

**WYROK**

**z dnia 21 stycznia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2016 r. przez **PHPU IMA ZPCHR I. S.-W. i M. W. Spółkę jawną w Limanowej** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – 2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **"SELW-2" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sosnowcu,**
  - B. wykonawcy **Trawena Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Trawnikach,**
  - C. wykonawcy **UNIFEQ Europe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,**
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie
- 2. kosztami postępowania obciąża **PHPU IMA ZPCHR I. S.-W. i M. W. Spółkę jawną w Limanowej** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PHPU IMA ZPCHR I. S.-W. i M. W. Spółkę jawną w Limanowej** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **PHPU IMA ZPCHR I. S.-W. i M. W. Spółki jawnej w Limanowej** na rzecz **UNIFEQ Europe Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **Warszawie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Skarb Państwa – 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (mundury polowe).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 5 stycznia 2016 roku wykonawca PHPU IMA ZPCHR I. S.-W. i M. W. Spółkę jawną w Limanowej wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) w sposób niezgodny z przepisami w zakresie:

1. Rozdziału XIV, pkt 5 s.i.w.z. poprzez żądanie przez zamawiającego - w sytuacji wskazania przez wykonawcę, części (zakresu) zamówienia, jaką zamierza powierzyć podwykonawcom - oświadczenia podwykonawcy, iż zatrudnia on ponad 50% osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego, dopiero przed podpisaniem umowy, podczas gdy oświadczenie to winno być już załączone do samej oferty wykonawcy;
2. Rozdziału III, pkt 11 s.i.w.z. poprzez nieokreślenie, że również każdy dalszy podwykonawca (podwykonawca już wybranego podwykonawcy) musi zatrudniać ponad 50% osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego;
3. § 11 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do s.i.w.z., w którym zamawiający zastrzegł zapłatę kary umownej przez wykonawcę, w wysokości 1 % wartości brutto przedmiotu umowy - w przypadku naruszenia § 15 ust. 3 pkt 1 umowy, który zobowiązuje wykonawcę do utrzymania zatrudnienia ponad 50% osób niepełnosprawnych przez cały okres obowiązywania umowy - za każdy rozpoczęty miesiąc niedotrzymania tego warunku, co czyni karę umową nieadekwatną i zbyt niską w stosunku do obowiązku wykonawcy utrzymania zatrudniania osób niepełnosprawnych przez cały okres obowiązywania umowy;

4. § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do s.i.w.z., w którym zamawiający dopuścił odbiory wojskowe w krajach trzecich, podczas gdy z warunków podmiotowych udziału w postępowaniu wynika, że o zamówienie mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego, co jednocześnie wyklucza odbiory w państwach spoza tego obszaru;

5. Załącznika nr 1 do s.i.w.z. „Opis przedmiotu zamówienia” poprzez niezamieszczenie w nim zapisów odnoszących się do zatrudniania osób niepełnosprawnych, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (art. 29 ust. 4 pkt 1 b ustawy P.z.p.) i w konsekwencji brak zawarcia w s.i.w.z. postanowień o których mowa w art. 39 ust. 2 pkt 9 ustawy P.z.p. odnoszących się do określenia:

a) liczby osób, o których mowa w art. 29 ust. 4 pkt 1, i okresu wymaganego zatrudnienia tych osób,

b) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 4 pkt 1, lub utworzenia albo zwiększenia funduszu szkoleniowego,

c) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 4, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań,

d) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia,

w sytuacji, gdy zamawiający zastrzegł, że przedmiotowe zamówienie publiczne jest zamówieniem zastrzeżonym i mogą się ubiegać o jego udzielenie wyłącznie podmioty spełniające warunek udziału w postępowaniu określony w art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p.

6. Rozdziału III pkt 1 s.i.w.z. w zw. z § 1 ust. 1 wzoru umowy, w którym zamawiający określił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania bez sprecyzowania, której z umów nazwanych określonych w art. 2 ust. 2 P.z.p., dotyczy przedmiotowe zamówienie;

7. Rozdziału IV pkt 1 s.i.w.z., załącznika nr B do ogłoszenia oraz „Planu dostaw przedmiotu umundurowania i wyekwipowania w 2016 roku” stanowiącym załącznik do wzoru

umowy stanowiącego załącznik nr 5 do s.i.w.z., w których zamawiający określił termin wykonania pierwszej części umowy w sposób niejednoznaczny i sugerujący;

II. zaskarżonym czynnościami zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 22 ust. 2 P.z.p. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się ponad 50% poziomem zatrudnienia pracowników stanowiących osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego może być oceniane przez zamawiającego już po wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. dopiero na etapie podpisywania umowy, podczas gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu powinna prowadzić do wniosku, że skoro zamawiający decyduje się na stosowanie tego nieobowiązkowego kryterium podmiotowego dopuszczenia do udziału w postępowaniu jakim jest powierzenie realizacji zamówienia osobom niepełnosprawnym, to zamówienie staje się wówczas dostępne tylko i wyłącznie dla danej kategorii podmiotów (wykonawców i podwykonawców) i to już na etapie złożenia oferty w celu wykazania uprawnień do ubiegania się o zamówienie publiczne;

