanie Zamawiającego w zakresie wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu, a co za tym idzie zaniechanie odrzucenia oferty ww. Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, prowadziło w konsekwencji do naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Ad. 4. Naruszenie przepisów art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 6 ustawy Pzp i § 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając stwierdzone naruszenie Kontrolujący wskazał, iż zgodnie z Rozdziałem 7 SIWZ pn.: *„Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia”*, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. wymogu wykazania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 1 183 000,00 zł, wykonawca ubiegający się o zamówienie zobowiązany był przedłożyć polisę lub inny dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości i na warunkach określonych w pkt 5.2.2. SIWZ. Z kolei w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień

Publicznych zamawiający nie wymagał złożenia ww. dokumentu od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Kontrolujący podkreślił, iż informacje podane przez Zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mogą być odmienne od tych, które wskazano w ogłoszeniu. Nie oznacza to, że informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia muszą przybrać jednakową formę i identyczną treść, jednak potencjalny wykonawca musi mieć możliwość zdobycia wiarygodnych, niewprowadzających w błąd informacji o zamówieniu i podjęcia decyzji o złożeniu oferty. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone m. in. w wyroku z dnia 30 listopada 2010 r. (sygn. akt: KIO/2534/10).

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Zgodnie z art. 41 pkt 7a ustawy Pzp, w brzmieniu nadanym w wyniku nowelizacji przepisów ustawy Pzp, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r., ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, zawiera co najmniej wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Ponadto, z wydanego na podstawie art. 11 ust. 6 ustawy Pzp rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 1127) wynika, iż obowiązkowe jest wskazanie przez Zamawiającego wykazu oświadczeń lub dokumentów składanych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - wzór ogłoszenia o zamówieniu sekcja III.5). Z kolei, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu stwierdził, iż w sytuacji gdy Zamawiający zamieszcza ww. wykaz w treści SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu, to powinien być on tożsamy. Powyższe wynika z konieczności zachowania należytej staranności przy prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz jest związane z koniecznością zachowania zasady przejrzystego prowadzenia postępowania, wynikającej wprost z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zasada uczciwej konkurencji). Niedopuszczalne jest

odstępowanie od zamieszczania w SIWZ dokumentów, których Zamawiający wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu i odwrotnie.

W konsekwencji Prezes Urzędu uznał, iż Zamawiający nie zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych wymogu złożenia przez wykonawcę polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości i na warunkach określonych w pkt 5.2.2. SIWZ, naruszył art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 6 ustawy Pzp i § 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 1127), w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

II. Pismem z dnia 11 grudnia 2017 r. (znak pisma: OI/KI.053.1.2017.PM.4292) Zamawiający, na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, stwierdzając co następuje:

Ad. 1. Naruszenie przepisów art. 22 ust. 2 i ust. 2a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający stwierdził, iż zastrzeżenie zastosowane przez niego w postępowaniu, określone w art. 22 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp wprowadzone zostało nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 roku i jest stosunkowo nowo obowiązującym aktem prawnym. Stosowanie ww. zastrzeżenia w zamówieniach publicznych przez zamawiającego będącego organem wchodzącym w skład struktur organizacyjnych Służby Więziennej, wynika z szeregu dyspozycji, dla których podstawową jest dyspozycja zapisana w art. 2 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010r. o Służbie Więziennej (t.j Dz.U. z 2017r., poz. 631). Szczegółowo natomiast, stosowanie przepisów ustawy uwzględniające specyfikę działalności Służby Więziennej, ustalone zostało w piśmie Dyrektora Generalnego Służby Więziennej z dnia 21 października 2016 roku (w załączeniu). W piśmie tym Dyrektor Generalny Służby Więziennej „za celowe i wskazane uznał w szczególności, aby przy udzielaniu zamówień na dostawy, usługi oraz roboty budowlane, kierownicy jednostek organizacyjnych kierowali się zasadą racjonalnego wydatkowania środków finansowych oraz dokładali należytej staranności w celu maksymalizacji ilości stanowisk pracy dla osadzonych, a w konsekwencji dokonywali wyboru takich wykonawców, którzy przy spełnianiu wymagań jakościowych oraz cenowych, będą w stanie zagwarantować miejsca pracy dla osób pozbawionych wolności.”

