



PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Warszawa,

2022 roku

DKZP.WKZ3.442.182.2021.OL
KND/196/21

Wójt Gminy Ulhówek

uprzejmie informuję, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 603 ust. 1 w zw. z art. 607 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”), przeprowadził kontrolę doraźną w sprawie udzielenia przez Zamawiającego - Gminę Ulhówek zamówienia publicznego na *odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Ulhówek w 2021 roku (nr sprawy: BGK.271.4.2020)*.

Zgodnie z art. 609 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w załączeniu przesyłam informację o wyniku ww. kontroli.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 610 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.



Warszawa,

2022 roku

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

DKZP.WKZ3.442.182.2021.OL
KND/196/21

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

Zamawiający:	Gmina Ulhówek ul. Kościelna 1/1 22-678 Ulhówek
Rodzaj zamówienia:	usługa
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne
Przedmiot zamówienia:	odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Ulhówek w 2021 r.
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony na podstawie art. 39 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. z 2019 r. poz. 1843, dalej: "ustawa Pzp2004")
Wartość zamówienia:	612 045,93 zł, co stanowi równowartość 143 359,78 euro
Wszczęcie kontroli:	na wniosek
Wszczęcie postępowania:	31.12.2020 r. (data zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych)
Środki unijne:	nie

Informacja o stwierdzonych naruszeniach lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdza naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 22 ust. 2 pkt 2 i ust. 2a w związku z art. 7

ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez zastrzeżenie w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy zatrudniający osoby należące do grupy określonej w art. 22 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp2004 w wysokości 100%, co stanowiło na gruncie przedmiotowego zamówienia warunek ograniczający konkurencję i niezgodny z zasadą proporcjonalności.

UZASADNIENIE

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Ulhówek w 2021 r.” zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 grudnia 2020 r. pod numerem 774428-N-2020, w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej Zamawiającego.

Jak wynika z protokołu postępowania wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 612 045,93 zł, co stanowi równowartość 143 359,78 euro.

Zgodnie z częścią I pkt 1 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), przedmiotem zamówienia jest „odbieranie, transport i zagospodarowanie (odzysk lub unieszkodliwienie) wskazanych w opisie zamówienia odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ulhówek w 2021 roku”, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2010 z późn. zm.), oraz przepisami Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Ulhówek. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 5 do SIWZ.

W części III pkt 1 SIWZ wskazano, że o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegali wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12-23 ustawy Pzp2004, 2) spełniali warunki udziału w postępowaniu, które zostały określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ.

W części III pkt 2 SIWZ wskazano, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Dla wykazania spełniania warunku Zamawiający wymagał: a) aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Ulhówek, zgodnie z art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; Zamawiający nie wyznaczył szczegółowych warunków w tym zakresie; 3) zdolności technicznej lub zawodowej; Zamawiający nie wyznaczył szczegółowych warunków w tym zakresie.

W ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w dniu 31 grudnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 774428-N-2020 wskazano, że o zamówienie mogły ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz wykonawcy, których działalność, lub działalność ich organizacyjnie wyodrębnionych jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. Zamawiający określił minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których

mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004, nie mniejszy niż 30%, osób zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej lub wykonawców albo ich jednostki w wysokości 100%. W pkt 7 sekcji III ww. ogłoszenia wskazano, że w celu potwierdzenia spełnienia zatrudnienia osób bezrobotnych, o których mowa w art. 22 ust. 2 pkt ustawy Pzp2004, zamawiający żądał złożenia: 1) dokumentu potwierdzającego, że działalność wykonawcy, lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie publiczne, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, 2) dokumentu potwierdzającego procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy, zatrudnionych przez wykonawcę który będzie realizował zamówienie. Zamawiający wymagał, aby procentowy wskaźnik zatrudnienia osób bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku wynosił 100%.

Jednocześnie w części III pkt 3 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy łącznie spełniają następujące warunki:

- a) ich działalność (albo działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizować zamówienie) obejmą społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych w rozumieniu art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004,
- b) posiadają procentowy wskaźnik osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych w rozumieniu art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004 wynoszący 100% osób zatrudnionych przez wykonawcę (albo przez ww. jednostki, które będą realizować zamówienie) przy czym osoby te powinny należeć do następującej grupy społecznie marginalizowanej w rozumieniu ww. przepisów: bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucji rynku pracy (Dz. U. 2020 r. poz. 1409 i 2023 z późn. zm.).