2. art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez żądanie dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań podmiotowych określonych przez zamawiającego w postaci oświadczenia podwykonawcy, którym zamierza się posłużyć wykonawca o zatrudnianiu w odpowiednim parycie osób niepełnosprawnych dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, a nie na etapie składania ofert;

3. art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który uchybia zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 22 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie opisu wymagań podmiotowych bez związku z rzeczywistym zweryfikowaniem na etapie składania i oceny ofert, czy potencjalny wykonawca i podwykonawca (oraz każdy dalszy podwykonawca) danego zamówienia legitymuje się odpowiednim parytetem osób niepełnosprawnych;

4. art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 w zw. z art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 14 w zw. z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez zastrzeżenie kary umownej za niezastosowanie się przez wykonawcę do obowiązku utrzymywania zatrudnienia ponad 50% osób niepełnosprawnych przez cały okres obowiązywania umowy w wysokości nieadekwatnej (zaniżonej) do celu jakiego zamawiający nadał zamówieniu charakter zastrzeżony, tj. aby w realizacji zamówienia brały udział wyłącznie podmioty (wykonawcy, podwykonawcy, dalsi podwykonawcy, członkowie konsorcjum itd.) legitymujące się odpowiednim parytetem

zatrudnienia osób niepełnosprawnych, a w konsekwencji uchybień, o których mowa powyżej naruszenie także art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co w szczególności może prowadzić do złożenia w postępowaniu nieporównywalnych ofert;

5. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 4 pkt 1 b w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. zaniechania wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia wymagań dotyczących zatrudnienia osób niepełnosprawnych, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych i co było tego następstwem brak w s.i.w.z. regulacji przewidzianej w art. 36 ust. 2 pkt 9 ustawy P.z.p. w sytuacji, gdy zamawiający zastrzegł, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy spełniający warunek podmiotowy określony w art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p.;

6. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, bez doprecyzowania, czy dostawa przedmiotów i wyekwipowania ma być realizowana w oparciu o sprzedaż, najem, dostawę;

7. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez opisanie terminu wykonania przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz sugerujący.

Z uwagi na powyższe zarzuty odwołujący wniosk o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu doprecyzowania rozdziału VI pkt 2.3. s.i.w.z. poprzez określenie, że jeżeli wykonawca zamierza posługiwać się podwykonawcami przy realizacji przedmiotu zamówienia, w celu wykazania, że podwykonawca zatrudnia ponad 50% pracowników stanowiących osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisowi państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego wykonawca winien załączyć do oferty oświadczenie podwykonawcy o zatrudnieniu ponad 50% osób niepełnosprawnych - jeżeli podwykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w tych państwach;
3. nakazanie zamawiającemu doprecyzowania rozdziału VI pkt 2.3. s.i.w.z. poprzez określenie, że każdym dalszym podwykonawcą mogą być wyłącznie podmioty, u których ponad 50% pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o

rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego;

4. nakazanie zamawiającemu wprowadzenia do § 12 ust. 1 wzoru umowy kolejnego (tj. pkt 7) przypadku odstąpienia zamawiającego od umowy (w całości lub w części) lub jej rozwiązania ze skutkiem natychmiastowym: „7) w razie naruszenia § 15 ust. 3 pkt 1”, przy jednoczesnym wyeliminowaniu tego naruszenia z § 11 dotyczącego kar umownych oznaczonego, ewentualnie nakazanie zamawiającemu zmiany § 11 ust. 2 wzoru umowy poprzez zmianę wysokości kary umownej z 1 % do 20 % wartości brutto umowy;

5. nakazanie zamawiającemu zmiany § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy poprzez wykreślenie słów „lub w krajach trzecich”,

6. nakazanie zamawiającemu wprowadzenie do załącznika nr 1 do s.i.w.z. „Opis przedmiotu zamówienia” wymagań dotyczących zatrudniania osób niepełnosprawnych, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych oraz postanowień odnoszących się do: wskazania liczby osób, o których mowa w art. 29 ust. 4 pkt 1, i okresu wymaganego zatrudnienia tych osób, sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 4 pkt 1 poprzez obowiązek dostarczania przez wykonawcę list zatrudnionych osób niepełnosprawnych w terminach 1, 10 i 30 każdego miesiąca obowiązywania umowy, lub utworzenia albo zwiększenia funduszu szkoleniowego, uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 4, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań, rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia;

7. nakazanie zamawiającemu sprecyzowania rozdziału III pkt 1 s.i.w.z. oraz § 1 ust. 1 wzoru umowy, iż chodzi o dostawę w rozumieniu art. 605 k.c.;

