

**WYROK**  
**z dnia 17 grudnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Emilia Garbala  
Magdalena Grabarczyk  
Emil Kawa

**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **JOL-MARK Sp. z o.o., ul. Portowa 16G, 44-110 Gliwice, CATERMED S.A., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź oraz Naprzód Service Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Dom Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie, ul. 3 Maja 116, 09-227 Szczutowo**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **JOL-MARK Sp. z o.o., ul. Portowa 16G, 44-110 Gliwice, CATERMED S.A., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź oraz Naprzód Service Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź, i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **JOL-MARK Sp. z o.o., ul. Portowa 16G, 44-110 Gliwice, CATERMED S.A., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź oraz Naprzód Service Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **JOL-MARK Sp. z o.o., ul. Portowa 16G, 44-110 Gliwice, CATERMED S.A., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź oraz Naprzód Service Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź**, na rzecz zamawiającego **Domu Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie, ul. 3 Maja 116, 09-227 Szczutowo**, kwotę **3 567 zł 00** gr (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Płocku.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający - Dom Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie, ul. 3 Maja 116, 09-227 Szczutowo, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Prowadzenie kuchni i przyrządzanie posiłków dla podopiecznych w Domy Pomocy Społecznej w Szczutowie”, numer referencyjny: DPA.KA.212.1.2.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 listopada 2019 r., nr 626206-N-2019.

Pismem z dnia 28 listopada 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa OL-MARO R. L.

W dniu 3 grudnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: JOL-MARK Sp. z o.o., ul. Portowa 16G, 44-110 Gliwice, CATERMED S.A., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź oraz Naprzód Service Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź (dalej: „odwołujący”). Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 138o ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), a więc naruszający przepisy ustawy Pzp, wynikający z zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią siwz.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności podniósł argumenty dotyczące kwestii dopuszczalności złożenia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne o wartości poniżej progów unijnych. Odwołujący powołał się m.in. na Konstytucję, Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dyrektywę 2014/24/UE, wyroki Trybunału Konstytucyjnego (m.in. wyrok z dnia 07.01.1992 r., K 8/91, OTK 1992 nr 1, poz. 5), wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 25.08.2017 r. (sygn. akt IX Ca 807/17), wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 08.06.2018 r. (sygn. akt IV Ca 361/18), przepisy ustawy Pzp, poglądy doktryny oraz stanowisko Ministerstwa Rozwoju. Odwołujący wywodził, że wniesienie odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne o wartości poniżej progów unijnych, jest dopuszczalne.

Odnosząc się do meritum sprawy odwołujący podniósł, co następuje:

„Zamawiający, w pkt 3 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz przesłanki wykluczenia Wykonawców” w ppkt. 3.2. wskazał, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie Wykonawcy u których minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudniania osób niepełnosprawnych będzie nie mniejszy niż 30% wszystkich zatrudnionych osób”. Wykonawca Firmy Usługowo-Handlowej OL-MARO R. L. nie dopełnił obowiązku przedstawienia dokumentacji na potwierdzenie wskaźnika osób niepełnosprawnych, umożliwiającej udział w przetargu na udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający zaś zaniechał wezwania Wykonawcy do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp pomimo braków oferty. Tym samym, Wykonawca nie udowodnił spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym jego oferta powinna podlegać odrzuceniu jako niespełniająca warunków SIWZ.

W ppkt 3, pppkt 1) SIWZ Zamawiający wymaga również, by „W celu potwierdzenia sytuacji ekonomicznej i finansowej, udokumentowania, że Wykonawca przedłoży sprawozdanie finansowe albo jego część, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta, zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.” Wykonawca R. L. nie przedstawił dokumentów dla potwierdzenia sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do przedłożenia właściwych dokumentów, pomimo braku udokumentowania spełnienia wymagań udziału w przetargu.”

W związku z tym wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa OL-MARO R. L. jako niezgodnej z siwz,
3. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

W pkt 1.4. siwz zamawiający wskazał, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 - 46 ustawy Pzp. W innych postanowieniach siwz zamawiający powoływał się także na takie przepisy ustawy Pzp, jak: art. 36 ust. 2 pkt 9, art. 29 ust. 3a, art. 24aa, art. 25a ust. 1, art. 22a, art. 24 ust. 11, art. 86 ust. 5, art. 24 ust. 1 pkt 23, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3 i 3a, art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 7a, art. 92 ust. 1 pkt 1, art. 151, art. 93 ust. 1.