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z tych wykonawców musiał spełniać warunki wskazane w lit. a i b powyżej. Wykonawca nie mógł polegać na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie wymogów wskazanych w lit. a i b powyżej. Zamawiający uzna, że osoba zatrudniona przez wykonawcę należy do grupy bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, jeżeli osoba ta w chwili bezpośrednio poprzedzającej zatrudnienie u wykonawcy (albo w ww. jednostce, która będzie realizowała zamówienie) była bezrobotna w rozumieniu ww. ustawy.

Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, określonych w części III ust. 2 pkt 1 lit. a SIWZ, żądał złożenia na wezwanie aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Ulhówek, zgodnie z art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunku zatrudnienia osób bezrobotnych, o których mowa w art. 22 ust. 2 pkt 2 oraz art. 22 ust. 2a ustawy Pzp2004, żądał złożenia następujących dokumentów:

- a) dokumentu potwierdzającego, że działalność wykonawcy lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie publiczne, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych,
- b) dokumentu potwierdzającego, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004, tj. osób

bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1409 i 2023), zatrudnionych przez wykonawcę, który będzie realizował zamówienie, wynosi 100%.

W dniu 7 stycznia 2021 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej treść zapytania do SIWZ złożonego przez jednego z wykonawców wraz z odpowiedzią, wskazując co następuje:

Pytanie nr 1

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w rozdziale III pkt 3 Zamawiający zastrzega, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wyłącznie wykonawcy, którzy łącznie spełniają następujące warunki: „b) posiadają procentowy wskaźnik zatrudnienia osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych w rozumieniu art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004 wynoszący 100% osób zatrudnionych przez wykonawcę (albo przez ww. jednostki, które będą realizować zamówienie), przy czym osoby te powinny należeć do następującej grupy społecznie marginalizowanej w rozumieniu ww. przepisów: bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucji rynku pracy (Dz. U. 2020 r. poz. 1409 i 2023 z późn. zm.)”. Takie zastrzeżenie w świetle przedmiotu zamówienia oraz ustanowionych warunków udziału powodują, że następuje znaczne ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego prawidłowego wykonania oraz wykluczają możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy prowadzą działalność obejmującą zawodową i społeczną integrację osób marginalizowanych, ale z niemożliwością zatrudnienia 100% takich osób. Czy rozważają Państwo zmianę warunków udziału w postępowaniu?

Wyjaśnienie do pytania nr 1

Warunki postępowania pozostają bez zmian.

Zgodnie z pkt 11 protokołu postępowania, otwarcie ofert nastąpiło w dniu 8 stycznia 2021 r. o godz. 13:15 w Urzędzie Gminy Ulhówek, ul. Kościelna 1/1, 22-678 Ulhówek. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 500 000,00 zł.

Zgodnie z pkt 12 protokołu postępowania, do upływu terminu składania ofert złożone zostały następujące oferty:

- | | |
|--|-------|
| 1) | cena: |
| 622 486,80 zł, | |
| 2) | cena: |
| 537 418,43 zł, | |
| 3) | |
| 22-540 Dołhobyczów, cena: 582 336,00 zł. | |

Pismem z dnia 11 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp2004 do złożenia: 1) aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Ulhówek, zgodnie z art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach; 2) dokumentu potwierdzającego, że działalność Wykonawcy lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie publiczne, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych; 3) dokumentu potwierdzającego, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej

kategori, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1409 i 2023), zatrudnionych przez Wykonawcę, który będzie realizował zamówienie, wynosi 100%. Zamawiający wskazał, że powyższe dokumenty miały zostać złożone w oryginale lub kopii poświadczone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15 stycznia 2021 roku.