8. nakazanie zamawiającemu jednoznacznego określania ostatecznego terminu wykonania przedmiotu zamówienia;

9. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym

działalność w zakresie szycia odzieży służbowej i mundurowej, a tym samym podmiotem zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia publicznego. Tymczasem naruszenia P.z.p., jakich w jego ocenie dopuścił się zamawiający powodują, iż wykonanie zamówienia może zostać powierzone podmiotom, które nie spełniają postawionego przez zamawiającego podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego (art. 22 ust. 2 Pzp). Naruszenia Pzp, jakich dopuścił się zamawiający polegające na niezgodnym z prawem sformułowaniu ogłoszenia oraz s.i.w.z. istotnie utrudniają ubieganie się o zamówienie. Naraża to odwołującego na szkodę wynikającą z nieuzyskania tego zamówienia i nieosiągnięcia z tego tytułu określonego przychodu oraz zysku.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w sekcji III.2.1 pkt 2 ogłoszenia oraz rozdziale V. pkt 2 s.i.w.z. zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

W ocenie odwołującego, stosowanie powyższego kryterium podmiotowego dopuszczenia do udziału w postępowaniu nie jest obligatoryjne, w przeciwieństwie do wskazań art. 22 ust. 1 P.z.p., służących weryfikacji zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia publicznego. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 czerwca 2015 r. (KIO 1142/15), jeżeli jednak zamawiający zdecyduje się na zastosowanie art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p. w postępowaniu, winien uwzględnić imperatywną treść tej normy, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu odrębnych przepisów. Zamówienie ma wówczas charakter dostępny wyłącznie dla danej kategorii wykonawców, z wyłączeniem innych wykonawców, którzy byliby także zdolni do należytej jego realizacji. Postępowanie o zamówienie publiczne charakteryzuje się dwoma etapami. Pierwszy - to ocena czy wykonawca spełnia wszystkie wyznaczone warunki podmiotowe. Drugi etap to ocena samych ofert w oparciu o wyznaczone kryteria, ale jedynie wykonawców, którzy spełnili całość warunków podmiotowych i nie podlegali wykluczeniu z postępowania.



W rozdziale V pkt 6 s.i.w.z zamawiający określił, iż ocena spełniania warunków podmiotowych dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia - nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniach, poświadczeniach i dokumentach wyszczególnionych w rozdziale VI niniejszej s.i.w.z. Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż ww. warunki wykonawca spełnił.

Odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu w rozdziale III pkt 11 s.i.w.z. zamawiający podał, że podwykonawcami mogą być wyłącznie podmioty, u których ponad 50% pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnionych osób niepełnosprawnych, lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego - jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w tych państwach. Z kolei w rozdziale VI pkt 2.3. s.i.w.z. zamawiający wymaga, w celu wykazania, że wykonawca zatrudnia ponad 50% pracowników stanowiących osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub EOG załączenia do oferty oświadczenia o zatrudnieniu ponad 50% osób niepełnosprawnych - z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 6 do s.i.w.z. Odwołujący stwierdził, iż przepis art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. upoważnia zamawiającego do żądania od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przedłożenie oświadczenia podwykonawcy, którym zamierza się posłużyć wykonawca o zatrudnianiu w odpowiednim parytecie osób niepełnosprawnych już w dokumentacji oferty ma charakter niezbędny do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania i znajduje oparcie bezpośrednio w art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p., który znajduje w tym przypadku zastosowanie wprost. Żądanie oświadczeń dopiero przed podpisaniem umowy a już po wyborze najkorzystniejszej oferty narusza, zdaniem odwołującego, art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący zauważył, że w oparciu o kryteria s.i.w.z. możliwe jest obejście przez potencjalnego wykonawcę przepisu art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p.

Po pierwsze, sama umowa (załącznik nr 5 do s.i.w.z.) dopuszcza zmianę podwykonawcy w trakcie realizacji umowy (§ 14 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy).

Po drugie, nie zostało zabronione, i poza wszelką kontrolą pozostaje możliwość zlecenia kolejnego podwykonawstwa między podwykonawcą wybranego wykonawcy a dalszym podwykonawcą - dowolnego zakresu zamówienia (nawet kluczowego) bez spełnienia wymogu zatrudnienia 50% osób niepełnosprawnych.

Po trzecie, ze wzoru umowy (załącznik nr 5 do s.i.w.z.) wynika, że jeżeli wykonawca nie utrzyma zatrudnienia ponad 50% osób niepełnosprawnych przez cały okres obowiązywania niniejszej umowy naraża się jedynie na zapłatę kary umownej i to w stosunkowo niskiej wysokości bo 1% wartości brutto umowy, za każdy rozpoczęty miesiąc niedotrzymania tego warunku (§ 11 ust. 2 wzoru umowy). Potencjalny zysk wykonawcy w odniesieniu do wysokości tej kary umownej nie jest w żaden sposób dotkliwy, a wręcz uzasadnia to przypuszczenie, że jest wkalkulowany w koszty.