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wskazał także fakultatywne przesłanki wykluczenia, które będą stosowane w postępowaniu, tj. art. 24 ust. 5 pkt 1 – 8 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał ponadto w pkt 15 siwz, że wykonawcy oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, przysługują środki ochrony prawnej, o których mowa w Dziale VI Ustawy.

W pkt 17 siwz zamawiający wskazał, że „w sprawach nieuregulowanych w niniejszej specyfikacji mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz Kodeks cywilny”.

W żadnym z ww. dokumentów zamawiający nie powołał się na fakt stosowania art. 138o ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywne świadczenie usługi przygotowywania całodziennego wyżywienia w Domu Pomocy Społecznej w Szczutowie przez okres od 1 grudnia 2019 r. do 31 stycznia 2021 r. na bazie wynajętych od Domu pomieszczeń kuchennych i wyposażenia.

W siwz zamawiający wskazał, że:

3.2. O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, będzie nie mniejszy niż 30% wszystkich zatrudnionych osób.

3.3. Zamawiający zgodnie z treścią art. 36 ust. 2 pkt 9 ustawy wprowadza wymagania (które winien spełniać wykonawca), związane z realizacją przedmiotu zamówienia dotyczące: zatrudnienia osób niepełnosprawnych, tj. spełniających przesłanki statusu niepełnosprawności określone ustawą z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnienia osób niepełnosprawnych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz.1172). Status niepełnosprawnego, określony jest posiadaniem orzeczeniem o niepełnosprawności

orzeczonym przez zespół do spraw orzeczenia o niepełnosprawności, lub orzeczeniem o całkowitej lub częściowej niezdolności do pracy przez lekarza orzecznika ZUS.

3.4. Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby:

- 1) realizacja zamówienia przewidywała wśród zatrudnionych osoby niepełnosprawne, które będą stanowiły co najmniej 30% wszystkich zatrudnionych do wykonywania zamówienia,
- 2) zatrudnienie osób niepełnosprawnych przy realizacji zamówienia trwało do 31 stycznia 2021 roku, a w przypadku rozwiązania stosunku pracy przez osobę niepełnosprawną lub pracodawcę przed zakończeniem w/w okresu, wykonawca winien zatrudnić na to miejsce inną osobę niepełnosprawną,
- 3) wykonawca na etapie wykonania zamówienia winien przedstawić zamawiającemu umowy o pracę – zawarte z osobami niepełnosprawnymi,
- 4) zamawiający ma prawo w każdym okresie realizacji zamówienia zwrócić się do wykonawcy o przedstawienie dokumentacji zatrudnienia osób niepełnosprawnych, zaś wykonawca ma obowiązek przedstawić ją niezwłocznie zamawiającemu, w przypadku niezatrudnienia przy realizacji zamówienia wymaganych przez zamawiającego osób niepełnosprawnych, wykonawca zapłaci karę umowną zamawiającemu w wysokości iloczynu kwoty minimalnego wynagrodzenia wraz z należnymi składkami na ubezpieczenie społeczne oraz liczby miesięcy w okresie realizacji zamówienia – za każdego niezatrudnionego niepełnosprawnego poniżej wymaganego przez zamawiającego wskaźnika, chyba że wykonawca wykaże, że niezatrudnienie osób niepełnosprawnych nastąpiło z przyczyn nieleżących po jego stronie (za przyczynę nieleżącą po stronie wykonawcy uznany będzie w szczególności brak na obszarze, w którym jest realizowane zamówienie i w okresie jego realizacji, osób niepełnosprawnych zdolnych do wykonywania zamówienia).