W dniu 19 stycznia 2021 r. Wykonawca złożył zaświadczenie o wpisie .
do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, dokumenty potwierdzające zatrudnienie osób bezrobotnych (protokoły z negocjacji, skierowania do pracy osób bezrobotnych, umowy pomiędzy Powiatowym Urzędem Pracy w Tomaszowie Lubelskim a Przedsiębiorstwem Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Tyszowcach w sprawie zobowiązania do zatrudnienia osób bezrobotnych, lista pracowników skierowanych do realizacji zadania BGK.271.4.2020, którzy zostali zatrudnieni po skierowaniu do pracy przez Powiatowy Urząd Pracy w Tomaszowie Lubelskim), Zarządzenie nr 1/2021 z dnia 4 stycznia 2021 r. w sprawie powołania „Zakładu Oczyszczania”.

Pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę .
na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp2004 do złożenia: 1) aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Ulhówek, zgodnie z art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach; 2) dokumentu potwierdzającego, że działalność wykonawcy lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie publiczne, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych; 3) dokumentu potwierdzającego, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004, tj. osób bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1409 i 2023), zatrudnionych przez wykonawcę, który będzie realizował zamówienie, wynosi 100%. Ponadto Zamawiający wskazał, że powyższe dokumenty powinny być złożone w oryginale lub kopii poświadczone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 18 stycznia 2021 roku.

Zamawiający w piśmie z dnia 19 stycznia 2021 r. wskazał, że Zamawiający jest w posiadaniu aktualnego wpisu

do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Ulhówek. Ponadto, ww. piśmie wskazano, że z wymaganych przez Zamawiającego dokumentów Wykonawca nie złożył: 1) dokumentu potwierdzającego, że działalność wykonawcy lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie publiczne, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych; 2) dokumentu potwierdzającego, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy, tj. osób bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1409 i 2023), zatrudnionych przez wykonawcę, który będzie realizował zamówienie, wynosi 100%.

Pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę
na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp2004 do złożenia
1) aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Ulhówek,

zgodnie z art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach; 2) dokumentu potwierdzającego, że działalność wykonawcy lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie publiczne, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, 3) dokumentu potwierdzającego, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy, tj. osób bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1409 i 2023), zatrudnionych przez wykonawcę, który będzie realizował zamówienie, wynosi 100%.

W dniu 18 stycznia 2021 r. wykonawca
przekazał żądane dokumenty.

Zgodnie z pkt 13 protokołu postępowania, z postępowania wykluczono następujących wykonawców: 1)

2)

I Jako podstawę prawną wykluczenia ww. Wykonawców wskazano art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004.

Pismem z dnia 20 stycznia 2021 r. Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu z przedmiotowego postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp2004 wobec nie wykazania spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ a nadto wobec dostarczenia przez Wykonawcę żądanych przez Zamawiającego dokumentów z uchybieniem terminu do ich dostarczenia oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp200, bowiem ofertę Wykonawcy wykluczonego, uznaje się za odrzuconą. Zamawiający wskazał, że Wykonawca został wezwany przez Zamawiającego pismem z dnia 11 stycznia 2021 r. do złożenia: 1) aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Ulhówek, zgodnie z art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach; 2) dokumentu potwierdzającego, że działalność Wykonawcy lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie publiczne, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, 3) dokumentu potwierdzającego, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 22 ust.2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1409 i 2023), zatrudnionych przez Wykonawcę, który będzie realizował zamówienie, wynosi 100%. W ww. piśmie wskazano, że powyższe dokumenty miały zostać złożone w oryginale lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15 stycznia 2021 roku. Zamawiający wskazał, że do dnia 15 stycznia 2021 r. Wykonawca złożył: 1) aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Ulhówek, 2) listę pracowników skierowanych do realizacji zadania BGK.271.4.2020, którzy zostali zatrudnieni w Przedsiębiorstwie Usług Komunalnych Spółka z o.o. Tyszowce, po skierowaniu do pracy przez Powiatowy Urząd Pracy w Tomaszowie Lubelskim. Ponadto, Zamawiający wskazał, że w dniu 19 stycznia 2021 r. Wykonawca złożył: 1) zarządzenie Zarządu nr 1/2021 z dnia 04 stycznia 2021 r. w sprawie powołania w skład którego wchodzi dziewięć osób, 2) skierowania do pracy Powiatowego Urzędu Pracy w Tomaszowie Lubelskim wraz z Protokołami z negocjacji i Umowami dla ośmiu osób zatrudnionych w powołanym Zakładzie Oczyszczania. Zamawiający wskazał, że w stosunku do jednej z dziewięciu osób Wykonawca nie wykazał, że została ona zatrudniona jako osoba bezrobotna w przedsiębiorstwie Wykonawcy, przez co wymagany przez