Po czwarte, firmy spoza terytorium kraju, czy spoza UE i EOG mogące być podwykonawcami nie mają żadnego obowiązku zatrudniania osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego, a postanowienia wzoru umowy nie dają zamawiającemu uprawnień kontroli podwykonawcy.

Odwołujący wskazał, że skoro warunek udziału w postępowaniu określony w art. 22 ust. 2 odnosi się do osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej bądź Europejskiego Obszaru Gospodarczego, to wykonawcy muszą mieć siedzibę w tych państwach. Dopuszczenie zatem odbiorów wojskowych w krajach trzecich, jak to wynika z obecnego brzmienia § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy jest niedopuszczalne i winno być wyeliminowane ze wzoru umowy.

W ocenie odwołującego dokonany przez zamawiającego „Opis przedmiotu zamówienia” został dokonany w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. zamawiający zaniechał wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia wymagań dotyczących zatrudnienia osób niepełnosprawnych, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych oraz nie sprecyzował w s.i.w.z. wymagań odnoszących się do:

- a) liczby osób, o których mowa w art. 29 ust. 4 pkt 1, i okresu wymaganego zatrudnienia tych osób,
- b) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 4 pkt 1, lub utworzenia albo zwiększenia funduszu szkoleniowego,
- c) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 4, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań,

d) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia;

w sytuacji, gdy zamawiający zastrzegł, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy spełniający warunek podmiotowy określony w art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p. czym naruszył art. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 4 pkt 1 b w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że dostawę dla potrzeb zamówień publicznych definiuje art. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. Przepis ten przewiduje, iż przez dostawę w zamówieniach publicznych należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Prawo zamówień publicznych zakłada zatem różnorodność podstaw zawiązywania stosunków prawnych przez podmioty objęte zakresem podmiotowym ustawy. Dostawy w rozumieniu zamówień publicznych nie można w żaden sposób utożsamiać z umową dostawy w rozumieniu kodeksu cywilnego, jest ona pojęciem zdecydowanie szerszym. Zgodnie z powołaną definicją drugim - obok zamawiającego - podmiotem występującym w sferze stosunków prawnych z zakresu zamówień publicznych może być zatem sprzedawca, dostawca, leasingodawca itp. Wyczerpujące przewidziane w ustawie nie ma charakteru wyczerpującego, stanowi jedynie przykład stosunków prawnych, które mogą stanowić źródło czynności z zakresu zamówień publicznych. Istotne jest zatem odpowiednie sformułowanie warunków zamówienia publicznego, gdyż określi to jakiego rodzaju podmiot będzie występował obok zamawiającego - czy będzie to pośrednik, firma leasingowa, a czy będzie to producent, na każdym bowiem z tych uczestników ciążyą inne prawa i obowiązki, a oferty składane muszą dotyczyć jednego z nazwanych stosunków prawnych. Choć w niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia ma być dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania wojskowego, to jednak przedmiot tej dostawy podlega na wytworzeniu przez wybranego wykonawcę na podstawie dokumentacji zamawiającego i pod względem zgodności z tą dokumentacją podlega ścisłej procedurze odbiorowej. Przedmiot zamówienia nosi zatem bardziej cechy dostawy opisane w art. 605 i n. k.c. aniżeli art. 2 ust. 2 Pzp. Według ustawy P.z.p., przedmiot zamówienia może być również kwalifikowany, jako mający charakter mieszany, wykazujący zarówno cechy dostawy, jak i usługi szycia umundurowania, o czym stanowi art. 6 ust. 1 Pzp. Nie jest to zatem klasyczna dostawa, w której zamawiający określa przykładowo parametry (bez względu na producenta), ale wykonawca przedmiotowego zamówienia powinien być zarazem producentem zamawiającego umundurowania, wytworzonego według dokumentacji zamawiającego. Z opisu przedmiotu zamówienia oraz