W pkt 4.7.3.3) siwz zamawiający wskazał wymóg, aby wykonawca przedłożył sprawozdanie finansowe albo jego część, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności — za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — za ten okres. Dla ww. wymogu zamawiający nie sformułował żadnego warunku udziału w postępowaniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba nie stwierdziła podstawy do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem na usługę społeczną o wartości poniżej progów unijnych. W tym zakresie Izba stwierdziła, że żaden podmiot nie może być pozbawiony wynikającego z Konstytucji prawa do sądu, jeżeli nie zostało ono jednoznacznie wyłączone przepisem ustawy. Odnosząc powyższe do przepisów ustawy Pzp, w tym art. 138o oraz przepisów dotyczących postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, która w tym wypadku wypełnia obowiązki sądu I instancji, należy zauważyć, że żaden z tych przepisów nie zawiera wyłączenia możliwości złożenia odwołania w przypadku usług społecznych o wartości poniżej progów unijnych. Skoro ustawa Pzp nie zawiera przepisu wprost i jednoznacznie wyłączającego prawo do wniesienia odwołania, to nie ma podstaw do pozbawienia wykonawców takiego prawa. W szczególności wyłączenie tak ważkiego prawa, jakim jest prawo wniesienia odwołania, nie może być pośrednio wyinterpretowywane z porównywania przepisów (np. art. 138l i art. 138o ustawy Pzp) i związanego z tym domniemywania intencji ustawodawcy. Ponadto, należy zauważyć, że art. 138o ustawy Pzp wymienia obowiązki zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej progów unijnych, natomiast w ogóle nie odnosi się do praw, czy obowiązków wykonawców, w tym także do prawa wniesienia odwołania. W przepisie tym mowa jest także o „udzieleniu zamówienia”, zaś postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem odrębnym od postępowania odwoławczego, o czym świadczy systematyka ustawy Pzp. Jakkolwiek postępowanie odwoławcze związane jest z procedurą udzielenia zamówienia, to nie stanowi ono jego części. Skoro zatem art. 138o ustawy Pzp odnosi się do procedury „udzielenia zamówienia”, to znaczy, że przepis ten w ogóle nie dotyczy odrębnej procedury odwoławczej i nie można z jego treści wyciągać żadnych wniosków co do tejże procedury odwoławczej, w tym także w zakresie tego, czy wykonawca posiada, czy nie, prawo do wniesienia odwołania. Również Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972), jako akt prawny rangi podustawowej nie może przesądzać o posiadaniu lub nieposiadaniu prawa do wniesienia odwołania. Należy przy tym zauważyć, że w ww. rozporządzeniu w § 1 ust. 1 pkt 1

przewidziano wysokość wpisu dla zamówień na dostawy lub usługi o wartości poniżej progów unijnych (7 500 zł), zatem dla zamówień, o których mowa w art. 138o ustawy Pzp, powinna być przyjmowana ta sama wysokość. Stanowisko o dopuszczalności wniesienia odwołania w postępowaniach na usługi społeczne o wartości poniżej progów unijnych potwierdza postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 25.08.2017 r. (sygn. akt IX Ca 807/17) oraz wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 08.06.2018 r. (sygn. akt IV Ca 361/18).

Niezależnie od powyżej przedstawionego stanowiska na temat dopuszczalności wniesienia odwołania w ww. postępowaniach, zauważyć należy, że w art. 138o ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że zamawiający może udzielić zamówienia stosując zasady przewidziane w tym przepisie. Tym samym ustawodawca dał zamawiającym wybór co do tego, czy udzielając zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej progów unijnych skorzystają z ułatwień przewidzianych w art. 138o ustawy Pzp, czy też z nich nie skorzystają i będą stosować ustawę Pzp na zasadach ogólnych przewidzianych dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych.

Wartość przedmiotowego zamówienia wynosi 111.132,00 euro, zatem jest niższa od kwot przewidzianych w § 1 pkt 2 lit. a) oraz § 1 pkt 5 lit. a) Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2017 r. poz. 2479). Zamawiający w żadnym z dokumentów (ani na rozprawie) nie powołał się na art. 138o ustawy Pzp, natomiast w siwz wyraźnie napisał, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 - 46 ustawy Pzp. W ogłoszeniu o zamówieniu i siwz powoływał się też na szereg innych przepisów ustawy Pzp, nie znajdujących zastosowania w sytuacji prowadzenia postępowania na podstawie art. 138o ustawy Pzp. W pkt 15 siwz zamawiający poinformował nawet, że wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej, o których mowa w Dziale VI ustawy Pzp.

Powyższe fakty świadczą o tym, że zamawiający w niniejszej sprawie nie skorzystał z przewidzianej przez ustawodawcę możliwości udzielenia zamówienia w oparciu o art. 138o ustawy Pzp, ale zdecydował się na prowadzenie postępowania na zasadach ogólnych, tj. na podstawie przepisów ustawy Pzp przewidzianych dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych, czyli o wartości niższej od kwot ustalonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Tym samym, niezależnie nawet od kwestii, czy dopuszczalne jest wniesienie odwołania w postępowaniach prowadzonych na podstawie art. 138o ustawy Pzp, podkreślić należy, że niniejsze postępowanie w ogóle nie jest prowadzone na podstawie ww. przepisu. Tym bardziej zatem (niezależnie od wyrażonego wyżej poglądu dotyczącego art. 138o ustawy Pzp) należy stwierdzić, że dopuszczalne jest wniesienie odwołania