W dalszej kolejności Zamawiający wyjaśnił, iż ustanowione w ustawie Pzp zastrzeżenia z art. 22 ust. 2, których zastosowanie pozostawiono do decyzji zamawiających, mając na

uwadze ich różnorodną specyfikę, w zakresie pkt. 3 wpisuje się w zadania nałożone przez prawo na jednostki organizacyjne Służby Więziennej. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że w przedmiotowym postępowaniu powinien zastosować wyżej wskazane zastrzeżenie, które w sposób bezpośredni przyczynia się do tworzenia warunków sprzyjających utrzymywaniu dotychczasowych oraz powstawaniu nowych miejsc zatrudnienia osób pozbawionych wolności. Podejmując decyzję o zastosowaniu wyżej opisanej klauzuli społecznej, zamawiający zwrócił także uwagę na fakt, że opisuje ona jedynie oczekiwaną przez zamawiającego właściwość podmiotową wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, nie narzucając sposobu i warunków realizacji zamówienia, jak to ma miejsce w przypadku innych klauzul społecznych opisanych na przykład w art. 29 ust. 4 ustawy Pzp.

Wyjaśnił, iż przed Służbą Więzienną postawione zostało obecnie zadanie realizacji i wdrażania przygotowanego przez Ministerstwo Sprawiedliwości programu „Praca dla więźniów”, którego jednym z elementów jest uwzględnianie problematyki zatrudnienia osób pozbawionych wolności w udzielanych zamówieniach publicznych jednostek organizacyjnych Służby Więziennej.

Zatem wprowadzenie warunku z art. 22 ust. 2 Pzp nie było pozorne i było uzasadnione interesem Zamawiającego wynikającym z realizacji wyżej wskazanego programu.

Zamawiający wziął pod uwagę również fakt, że prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy, umożliwia wykonawcom skorzystanie z całego wachlarza możliwości prawnych występowania jako wykonawca, składania ofert i spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawcy mogą korzystać między innymi z możliwości opisanych w art. 22a ustawy Pzp (korzystanie przez wykonawcę ze zdolności technicznych, zawodowych, lub sytuacji ekonomicznej innych podmiotów), art. 23 ustawy Pzp (wspólne ubieganie się wykonawców o udzielenie zamówienia), a także art. 36a ustawy Pzp (powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia), których stosowanie w sytuacji zastosowania zastrzeżenia z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, nie zostało przez ustawodawcę ograniczone.

Powołał się na stanowisko prezentowane w literaturze prawniczej, że nie w każdym zamówieniu konkurencja musi być nieograniczona w tym sensie, że każdy wykonawca może do niego przystąpić. Warunki udziału w postępowaniu, oczywiście nie naruszające zasad wolnej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zatem w pełni uzasadnione obiektywną potrzebą zamawiającego, mogą jednak zawęzić krąg podmiotów, które będą się ubiegać o zamówienie publiczne.