ze wzoru umowy nie wynika jednoznacznie, iż przedmiot dostawy ma zostać wytworzony przez dostawcę dlatego sprecyzowanie rozdziału III pkt 1 s.i.w.z. oraz § 1 ust. 1 wzoru umowy, iż chodzi o dostawę w rozumieniu art. 605 k.c. jest zasadne.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w załączniku B do Ogłoszenia określił pożądaný termin dostawy pierwszej partii na 30 czerwca 2016 r., co zostało potwierdzone w rozdziale IV pkt 1 s.i.w.z. W załączniku nr 2 (wzór oferty) i „Planie dostaw przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 roku” (załącznik do wzoru umowy nie określił w ogóle krańcowego terminu dostawy pierwszej partii, a podaje go sam wykonawca poprzez ilość dni od daty zawarcia umowy. Następuje w tym zakresie niespójność i niejednoznaczność zamawiającego. Jednocześnie z rozdziału XIII s.i.w.z. wynika, że kryterium oceny ofert dla każdego z zadań są: 1) cena = 90% oraz 2) termin realizacji 1 partii = 10%, przy czym zamawiający pod pojęciem „1 (pierwszej) partii” rozumie dostawę (ilości gwarantowanej) przedmiotu zamówienia wynikającej z „Planu dostaw przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 roku” w terminie podanym w ofercie - ilości dni kalendarzowych. Zdaniem odwołującego określanie pożądanego terminu wykonania 1 partii przedmiotu zamówienia na 30 czerwca 2015 r. sugeruje wykonawcom termin, w jaki sposób mają określać ilość dni kalendarzowych, aby uzyskać ilość punktów w tym zakresie zbliżoną do maksymalnej. Zasadnym jest zatem, aby zamawiający w sposób jednoznaczny określił krańcowy termin realizacji pierwszej partii przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 13 stycznia 2016 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty opisane w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy "SELW-2" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sosnowcu, Trawena Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Trawnikach, UNIFEQ Europe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Wykonawcy "SELW-2" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sosnowcu oraz UNIFEQ Europe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Wykonawca „SELW-2” Sp. z o.o. w Sosnowcu podniósł, że zamawiający nie miał obowiązku ograniczać dostępu do zamówienia w sposób, jaki próbuje narzucić zamawiający. Zamawiający może wymagać, by wykonawcy zatrudniali 50% osób niepełnosprawnych, a przy tym wymagać, by osoby te uczestniczyły bezpośrednio przy produkcji. Wszak wymaga się od wykonawcy zatrudnienia 50% osób niepełnosprawnych, więc pozostała część pracowników może być pełnosprawna i również brać udział w wykonywaniu zamówienia. Dysponowanie pracownikami i ich czasem pracy powinno należeć wyłącznie do wykonawcy.

Podobnie, w ocenie przystępującego „SELW-2” należy ocenić wymogi dotyczące podwykonawców. Podniósł, że są zakłady zajmujące się konfekcjonowaniem, jednak nie każdy zakład specjalizuje się we wszystkim. Jeżeli wykonawca musiałby nabyć takie elementy jak tkaniny, guziki, zamki i nitki wyłącznie od podwykonawców będących ZPCHR, to bardzo ograniczyłoby to rynek i zdolność niektórych wykonawców do wzięcia udziału w przetargu.

Przystępujący podniósł, że Prawo zamówień publicznych nie wymaga od zamawiającego nakładania w umowach kar umownych ani nie zastrzega ich minimalnej wysokości. Dlatego nie można uznać, iż zamawiający, ustalając wysokość kar umownych, naruszył przepisy ustawy P.z.p.

Przystępujący stwierdził, iż nie można zgodzić się z zarzutem, jakoby zamawiający nie sprecyzował, jakiej umowy dotyczy zamówienie. O tym, że jest to umowa dostawy, przesądza nie tylko jej nazwa, ale jej treść.

W ocenie przystępującego zamawiający ma prawo do samodzielnego określenia kryteriów i sposobu oceny ofert, a jednym z takich kryteriów jest zaproponowany przez wykonawcę termin realizacji pierwszej partii dostawy (waga 10%).

Przystępujący UNIFEQ Europe Sp. z o.o. podniósł, że odwołujący nie dąży do usunięcia wad, ale do zawężenia kręgu wykonawców zamierzających ubiegać się o zamówienie.

Przystępujący wskazał, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 czerwca 2015 roku, na który powołał się odwołujący, został skontrolowany przez Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie, który w wyroku z dnia 11 września 2015 roku (sygn. akt IV Ca 1050/15) wskazał, że stanowisko KIO w tym zakresie nie jest prawidłowe.

Przystępujący nie zgodził się z interpretacją, według której dyspozycję normy art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p. należy stosować również wprost do podwykonawcy czy też dalszego podwykonawcy w zakresie dotyczącym wykazania uprawnień do ubiegania się przez wykonawcę o przedmiotowe zamówienie.

Przystępujący wskazał, iż zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy P.z.p. jest bezpodstawny. Przepis ten odnosi się wyłącznie do opisu przez zamawiającego sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p., nie może zatem dotyczyć oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p.

Przystępujący wskazał, że żądanie odwołującego, by karę umowną podnieść z 1% do 20% spowoduje, że kara umowna będzie nieadekwatna i rażąco wygórowana. Nieadekwatne jest również żądane przez odwołującego prawo do odstąpienia od umowy przez zamawiającego lub jej natychmiastowego rozwiązania.