Zamawiającego wskaźnik zatrudnienia osób bezrobotnych zatrudnionych przez Wykonawcę nie wynosi 100%. Zamawiający dodał, że nadto Wykonawca nie wykazał, że osoby zatrudnione przez Wykonawcę należące do grupy bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1409 i 2023), w chwili bezpośrednio poprzedzającej zatrudnienie w Zakładzie Oczyszczania były osobami bezrobotnymi w rozumieniu cyt. wyżej ustawy (są to *de facto* osoby zatrudnione na umowę o pracę).

Pismem z dnia 19 stycznia 2021 r. Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu z przedmiotowego postępowania wykonawcy

na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp2004 wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp2004, bowiem ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Zamawiający wskazał, że wezwał Wykonawcę pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. do złożenia 1) aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Ulhówek, zgodnie z art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, 2) dokumentu potwierdzającego, że działalność wykonawcy lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie publiczne, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, 3) dokumentu potwierdzającego, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004, tj. osób bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1409 i 2023) zatrudnionych przez wykonawcę, który będzie realizował zamówienie, wynosi 100%. Ponadto Zamawiający wskazał, że powyższe dokumenty powinny być złożone w oryginale lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 18 stycznia 2021 roku. Zamawiający w piśmie z dnia 19 stycznia 2021 r. wskazał, że Zamawiający jest w posiadaniu aktualnego wpisu Wykonawcy do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Ulhówek. Ponadto, ww. piśmie wskazano, że z wymaganych przez Zamawiającego dokumentów Wykonawca nie złożył: 1) dokumentu potwierdzającego, że działalność wykonawcy lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie publiczne, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych; 2) dokumentu potwierdzającego, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy, tj. osób bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1409 i 2023), zatrudnionych przez wykonawcę, który będzie realizował zamówienie, wynosi 100%.

Zgodnie z pkt 15 protokołu postępowania, Zamawiający odrzucił oferty następujących wykonawców: 1)

2)

. Jako powód odrzucenia ww. ofert wskazano art. 24 ust. 4 ustawy Pzp2004.

Zgodnie z pkt 16 ppkt 2 protokołu postępowania, jako najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę nr 1 firmy: , cena: 622 486,80 zł brutto. W uzasadnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty wskazano, że oferta nr 1 uzyskała największą łączną liczbę punktów 100 na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ tj.: cena i termin płatności.

W dniu 20 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował e-mailem wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W wyniku przeprowadzonego postępowania w dniu 26 stycznia czerwca 2021 r. została zawarta umowa (nr 1/2021) pomiędzy Zamawiającym - Gminą Ulhówek a Wykonawcą -

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 510413735-N-2021 w dniu 9 lutego 2021 r.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył co następuje.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004 zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności: 1) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1172, 1495 i 1696); 2) bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1482 i 1622); 3) osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. z 2019 r. poz. 676, 679 i 1694), mających trudności w integracji ze środowiskiem; 4) osób z zaburzeniami psychicznymi w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1878 oraz z 2019 r. poz. 730 i 1690); 5) osób bezdomnych w rozumieniu ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1507, 1622 i 1690); 6) osób, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1666); 7) osób do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia; 8) osób będących członkami mniejszości znajdującej się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będących członkami mniejszości narodowych i etnicznych w rozumieniu ustawy z dnia 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz. U. z 2017 r. poz. 823).

Przy czym art. 22 ust. 2a ustawy Pzp2004 nakazuje Zamawiającemu w takim przypadku określenie minimalnego procentowego wskaźnika zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w ust. 2 art. 22 ustawy Pzp2004, nie mniejszego niż 30 %, osób zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej lub wykonawców albo ich jednostki, o których mowa w ust. 2.