Podsumowując stwierdził, iż w jego ocenie zastosowanie klauzuli społecznej opisanej w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, wyłączone jest spod zasady proporcjonalności. Jednocześnie jako zastrzeżenie z założenia ograniczające podmioty mogące się ubiegać o zamówienie, wyłączone jest spod zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ad. 2. Naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zgodnie z prezentowanym w ramach zastrzeżeń stanowiskiem warunki udziału w postępowaniu, jakie stawiać może zamawiający, zostały określone w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp. Zastrzeżenie ustanowione przez Zamawiającego w pkt 5.6 SIWZ, określone na podstawie art. 22 ust. 2 pkt. 3 ustawy, jest szczególnym rodzajem warunku stawianego wykonawcy, który nie jest powiązany z charakterem zamówienia i zasadą proporcjonalności, co potwierdza brzmienie art. 23 ust. 5 ustawy Pzp. Zatem ustawowy nakaz określony w art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp dotyczący wykluczenia wykonawcy, który m.in. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu nie powinien być rozszerzany również na zastrzeżenie z art. 22. ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Zamawiającego poza warunkami mającymi na celu weryfikację kompetencji wykonawcy, w celu realizacji założeń polityki społecznej, ustawodawca przyznał zamawiającym prawo do stawiania wykonawcom dodatkowych warunków związanych z prowadzeniem działalności obejmującej społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. Zastrzeżenie tego typu warunków jest uprawnieniem zamawiającego. Decyzja o zastosowaniu takiego zastrzeżenia należy wyłącznie do zamawiającego, a jego zawarcie w ogłoszeniu nie jest uwarunkowane żadnymi okolicznościami po stronie zamawiającego.

Zamawiający wskazał na treść postanowienia zawartego w pkt. 5.3 SIWZ, zgodnie z którym *„wykonawcy, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie, warunki udziału w postępowaniu mogą spełnić łącznie”*. W jego ocenie ma to o tyle istotne znaczenie, że właśnie stosunek prawny łączący wykonawców zdecydował w ocenie kontrolującego o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu i podstawie do wykluczenia wykonawcy. Natomiast ten sam wykonawca, zmieniając swój stosunek prawny na określony w art. 22a ust. 1 (korzystanie z właściwości innych podmiotów), ominąłby zarzut niespełniania warunków udziału. Interpretacja kontrolującego powodowałaby zatem sytuację, w której ten sam wykonawca, w zależności od powziętego stosunku prawnego z innym podmiotem, w jednym przypadku nie spełniałby warunków udziału w postępowaniu a w drugim je spełniał, co stoi w sprzeczności z zasadami opisanymi w art. 7 ust. 1 ustawy.

Stwierdził, iż przy ocenie warunków udziału w postępowaniu z art. 22 ust. 2 Pzp kierował się przepisami ustawy oraz przywołanym orzecznictwem (wyrok NSA z dnia 22 lutego 2017 r.,

sygn. II GSK 1853/15, wyrok NSA z dnia 27 października 2016 r., II GSK 1335/15, LEX nr 2189675, wyrok NSA z 9 grudnia 2016 r. sygn. II GSK 2695/16, wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 18 lutego 2015 r., III SA/Wr 882/14, LEX nr 1682982, wyrok KIO z dnia 29 listopada 2016 r., KIO 2169/16, Lex nr 2166874, wyrok KIO z 30 października 2012 r. sygn. KIO 2255/12).

Ad. 3. Naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Zamawiający stwierdził, iż zasadność zastrzeżeń w odniesieniu do tego naruszenia wynika z zaprezentowanego przez niego stanowiska dotyczącego dwóch pierwszych naruszeń.

Ad. 4. Naruszenie przepisów art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 6 ustawy Pzp i § 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający zwrócił uwagę na pominięty w uzasadnieniu Informacji fakt, iż w ogłoszeniu o zamówieniu, w części dotyczącej warunków udziału w postępowaniu zamawiający opisał jasno warunek „sytuacji finansowej lub ekonomicznej” wykonawcy: *„Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 1183 000 zł (słownie: jeden milion sto osiemdziesiąt trzy tysiące zł i 00/100)”*. W ocenie Zamawiającego ma to zasadniczy wpływ na ocenę „możliwości zdobycia wiarygodnych, niewprowadzających w błąd informacji o zamówieniu i podjęcia decyzji o złożeniu oferty”.

W cytowanym w uzasadnieniu Informacji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2010 r., (sygn. akt. KIO/2534/10) zawarto zdanie *„Umieszczona na stronie internetowej zamawiającego specyfikacja winna jedynie uszczegółowiać informacje zawarte w ogłoszeniu, nie może natomiast zawierać informacji sprzecznych z treścią ogłoszenia”*, podkreśla najistotniejszy w ocenie podniesionego zarzutu naruszenia fakt, że stwierdzona różnica pomiędzy treścią ogłoszenia a SIWZ, sprowadza się jedynie do uszczegółowienia w SIWZ informacji zawartych w ogłoszeniu. Nie powoduje natomiast sprzeczności pomiędzy tymi dokumentami.