Odnosząc się do żądania wykreślenia z § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy słów „w krajach trzecich” przystępujący podniósł, że brzmienie przepisu art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p. nie determinuje siedziby wykonawcy. Możliwe jest bowiem, że wykonawca z państwa trzeciego będzie zatrudniał ponad 50% zatrudnionych pracowników, którymi będą osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Przystępujący wskazał, że literalne brzmienie art. 29 ust. 4 pkt 1 lit. b ustawy P.z.p. wskazuje, że niedopuszczalne jest narzucanie zamawiającemu wymagań związanych z realizacją zamówienia. Stopień aktywizacji osób niepełnosprawnych w związku z zamówieniem publicznym każdorazowo określa sam zamawiający, przepisy ustawy nie narzucają zamawiającemu decyzji w tym zakresie.

Przystępujący podniósł, że przedmiotem zamówienia jest umowa dostawy. Wynika to z treści s.i.w.z. oraz treści przedmiotu umowy.

Przystępujący wskazał, że zamawiający nie był zobowiązany do określenia w s.i.w.z. terminu realizacji pierwszej partii dostaw, lecz mógł uczynić zaoferowany przez wykonawców termin kryterium oceny ofert.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w sekcji III.2.1 pkt 2 ogłoszenia oraz rozdziale V. pkt 2 s.i.w.z. zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

W rozdziale V pkt 6 s.i.w.z. zamawiający określił, iż ocena spełniania warunków podmiotowych dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia - nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniach, poświadczeniach i dokumentach wyszczególnionych w rozdziale VI s.i.w.z. Z treści załączonych dokumentów musi wynikać, iż ww. warunki wykonawca spełnił.

W rozdziale III pkt 11 s.i.w.z. zamawiający podał, że podwykonawcami mogą być wyłącznie podmioty, u których ponad 50% pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnionych osób niepełnosprawnych, lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego - jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w tych państwach. W rozdziale VI pkt 2.3. s.i.w.z. zamawiający wymagał, w celu wykazania, że wykonawca zatrudnia ponad 50% pracowników stanowiących osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub EOG załączenia do oferty oświadczenia o zatrudnieniu ponad 50% osób niepełnosprawnych - z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 6 do s.i.w.z.

Ze wzoru umowy (załącznik nr 5 do s.i.w.z.) wynika, że jeżeli wykonawca nie utrzyma zatrudnienia ponad 50% osób niepełnosprawnych przez cały okres obowiązywania umowy naraża się na zapłatę kary umownej w wysokości 1% wartości brutto umowy, za każdy rozpoczęty miesiąc niedotrzymania tego warunku (§ 11 ust. 2 wzoru umowy).

Zamawiający w załączniku B do Ogłoszenia określił pożądany termin dostawy pierwszej partii na 30 czerwca 2016 r., co zostało potwierdzone w rozdziale IV pkt 1 s.i.w.z. W załączniku nr 2 (wzór oferty) i „Planie dostaw przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 roku” (załącznik do wzoru umowy nie określił w ogóle krańcowego terminu dostawy pierwszej partii, a podaje go sam wykonawca poprzez ilość dni od daty zawarcia umowy. Z rozdziału XIII s.i.w.z. wynika, że kryterium oceny ofert dla każdego z zadań są: 1) cena = 90% oraz 2) termin realizacji 1 partii = 10%, przy czym zamawiający pod pojęciem „1 (pierwszej) partii” rozumie dostawę (ilości gwarantowanej) przedmiotu zamówienia wynikającej z „Planu dostaw przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 roku” w terminie podanym w ofercie - ilości dni kalendarzowych.

Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, w odniesieniu do przedmiotu umowy wytwarzanego w krajach UE, nie należących do NATO lub w krajach trzecich, .....RPW (Zamawiający wskaże nr, adres RPW oraz telefony kontaktowe przy zawieraniu umowy), w terminie nie później niż 14 dni od daty zgłoszenia (faksem potwierdzonym pisemnie) partii do odbioru, zgodnie z wymaganiami AQAP 2120.

Zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy, przedmiotem umowy są dostawy przez wykonawcę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania. Wykonawca ma za zadanie dostarczyć przedmiot umowy do właściwych odbiorców (§ 5 ust. 1 wzoru umowy). Przedtem, każda partia przedmiotu umowy wymaga dokonania odbioru jakościowego, tzw. odbioru wojskowego (§ 5 ust. 2 i nast. oraz § 7 ust. 1 i nast. wzoru umowy). Zamawiający zastrzegł,

iż warunkiem przyjęcia partii wyrobu jest dostarczenie, m.in. dokumentów: Wydanie zewnętrzne w ujęciu przedmiotowym i ilościowym, protokołu odbioru wojskowego, certyfikatu na wyrób, deklaracji zgodności w zakresie obronności i bezpieczeństwa, specyfikacji wysyłkowej (§ 5 ust. 9 wzoru umowy). Wykonanie przedmiotu zamówienia jest objęte wojskowym nadzorem techniczno-technologicznym (§ 6 ust. 3 wzoru umowy) - Zamawiający zastrzegł sobie prawo inspekcjonowania warunków wykonania dostawy u Wykonawcy przez upoważnionych przedstawicieli Regionalnego Przedstawicielstwa Wojskowego (GQAR). Ponadto, zgodnie z § 7 ust. 6 wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest powiadomić RPW o terminie rozpoczęcia produkcji przedmiotu umowy w ciągu 5 dni od podpisania umowy. RPW (GQAR) ma prawo - w toku realizacji umowy - do określenia parametrów jakościowych przedmiotu umowy podlegających badaniom, które należy przeprowadzić w laboratoriach, do nieodpłatnego pobierania losowo próbek tkanin zasadniczych, surowców, dodatków i wyrobów gotowych celem dokonania oceny jakości (§ 7 ust. 9 wzoru umowy).