Zastrzeżenie udziału w postępowaniu wyłącznie dla wykonawców, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004 zależy jedynie od woli zamawiającego. Jednakże fakultatywny charakter zastosowania tej klauzuli nie oznacza dowolności w kształtowaniu jej zakresu. Ustawodawca wskazał w treści art. 22 ust. 2a ustawy Pzp2004, że to zamawiający określa minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w ust. 2 art. 22 ustawy Pzp2004. Zamawiający może ustanowić w tym względzie wyższe wymagania, jednocześnie mając na uwadze określony w tym przepisie minimalny ustawowy 30% procentowy wskaźnik zatrudnienia. Ponadto, zamawiający powinien w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

w tym przy określaniu zastrzeżenia, o którym mowa w art. 22 ust. 2 i 2a ustawy Pzp2004 przestrzegać zasad zamówień publicznych, w tym zasad uczciwej konkurencji i proporcjonalności.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wbrew treści art. 22 ust. 2a ustawy Pzp2004 nie określił minimalnego procentowego wskaźnika zatrudnienia osób bezrobotnych przez wykonawców albo ich jednostki, bowiem ustalił procentowy wskaźnik zatrudnienia osób bezrobotnych na maksymalnym poziomie to jest w wysokości 100% wszystkich osób zatrudnionych przez wykonawcę.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp2004 Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Powyższy przepis wskazuje, że zarówno warunki udziału w postępowaniu jak i środki dowodowe, jakimi muszą dysponować wykonawcy powinny zostać opisane w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co może m.in. zostać wyrażone za pomocą minimalnego poziomu zdolności. Powyżej cytowany przepis dotyczy wszystkich warunków udziału w postępowaniu, a więc zarówno tych wskazanych w ust. 1b art. 22 ustawy Pzp2004, jak i tego, o którym mowa w art. 22 ust. 2 i 2a ustawy Pzp2004.

W myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zasada proporcjonalności jest uznawana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej za jedną z podstawowych zasad prawa Unii Europejskiej. I tak Trybunał w wyroku z dnia 16 września 1999 r., w sprawie C- 414/97, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii wskazał, że "ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE [Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską], wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu".

Z kolei w wyroku z 10 grudnia 2002 r. w sprawie C-491/01, *The Queen p. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco* Trybunał wskazał, że "poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga odpowiedzi na dwa pytania: 1. Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu i nadaje się do jego realizacji? 2. Czy środek nie wykracza poza to, co niezbędne, a tym samym czy nie jest nadmierny, oraz czy inne środki byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego celu?".

"W znaczeniu prawnym zasadę proporcjonalności można w uproszczeniu sprowadzić do dyrektywy, zgodnie z którą zamawiający w prowadzonym postępowaniu powinien podejmować tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonego celu (w przypadku warunków udziału jest nim sprawdzenie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia), a środki zastosowane do realizacji tego celu muszą być proporcjonalne do jego istoty oraz odpowiednie, czyli nie tylko najlepsze i najwłaściwsze, ale i w najmniejszym stopniu ograniczające interesy i prawa wykonawców" (Krajowa Izba Odwoławcza, dalej: "KIO", w wyroku z dnia 17 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1398/20).

KIO podkreśliła ww. wyroku, że cel art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004, "jakim jest społeczna i zawodowa integracja osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, nie może zostać osiągnięty kosztem naruszenia zasady proporcjonalności". KIO stwierdziła w ww. wyroku, że „w odniesieniu do warunku, który wprowadza tzw. zamówienie zastrzeżone, możliwość jego weryfikacji z punktu widzenia kryterium proporcjonalności jest istotna z tego powodu, że jak wynika z dotychczasowego orzecznictwa Izby, art. 22 ust. 2 ustawy pzp należy interpretować w ten sposób, że ogranicza on dostępność zamówienia do wykonawców prowadzących tzw. przedsiębiorstwo społeczne, czyli takie, którego celem (a nie ubocznym czy ad hoc przyjętym na potrzeby danego zamówienia) jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych”. Nadto KIO podkreśliła w tym wyroku, że "sposób opisu kryteriów społecznych w art. 22 ust. 2 pzp wskazuje, że mają się one odnosić do osób, których aktywizacja zawodowa jest trudniejsza, a realizacja zamówienia ma się na tą aktywizację bezpośrednio przekładać. W konsekwencji wymogu tego nie można traktować jedynie jako formalnego narzędzie do ograniczania konkurencji przez uniemożliwienie innym wykonawcom dostępu do zamówienia, gdyż wprost narusza to nadrzędną w stosunku do wszystkich warunków udziału w postępowaniu zasadę proporcjonalności, o której mowa zarówno w art. 7 ust. 1 pzp oraz dodatkowo w art. 22 ust. 1a pzp w odniesieniu do relacji warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia [takie zajął również stanowisko Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w ramach wyniku kontroli, która zakończyła się uchwałą Izby z 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO/KD 67/17]".

Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, że postawiony przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp2004 jest przydatny (właściwy) do osiągnięcia zakładanego celu, jakim jest integracja społeczna i zawodowa osób bezrobotnych i nadaje się do jego realizacji z uwagi na przedmiot zamówienia (jego charakter, zakres, stopień złożoności i warunki realizacji przedmiotowego zamówienia), jak i sytuację rynkową. Jednocześnie należy stwierdzić, że warunek ten został określony w sposób nadmierny, bowiem ustalenie przez Zamawiającego "minimalnego" procentowego wskaźnika zatrudnienia osób bezrobotnych w wysokości 100%, skutkowało wyeliminowaniem z ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia funkcjonujących na rynku wykonawców zdolnych do jego realizacji, poprzez co nie została zachowana zasada proporcjonalności.

Określenie przez Zamawiającego „minimalnego” wskaźnika procentowego zatrudnienia osób bezrobotnych na tak rygorystycznym poziomie miało wpływ na krąg zainteresowanych uczestnictwem w postępowaniu wykonawców. O powyższym świadczy rezygnacja z ubiegania się o udzielenie zamówienia potencjalnego wykonawcy, który zwrócił się do Zamawiającego o rozważenie zmiany omawianego warunku w zakresie procentowego wskaźnika zatrudnienia osób marginalizowanych. Wykonawca w zapytaniu skierowanym do Zamawiającego w dniu 5 stycznia 2021 r. wskazał, że „takie zastrzeżenie w świetle przedmiotu zamówienia oraz ustanowionych warunków udziału powoduje, że następuje znaczne ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego prawidłowego wykonania oraz wyklucza możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy prowadzą działalność obejmującą zawodową i społeczną integrację osób marginalizowanych, ale z niemożliwością zatrudnienia 100% takich osób”. Ponadto wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu wykazał w stosunku do ośmiu z dziewięciu zatrudnionych osób, że zostały zatrudnione jako osoby bezrobotne przez tego Wykonawcę, przez co wymagany przez Zamawiającego wskaźnik zatrudnienia osób bezrobotnych zatrudnionych przez

tego Wykonawcę nie wyniósł 100%. Ostatecznie oferta tego Wykonawcy została odrzucona, z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. Wykonawca nie wykazał, że osoby bezrobotne zatrudnione przez tego Wykonawcę były osobami bezrobotnymi w chwili bezpośrednio poprzedzającej zatrudnienie u tego Wykonawcy.

Fakt, że ostatecznie została złożona tylko jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, również świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz uwzględniając ustalenia dotyczące stanu faktycznego, w tym wyjaśnienia Zamawiającego należy stwierdzić, że Zamawiający poprzez zastrzeżenie w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy zatrudniający osoby należące do grupy określonej w art. 22 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp2004 w wysokości 100%, naruszył art. 22 ust. 2 pkt 2 i ust. 2a w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004, co stanowiło na gruncie przedmiotowego zamówienia warunek ograniczający konkurencję i niezgodny z zasadą proporcjonalności.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem zastrzeżenie w ogłoszeniu o zamówieniu warunku, o którym w art. 22 ust. 2 i 2a ustawy Pzp2004 zgodnie z przepisami ustawy Pzp2004 mogło skutkować wyborem jako najkorzystniejszej innej oferty.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 610 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.