III. Pismem z dnia 22 grudnia 2017 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 listopada 2017 r. Uzasadniając ww. stanowisko Prezes Urzędu wskazał w szczególności, co następuje:

W odniesieniu do stwierdzonego **naruszenia przepisów art. 22 ust. 2 i ust. 2a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** Prezes Urzędu nie zgodził się z poglądem Zamawiającego, iż odrębność instytucji zamówień zastrzeżonych, uregulowana w art. 22 ust. 2 oraz art. 22 ust. 2a ustawy Pzp, od warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w tym art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, oznacza, że do zamówień zastrzeżonych nie mają zastosowania zasady proporcjonalności i uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przeciwnie, żaden przepis nie wyłącza stosowania ww. zasad wobec zamówień zastrzeżonych. Wykładnię Zamawiającego zaprezentowaną w zastrzeżeniach należy uznać zatem za *contra legem*. Uwzględniając powyższe, w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zastrzeżenie dokonane przez Zamawiającego na podstawie art. 22 ust. 2a ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, podlega ocenie na gruncie zasady proporcjonalności.

W opinii Prezesa Urzędu, Zamawiający nie przedstawił argumentów przemawiających za uznaniem, że w tym stanie faktycznym zastrzeżenie dokonane przez niego na podstawie art. 22 ust. 2a ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, na gruncie przedmiotowego zamówienia, przełożyło się na integrację zawodową i społeczną osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 557, z późn. zm.), mających trudności w integracji ze środowiskiem.

Brak jest zatem podstaw do uznania, aby wskazywane przez Zamawiającego zastosowanie ww. zastrzeżenia, w sposób bezpośredni przyczyniało się do tworzenia warunków sprzyjających utrzymywaniu dotychczasowych oraz powstawaniu nowych miejsc zatrudnienia dla osób pozbawionych wolności i zwalnianych z zakładów karnych.

Ustanowienie wymogu zatrudnienia odpowiedniego wskaźnika osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych w kontekście przedmiotu niniejszego zamówienia oraz stawianych wykonawcom wymagań podmiotowych należy uznać na gruncie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp za wymóg nadmierny, a poprzez to niezgodny z zasadą proporcjonalności i ograniczający konkurencję. Nadmierność ustanowienia ww. zastrzeżenia wynikała z okoliczności, iż realizacja przedmiotowego zamówienia w żaden sposób nie mogła być związana z integracją społeczną i zawodową osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, której udzielenie zamówienia zastrzeżonego miało służyć. Stopień złożoności zamówienia oraz warunki jego realizacji, czyniły zastrzeżenie ustanowione w ogłoszeniu o zamówieniu w celu integracji osób pozbawionych wolności i zwalnianych z zakładów karnych, mających trudności w integracji ze środowiskiem - iluzorycznym. Należy zauważyć, iż w okolicznościach faktycznych przedmiotowego postępowania z uwagi na