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 22 ust. 2, art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p., zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Z przepisem tym koresponduje przepis § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku, poz. 231), zgodnie z którym, w przypadku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy, zamawiający może żądać oświadczenia wykonawcy o zatrudnianiu ponad 50% osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru



Gospodarczego – jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w tych państwach.

Podkreślenia wymaga, że przepis art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p. ma charakter fakultatywny, na co wskazuje użycie przez ustawodawcę sformułowania „Zamawiający może”. Analogiczny zwrot zastosowany został w § 5 wskazanego wyżej rozporządzenia. Fakultatywność przepisu oznacza, iż – co do zasady – brak jest możliwości żądania od zamawiającego zastosowania danego przepisu, gdyż decyzja w tej kwestii pozostaje w pełnej dyspozycji zamawiającego.

Zarówno przepisy ustawy P.z.p., jak i wskazanego rozporządzenia, nie zawierają analogicznych przepisów w odniesieniu do podwykonawców i dalszych podwykonawców, pozostawiając tę kwestię w całości zamawiającemu. Oznacza to, iż zamawiający, ustalając reguły dotyczącego zatrudniania podwykonawców, nie jest obowiązany stosować art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p. i nie można skutecznie żądać od niego zastosowania tego przepisu.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający wymagał, by stosowny dokument dotyczący zatrudniania przez podwykonawców osób niepełnosprawnych został złożony przed podpisaniem umowy. W ocenie Izby wymóg taki nie narusza wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy P.z.p. Dodatkowo podnieść należy, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, na który powoływał się odwołujący w celu uzasadnienia podniesionego zarzutu i żądania, został w zakresie dotyczącym zatrudniania podwykonawców zakwestionowany wyrokiem Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 11 września 2015 r. (sygn. akt IV Ca 1050/3 5), gdzie Sąd wskazał, iż stanowisko odwołującego oraz stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie nie jest prawidłowe. Według Sądu, zamawiający w świetle brzmienia art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p. nie mógł oczekiwać od wykonawców złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań co do zatrudnienia powyżej 50% osób niepełnosprawnych przez podwykonawców. Taki wymóg może odnosić się jedynie do wykonawców.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 w zw. z art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 14 w zw. z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p.

Oceniając poszczególne postanowienia s.i.w.z. Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu. W szczególności Izba nie widzi możliwości narzucania zamawiającemu, w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa, bez konkretnych i pewnych podstaw prawnych w tym zakresie. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> K.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia

społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną s.i.w.z. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić.

Izba nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie. Ustalone przez zamawiającego postanowienia przyszłej umowy nie są sprzeczne z zasadami wskazanymi w art. 353<sup>1</sup> K.c., a tylko takie stwierdzenie uzasadniałoby uwzględnienie zarzutu i nakazanie zamawiającemu dokonanie zmian w zakresie wysokości kary umownej.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 4 pkt 1 b w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy P.z.p., zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące: 1) zatrudnienia osób: a) bezrobotnych lub młodocianych w celu przygotowania zawodowego, o których mowa w przepisach o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, b) niepełnosprawnych, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, c) innych niż określone w lit. a lub b, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym – lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Ustawodawca, posługując się sformułowaniem „zamawiający może” zdeterminował wskazany przepis jako fakultatywny dla zamawiającego, co oznacza, że zamawiający może – według swojego uznania – uwzględnić ów przepis przy opisie przedmiotu zamówienia bądź przepis ten pominąć. Wykonawcy nie mogą zaś skutecznie domagać się nakazania zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu zamówienia poprzez uwzględnienie w nim wskazanego zapisu. Tym samym żądanie odwołującego w tym zakresie należało oddalić.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, bez doprecyzowania, czy dostawa przedmiotów i wyekwipowania ma być realizowana w oparciu o sprzedaż, najem, dostawę.

Stosownie do art. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., ilekroć w ustawie jest mowa o dostawach, należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu.