w niniejszym postępowaniu prowadzonym na zasadach ogólnych, bez zastosowania art. 138o ustawy Pzp. Dlatego Izba również z tego powodu nie odrzuciła odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, w pierwszej kolejności należy przytoczyć treść odpowiednich przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 25 ust. 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:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
  - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
  - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezłożenia przez wybranego wykonawcę dokumentów potwierdzających, że wśród osób przeznaczonych do realizacji zamówienia zatrudni on co najmniej 30% osób niepełnosprawnych, Izba stwierdziła, że zamawiający

w żadnym postanowieniu ogłoszenia o zamówieniu lub siwz nie wymagał złożenia takiego dokumentu w toku postępowania. W szczególności wymóg taki nie został postawiony w punktach 3.2. – 3.4. siwz, których treść dotyczy ww. wymagania. Dokument taki nie został także wymieniony w żadnym z postanowień siwz, w których zamawiający wskazywał wymagane dokumenty (pkt 3.5., pkt 3.11., pkt 4). Co więcej, w pkt 3.4. ppkt 3 i 4 siwz zamawiający wyraźnie wskazał, że: „Wykonawca na etapie wykonania zamówienia winien przedstawić Zamawiającemu umowy o pracę – zawarte z osobami niepełnosprawnymi”, a także że: „Zamawiający ma prawo w każdym okresie realizacji zamówienia zwrócić się do wykonawcy o przedstawienie dokumentacji zatrudnienia osób niepełnosprawnych, zaś wykonawca ma obowiązek przedstawić ją niezwłocznie zamawiającemu, w przypadku niezatrudnienia przy realizacji zamówienia wymaganych przez zamawiającego osób niepełnosprawnych, wykonawca zapłaci karę umowną (...)”. Powyższe potwierdza, że przedstawienie dowodów zatrudniania co najmniej 30% osób niepełnosprawnych będzie wymagane od wykonawcy dopiero na etapie wykonywania zamówienia, natomiast nie jest wymagane w toku postępowania.

Oznacza to także, że w niniejszym postępowaniu nie ma podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia ww. dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten dotyczy dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. dokumentów, które zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz. Jak wskazano już wyżej, zamawiający ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w siwz nie żądał, aby wykonawcy w toku postępowania składali dokumenty potwierdzające wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych, zatem nie może też żądać takich dokumentów po otwarciu ofert.

Z uwagi zatem na treść ogłoszenia o zamówieniu i siwz, w tym zwłaszcza pkt 3.4. ppkt 3 i 4 siwz przewidujących obowiązek złożenia dokumentów dotyczących zatrudniania osób niepełnosprawnych dopiero na etapie realizacji zamówienia, w niniejszym postępowaniu nie ma podstaw do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia ww. dokumentów, jak też nie zachodzi z powodu ich niezłożenia w toku postępowania, podstawa do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezłożenia przez wybranego wykonawcę sprawozdań finansowych, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający nie sformułował żadnego warunku (wysokości wymaganych przychodów, dochodów, czy innych wskaźników ekonomicznych), którego spełnienie miałyby potwierdzać sprawozdania finansowe. Tym samym dokumenty te nie były niezbędne do oceny spełniania jakiegokolwiek warunku, gdyż nie został opisany żaden warunek. Abstrahując w tym miejscu od kwestii naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie dokumentu zbędnego do przeprowadzenia postępowania (żaden z wykonawców tego wymogu nie

kwestionował), podkreślić należy, że nie zachodzi także podstawa do zastosowania w tej sytuacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten odnosi się bowiem m.in. do dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, czyli do takich okoliczności jak: spełnianie warunków lub kryteriów selekcji, spełnianie przez roboty, dostawy lub usługi wymagań zamawiającego oraz brak podstaw do wykluczenia. Sprawozdania finansowe służą co do zasady do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, jednak jak wskazano już wyżej, żaden warunek nie został sformułowany (tym bardziej kryterium selekcji w przetargu nieograniczonym). Tym samym nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, i co za tym idzie - nie ma podstaw do wzywania wykonawcy o uzupełnienie dokumentów, które nie służą potwierdzeniu spełniania żadnego warunku i są w związku z tym zbędne do przeprowadzenia postępowania.

Nie zachodzi także podstawa do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten, poprzez użycie w nim słowa „treść”, odnosi się do merytorycznej niezgodności oferty z siwz, nie zaś do niezgodności wyłącznie formalnej. Skoro, jak wskazano już wyżej, sprawozdania finansowe nie służyły potwierdzeniu spełniania jakiegokolwiek warunku, to brak ich złożenia nie może świadczyć o merytorycznej niezgodności oferty z siwz. Tym samym oferta wybranego wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący .....

.....

.....