ustanowienie ww. zastrzeżenia Zamawiający pozbawił możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia innym wykonawców zdolnych do jego realizacji, którzy z uwagi na konieczność samodzielnego spełniania zastrzeżenia dotyczącego profilu zatrudnienia, mogli uznać, iż nie są w stanie złożyć oferty. Zamawiający ograniczył zatem formalnie konkurencję na rynku wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia poprzez ustanowienie ww. zastrzeżenia, które nie mogło przełożyć się na realizację celów integracji społecznej i zawodowej grupy określonej w art. 22 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odpowiadając na zastrzeżenia do stwierdzonego **naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp** Prezes Urzędu w szczególności podkreślił, iż w przepisie artykułu 22 ustęp 2 ustawy Pzp ustawodawca zawarł wyraźne stwierdzenie o możliwości ograniczenia dostępu do zamówienia wyłącznie do tych wykonawców, którzy posiadają status zakładu pracy chronionej lub których działalność obejmuje integrację społeczno-zawodową osób marginalizowanych oraz u których co najmniej 30% zatrudnionych pracowników stanowią osoby marginalizowane. Takie brzmienie przepisu wymaga, aby w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie doszło do obejścia przepisu, którego celem było wzmocnienie pozycji tych podmiotów, które rzeczywiście integrują i stwarzają miejsca pracy dla osób defaworyzowanych. Zawiązanie konsorcjum nie może bowiem stanowić drogi do obejścia przepisu ustawy, w ten sposób, aby dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy w ogóle nie realizują celu włączenia społeczno-zawodowego, a więc nie zatrudniają odpowiedniego odsetka pracowników marginalizowanych i co pewne będą później w praktyce realizować (zgodnie z umową konsorcjum) 100 % przedmiotu zamówienia. Warunek, o którym mowa w artykule 22 ust. 2 ustawy Pzp, nie stanowi podstawy do oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, ale podstawę do ograniczenia podmiotowego udziału w tym postępowaniu według ściśle określonej i zdefiniowanej cechy podmiotowej. Oznacza to, że w przypadku tzw. zamówień zastrzeżonych, realizowanych w oparciu o artykuł 22 ust. 2 ustawy Pzp nie ma możliwości dokonywania łącznej oceny posiadania określonej cechy podmiotowej przez członków grupy wspólnie ubiegającej się o zamówienie tak jak jest to w przypadku warunków, o których mowa w artykule 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, lecz każdy z członków tej grupy powinien legitymować się wymaganą cechą podmiotową indywidualnie. Jednocześnie, zauważyć należy, iż w zakresie dokumentowania spełniania warunku tzw. zamówień zastrzeżonych, w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, informacja o spełnianiu tego warunku powinna znaleźć się w dokumentach składanych przez każdego z wykonawców na podstawie art. 25a ust. 6 ustawy Pzp tzn. w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia lub oświadczeniu.

Z kolei odnosząc się do argumentu Zamawiającego, jakoby ten sam wykonawca, zmieniając swój stosunek prawny na określony w art. 22a ust. 1 (korzystanie z właściwości innych podmiotów), ominąłby zarzut niespełniania warunków udziału, co zdaniem Zamawiającego świadczy o nieprawidłowej interpretacji przepisu ustawy Pzp przez organ kontrolujący - stwierdzić należy, iż jest on chybiony. Korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego przewidziane jest w przepisach prawa wyłącznie w odniesieniu do wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu (warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp), a nie w odniesieniu do odrębnej kategorii zamówień, jakimi są zamówienia zastrzeżone (art. 22 ust. 2 ustawy Pzp). Tym samym, nie ma możliwości spełnienia warunku dotyczącego zamówień zastrzeżonych także przez wykonawcę, który sam nie jest takim podmiotem, a korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, który do takiej kategorii podmiotów należy, w celu umożliwienia złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Za taką wykładnią przemawia także treść art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, który wprost wskazuje, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Powyższy przepis odnosi się tylko do warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, nie przewiduje zatem powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie wymagań odnoszących się do zamówień zastrzeżonych, określonych w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji podtrzymania stanowiska odnośnie dwóch pierwszych zarzutów, Prezes Urzędu stwierdził, iż zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie **naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp** również nie zasługują na uwzględnienie.