Podkreślenia wymaga, iż w sytuacji, gdy zamawiający w s.i.w.z. nie wskazał wprost, z którą w szczególności umową nazwaną mamy do czynienia, o charakterze umowy przesądza jej treść, zawarta w sporządzonym przez zamawiającego projekcie umowy.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z § 1 ust. 1 wzoru umowy, jest wykonanie przez wykonawcę przedmiotów umundurowania i dostarczenie przedmiotu umowy do właściwych odbiorców. Każda partia umowy wymaga dokonania odbioru jakościowego, tzw. odbioru wojskowego (§ 5 ust. 2 i nast. oraz § 7 ust. 1 i nast. wzoru umowy). Warunkiem przyjęcia partii wyrobu jest dostarczenie, m.in. dokumentów: Wydanie zewnętrzne w ujęciu przedmiotowym i ilościowym, protokołu odbioru wojskowego, certyfikatu na wyrób, deklaracji zgodności w zakresie obronności i bezpieczeństwa, specyfikacji wysyłkowej (§ 5 ust. 9 wzoru umowy). Wykonanie przedmiotu zamówienia jest objęte wojskowym nadzorem techniczno-technologicznym (§ 6 ust. 3 wzoru umowy) - Zamawiający zastrzegł sobie prawo inspekcjonowania warunków wykonania dostawy u Wykonawcy przez upoważnionych przedstawicieli Regionalnego Przedstawicielstwa Wojskowego (GQAR). Ponadto, zgodnie z § 7 ust. 6 wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest powiadomić RPW o terminie rozpoczęcia produkcji przedmiotu umowy w ciągu 5 dni od podpisania umowy. RPW (GQAR) ma prawo - w toku realizacji umowy - do określenia parametrów jakościowych przedmiotu umowy podlegających badaniom, które należy przeprowadzić w laboratoriach, do nieodpłatnego pobierania losowo próbek tkanin zasadniczych, surowców, dodatków i wyrobów gotowych celem dokonania oceny jakości (§ 7 ust. 9 wzoru umowy).

Zgodnie z art. 605 K.c., przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny. Zgodnie z art. 608 § 1 K.c., jeżeli w umowie zastrzeżono, że wytworzenie zamówionych rzeczy ma nastąpić z surowców określonego gatunku lub pochodzenia, dostawca powinien zawiadomić odbiorcę o ich przygotowaniu do produkcji i jest obowiązany zezwolić odbiorcy na sprawdzenie ich jakości. W myśl § 2, jeżeli w umowie zastrzeżono, że wytworzenie zamówionych rzeczy ma nastąpić w określony sposób, dostawca jest obowiązany zezwolić odbiorcy na sprawdzenie procesu produkcji.

Wskazane przepisy K.c., dotyczące umowy dostawy, pozwalają na stwierdzenie, iż umowa, która ma zostać zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest umową dostawy w rozumieniu art. 605 i nast. K.c.

Wskazać należy, iż zamawiający nie ma obowiązku wskazywać, która konkretnie umowa nazwana Kodeksu cywilnego odpowiada umowie, którą zamierza zawrzeć z

wybrany wykonawcą. Art. 41 pkt 4 ustawy P.z.p. nakazuje zamawiającemu określenie w ogłoszeniu przedmiotu zamówienia oraz wielkości lub zakresu zamówienia. Z kolei art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy obliguje zamawiającego do zawarcia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

W ocenie Izby zamawiający uczynił zadość obowiązkom, jakie nakłada na niego ustawa w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Z kolei informacje zawarte w projekcie umowy pozwalają na ustalenie, iż umowa zawierana w przedmiotowym postępowaniu odpowiada umowie dostawy z Kodeksu cywilnego. Z tych też względów Izba uznała podniesiony zarzut za bezzasadny.

Izba nie uwzględniła żądania wykreślenia z § 7 wzoru umowy sformułowania „w krajach trzecich”. Izba podziela stanowisko przystępującego UNIFEQ Europe Sp. z o.o., iż brzmienie przepisu art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p. nie determinuje siedziby wykonawcy. Możliwe jest bowiem, że wykonawca z państwa trzeciego będzie zatrudniał ponad 50% zatrudnionych pracowników, którymi będą osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niedoprecyzowanie terminu wykonania przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy P.z.p., kryteriami oceny ofert mogą być cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Zamawiający jako jedno z kryteriów oceny ofert ustanowił termin realizacji pierwszej partii dostaw, dla którego to kryterium ustalił wagę 10%. Tym samym zamawiający nie był obowiązany do precyzyjnego ustalania terminu pierwszej partii dostaw, pozostawiając powyższe do uznania wykonawców biorących udział w postępowaniu. Ustalenie sztywnego terminu dostawy byłoby niezasadne w sytuacji, gdy zamawiający zamierza termin ten oceniać zgodnie z zasadami ustalonymi w s.i.w.z. Powyższe nie stoi na przeszkodzie wskazaniu pożądanego terminu dostawy. Termin ten, jako nieobowiązujący wykonawców, może być przez nich dowolnie zmieniany w zależności od rzeczywistych możliwości produkcyjnych wykonawcy oraz przyjętego przez niego sposobu kalkulacji oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....