Natomiast w odniesieniu do **naruszenia przepisów art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 6 ustawy Pzp i § 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** Prezes Urzędu wskazał, iż naruszenie przepisów ustawy Pzp wskazanych w pkt 4 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* nie polegało na zawarciu odmiennej treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w treści SIWZ, lecz na niewskazaniu w ogłoszeniu o zamówieniu katalogu wymaganych dokumentów na potwierdzenie spełniania ww. warunku. Jakkolwiek zatem zgodzić się należy z Zamawiającym, iż treść ogłoszenia o zamówieniu nie była sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie ustanowionego warunku udziału w postępowaniu (czego w naruszeniu nie

kwestionowało), to jednakże treść SIWZ nie zawierała tożsamego wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, który w sytuacji dokonania przez Zamawiającego opisu warunku udziału w postępowaniu, winien być zgodnie z brzmieniem art. 41 pkt 7a oraz art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jednolity.

Izba zważyła, co następuje:

1. Zastrzeżenia dotyczące naruszenia przepisów art. 22 ust. 2 i ust. 2a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Zdecydowanie nie można zgodzić się z poglądem Zamawiającego, w myśl którego zastosowanie warunku określonego w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp wyłączone jest spod zasady proporcjonalności, a ponadto jako zastrzeżenie z założenia ograniczające podmioty mogące się ubiegać o zamówienie, wyłączone jest spod zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wymaga zatem podkreślenia, iż zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mają charakter klauzul generalnych i w związku z tym znajdują zastosowanie wprost przy ocenie każdej z czynności Zamawiającego. Zasada proporcjonalności ma szczególne znaczenie między innymi przy ocenie czynności Zamawiającego, jaką jest określenie warunków udziału w postępowaniu, w tym warunków, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp.

Na znaczenie zasady proporcjonalności w zamówieniach publicznych wskazywał w swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii Trybunał wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Z kolei zgodnie z wyrokiem Trybunału z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Sri i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08) przy określaniu, którzy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a ewentualne ograniczenia konkurencji mogą być stosowane jedynie w zakresie niezbędnym dla osiągnięcia celów danego zamówienia (podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/17 Michaniki oraz wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 Assitur).

W ramach dokonywania oceny czynności zamawiającego pod kątem zasady proporcjonalności należy zatem brać pod uwagę takie okoliczności jak przydatność (*warunek przydatności*) i niezbędność (*warunek niezbędności*) zastosowanych ograniczeń do

osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Ewentualne ograniczenia konkurencyjności postępowania muszą być zastosowane jedynie w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż zastosowane środki w ogóle muszą pozwalać na osiągnięcie tych celów. Zatem, w przypadku ustalenia braku spełnienia warunku przydatności, bezprzedmiotowa staje się ocena pod kątem spełnienia warunku niezbędności. Ponadto, należy również wziąć pod uwagę wymóg, aby cele określone przez zamawiającego były istotniejsze niż skutki zastosowania środków ograniczających konkurencję.

Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu, iż w kontrolowanym postępowaniu postawiony przez Zamawiającego wymóg zatrudniania osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, był niezgodny z zasadą proporcjonalności wskazaną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W szczególności charakter usługi projektowej oraz wymagania odnośnie potencjału kadrowego posiadającego odpowiednie prawem uprawnienia budowlane i aktualne członkostwo w Izbach Inżynierów Budownictwa racjonalnie wykluczały możliwość realizacji zamówienia przez osoby wskazane w art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Mając to na uwadze należy stwierdzić, iż określony przez Zamawiającego warunek w ogóle nie był przydatny do osiągnięcia postawionego przez niego celu (integracja społeczna i zawodowa ww. osób). Jednocześnie ustanowienie takiego warunku wywołało skutek w postaci wyeliminowania z ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawców zdolnych do jego realizacji, co stoi w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wymaga również wskazania, iż uzasadnieniem postawienia ww. wymogu w kontrolowanym postępowaniu nie mogą być wytyczne zawarte w piśmie Dyrektora Generalnego Służby Więziennej. Stosowanie przedmiotowych wytycznych musi bowiem pozostawać w zgodności z obowiązującymi przepisami prawa, co między innymi wymaga uwzględnienia uwarunkowań konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia postępowania publicznego. Tymczasem w kontrolowanym postępowaniu zastosowanie wytycznych nie tylko nie służyło osiągnięcia przyświecających im celów, lecz również wywołało negatywny skutek w postaci znacznego ograniczenia możliwości ubiegania się przez wykonawców o przedmiotowe zamówienia, a w konsekwencji pozostawało w sprzeczności z przepisami prawa. Nie zasługuje również na uwzględnienie powoływanie się przez Zamawiającego na przepis art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy o Służbie Więziennej, zawierający ogólne wskazanie podstawowych zadań tej służby.

Mając na uwadze powyższe, Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej odnośnie stwierdzonego naruszenia art. 22 ust. 2 i

ust. 2a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a zgłoszone w tym zakresie zastrzeżenia Zamawiającego uznała za niezasadne.

2. Zastrzeżenia dotyczące naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Warunki udziału w postępowaniu zostały przez Zamawiającego określone w pkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Szczegółowo zostały one opisane w pkt 5.2. SIWZ, a ponadto Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące wspólnego ubiegania się o zamówienie w pkt 5.3. SIWZ, powoływania się na zasoby innych podmiotów w pkt 5.4 SIWZ oraz powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom w pkt 5.5 SIWZ. Odrębną regulację dotyczącą tzw. zamówień zastrzeżonych Zamawiający zawarł w pkt 5.6 SIWZ. Zgodnie z tym postanowieniem SIWZ:

„5.6. Zamawiający zastrzega zgodnie z art. 22 ust. 2 pkt. 3 ustawy, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. Zgodnie z art. 22 ust. 2a, Zamawiający wymaga, aby wskaźnik zatrudnienia osób należących do grupy określonej w art. 22 ust. 2 pkt. 3 (osoby pozbawione wolności lub zwalniane z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997r., - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 1997r., poz. 557, z późn. zm.) wynosił nie mniej niż 40 % osób zatrudnionych przez wykonawców ubiegających się o zamówienie.”

Powyższe postanowienie SIWZ koresponduje z regulacją art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, pozwalającą zamawiającym na ograniczenie kręgu wykonawców wyłącznie do podmiotów wskazanych w tym przepisie, oraz do art. 22 ust. 2a ustawy Pzp nakazującemu zamawiającemu – w przypadku zastosowania instytucji z art. 22 ust. 2a ustawy Pzp – określenie minimalnego procentowego wskaźnika zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii wymienionych w pierwszym z ww. przepisów.

Regulacje wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp nie zostały w żaden istotny sposób zmodyfikowane przez Zamawiającego. W treści SIWZ Zamawiający sam wyraźnie wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. Nadto, ww. postanowieniu Zamawiający nadał odrębny charakter umieszczając je w ostatnim podpunkcie punktu 5 SIWZ, po wcześniejszych postanowieniach dotyczących określenia poszczególnych warunków udziału w

postępowaniu, wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, polegania na zasobach innych podmiotów oraz podwykonawstwa.

Z powyższych postanowień SIWZ wynika zatem, iż jako warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający określił wymóg spełnienia wskaźnika (na poziomie 40%) zatrudnienia osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie w sposób wyraźny Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wyłącznie wykonawcy warunek ten spełniający – a tym samym wykluczone zostało, aby o przedmiotowe zamówienie ubiegali się wykonawcy nie spełniający warunku zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, w tym wykonawcy biorący udział w postępowaniu w ramach konsorcjum, w którym łącznie zachodzi spełnienie ww. wymogu. Z ww. postanowień SIWZ w nawiązaniu do przepisów ustawy Pzp (art. 22 ust. 2 i 2a) wynikało zatem, iż każdy z wykonawców, bez względu na to czy bierze udział w postępowaniu samodzielnie czy w ramach konsorcjum, zobligowany był do samodzielnego spełnienia ww. wymogu na poziomie 40% zatrudnienia osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Należy wskazać, iż warunki, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, stanowią szczególny rodzaj warunków udziału w postępowaniu, albowiem nakierowane są nie na ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, lecz na ograniczenie kręgu wykonawców do tych posiadających określoną cechę podmiotową, jaką jest osiągnięcie wymaganego wskaźnika zatrudnienia osób należących do jednej z grup społecznie marginalizowanych. Niewątpliwie jednak warunki z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp zaliczają się do warunków udziału w postępowaniu, albowiem odnoszą się one do wymogów podmiotowych wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W taki też sposób warunek ten został potraktowany przez Zamawiającego, albowiem postanowienie dotyczące zamówień zastrzeżonych zostało przez Zamawiającego zawarte w punkcie 5 SIWZ *Warunki udziału w postępowaniu* (in fine).

Z powyższych względów w przypadku stwierdzenia braku spełnienia warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 i 2a ustawy Pzp, zamawiający obowiązany jest do zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Ponieważ w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy występującego w formie konsorcjum, w ramach którego – wbrew postawionemu warunkowi – tylko jeden z wykonawców spełniał wymóg zatrudnienia osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, stwierdzenie przez Prezesa Urzędu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp należy uznać za zasadne.

Na marginesie należy dodać, iż z przepisu art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wprost wynika, że zastosowanie tej instytucji (poleganie na zdolnościach innych podmiotów) dotyczy wyłącznie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej, a nie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 2 i 2a ustawy Pzp. Ponadto należy wskazać, iż Zamawiający wykazuje w ramach prezentowanego stanowiska pewną niekonsekwencję, z jednej strony stwierdzając, iż do warunków z art. 22 ust. 2 i 2a ustawy Pzp mają zastosowanie te same instytucje co do pozostałych warunków, a z drugiej strony podnosząc, iż sankcja wykluczenia z postępowania nie ma zastosowania w przypadku braku wykazania spełnienia warunku określonego w art. 22 ust. 2 i 2a ustawy Pzp.

3. Zastrzeżenia dotyczące naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z przepisami art. 22 ust. 2 i ust. 2a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, należało również stwierdzić naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

4. Zastrzeżenia dotyczące naruszenia przepisów art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 6 ustawy Pzp i § 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Przede wszystkim wymaga wskazania, iż zarówno art. 25 ust. 1 pkt 1, jak i art. 41 ustawy Pzp zawierają minimalny katalog informacji, jakie muszą znaleźć się w ogłoszeniu o zamówieniu. Do tych informacji, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 41 pkt 7a ustawy Pzp należy wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia.

W treści ogłoszenia o zamówieniu w ramach kontrolowanego postępowania brak było informacji dotyczących dokumentów, za pomocą których miało nastąpić wykazanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W ogłoszeniu o zamówieniu brak było zatem informacji wymaganych przepisami ustawy Pzp.

W związku z powyższym należało stwierdzić, iż wobec braku określenia w treści ogłoszenia o zamówieniu wszystkich informacji wymaganych przepisami prawa, tj. w tym przypadku wymaganych przepisami art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 6 ustawy Pzp i § 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów

ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, doszło do naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów. Jednocześnie mając na uwadze fakt, iż treść ogłoszenia o zamówieniu stanowi dla wykonawców ważną informację dotyczącą warunków ubiegania się o dane zamówienie publiczne (stanowi pierwszy element informacyjny dla wykonawcy o prowadzonym postępowaniu i informacje w nim zawarte mają umożliwić wykonawcy podjęcie decyzji o możliwości i woli ubiegania się o zamówienie publiczne), naruszenie ww. przepisów skutkowało również naruszeniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego dotycząca uszczegółwiającego charakteru SIWZ w stosunku do treści ogłoszenia o zamówieniu. W takim bowiem przypadku Zamawiający powinien zawrzeć w ogłoszeniu o zamówieniu odesłanie do treści SIWZ w tym zakresie, co jednak w kontrolowanym postępowaniu nie miało miejsca. Ponadto należy dodać, iż brak wskazania w treści ogłoszenia o zamówieniu określonego dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oznacza, iż Zamawiający nie żąda złożenia tego dokumentu, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności z treścią SIWZ, zgodnie z którą dokument ten jest wymagany przez Zamawiającego.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....