

WYROK
z dnia 15 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Jarosław Rybacki**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 czerwca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 maja 2015 r.** przez konsorcjum wykonawców: **1) PHPU IMA ZPCHR I. S.-W. i M. W. sp. j., ul. Tarnowska 40, 34-600 Limanowa (lider konsorcjum); 2) Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, ul. Spółdzielcza 1, 85-545 Gdynia (członek konsorcjum); 3) Spółdzielnia Inwalidów ELREMET w Białej Podlaskiej (członek konsorcjum), ul. Prosta 35, 21-500 Biała Podlaska,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Jednostkę Wojskową Nr 4226 ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **UNIFEQ Europe Sp. z o. o. w Warszawie, ul. Rejtana 3, lok. 20, 02-516 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie

- 1.1. nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty na część (zadanie) 3 i 4 zamówienia;
- 1.2. nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty w zakresie części (zadania) 3 i 4;
- 1.3. nakazuje wykluczenie wykonawcy **UNIFEQ Europe Sp. z o.o. w Warszawie, ul. Rejtana 3, lok. 20, 02-516 Warszawa** z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części (zadania) 3 i 4 zamówienia i odrzucenie jego oferty na część 3 i 4 zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Jednostkę Wojskową Nr 4226 ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa,

- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego -

konsorcjum wykonawców: 1) **PHPU IMA ZPCHR I. S.-W. i M. W. sp. j., ul. Tarnowska 40 34-600 Limanowa (lider konsorcjum); 2) Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, ul. Spółdzielcza 1, 85-545 Gdynia (członek konsorcjum); 3) Spółdzielnia Inwalidów ELREMET w Białej Podlaskiej (członek konsorcjum), ul. Prosta 35, 21-500 Biała Podlaska, tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od zamawiającego **Jednostki Wojskowej Nr 4226 ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa**, na rzecz odwołującego: konsorcjum wykonawców: 1) **PHPU IMA ZPCHR I. S.-W. i M. W. sp. j., ul. Tarnowska 40 34-600 Limanowa (lider konsorcjum); 2) Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, ul. Spółdzielcza 1, 85-545 Gdynia (członek konsorcjum); 3) Spółdzielnia Inwalidów ELREMETw Białej Podlaskiej (członek konsorcjum), ul. Prosta 35, 21-500 Biała Podlaska** kwotę łączną **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), w tym:

- a) kwotę 15 000,00 zł z tytułu zwrotu kosztów wpisu od odwołania,
- b) kwotę 3 600,00 zł z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE 2014/S 057-099082 z 21.03.2015) na „Dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (mundury polowe)”, w dniu 29 maja 2015 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez konsorcjum wykonawców: 1) PHPU IMA ZPCHR. S.-W. i M. W. sp. j., (lider konsorcjum); 2) Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, (członek konsorcjum); 3) Spółdzielnia Inwalidów ELREMET w Białej Podlaskiej (członek konsorcjum), w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego dnia 21 maja 2015 r. o wyborze oferty wykonawcy UNIFEQ Europe Sp. z o.o. w zakresie części (zadania) 3 i 4 i sklasyfikowaniu oferty odwołującego na drugiej pozycji.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 1 czerwca 2015 r. pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, w dniu 3 czerwca 2015 r. złożył wykonawca UNIFEQ Europe Sp. z o.o., który wnosił o oddalenie odwołania, powołując się na swój interes utrzymania w mocy czynności zamawiającego - wyboru złożonej oferty na część 3 i 4 zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę, UNIFEQ Europe Sp. z o.o. uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołanie wniesiono wobec czynności zamawiającego polegających na:

- a) wyborze w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na "Dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (mundury polowe), w zakresie zadań nr 3 i 4 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: UNIFEQ Europe sp. z o.o., złożonej z naruszeniem przepisów Pzp i jako takiej podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 Pzp;
- b) zaniechaniu odrzucenia oferty UNIFEQ Europe sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp;
- c) zaniechaniu wezwania wykonawcy UNIFEQ Europe sp. z o.o. do przedłożenia oświadczenia o spełnianiu warunku postawionego w Rozdziale III pkt 10 SIWZ przez

podwykonawcę, z pomocą, którego wykonawca chce zrealizować zamówienie na etapie badania ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Jednostce Wojskowej Nr 4226 w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) dalej „ustawy Pzp”, tj.:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszenie zasady udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp;

2. art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 9b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty UNIFEQ Europe sp. z o.o., jako niezgodnej z ustawą w zakresie złożenia oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy;

3. art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 2 Pzp poprzez żądanie przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia podwykonawcy o spełnianiu warunku postawionego w Rozdziale III pkt 10 SIWZ w zakresie zatrudnienia przez podwykonawcę ponad 50 % osób niepełnosprawnych 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 siedzibą lub miejsce zamieszkania w tych państwach dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty i przed podpisaniem umowy;

4. art. 22 ust. 2 Pzp 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;

5. art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i żądanie przed podpisaniem umowy złożenia oświadczenia podwykonawcy z udziałem, którego wykonawca będzie realizował zamówienie publiczne, o spełnianiu warunku podmiotowego udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale III SIWZ pkt. 10 - a nie poprzez żądanie złożenia w/w dokumentu wraz ze złożeniem oferty;

6. art. 26 ust. 2b Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że wykonawca UNIFEQ Europe sp. z o.o. posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie postawione przez zamawiającego, podczas gdy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu powołał się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich, które nie będą

brać udziału w realizacji zamówienia jak również zgodnie z treścią złożonej oferty sam wykonawca nie będzie brał faktycznego udziału w realizacji zamówienia, które w całości chce zlecić podwykonawcom.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez UNIFEQ Europe sp. z o.o. w zakresie zadań 3 i 4.;
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3. nakazanie odrzucenia oferty UNIFEQ Europe sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp;
4. wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, co następuje.

W dniu 21 maja 2015 roku została ogłoszona informacja o wynikach wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (mundury polowe) - w zakresie zadania nr 3 i 4 jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy UNIFEQ Europe sp. z o.o. Jako druga najkorzystniejsza oferta w zadaniach nr 3 i 4 znajdowała się oferta złożona przez odwołujące się konsorcjum.

Odwołujący podnosił, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Członkowie konsorcjum są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w zakresie szycia odzieży służbowej i mundurowej, a tym samym są podmiotami zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia publicznego. Złożone przez nich oferty na realizację zadań nr 3 i 4 są drugie w kolejności i w przypadku odrzucenia wybranego wykonawcy - to ich oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą. Tymczasem naruszenia Pzp, jakich dopuścił się zamawiający powodują, iż wykonanie zamówienia może zostać powierzone oferentom, którzy nie spełniają postawionego przez zamawiającego podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym ponad 50% zatrudnionych pracowników mają stanowić 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), jak również zamówienie publiczne może zostać w całości powierzone do wykonania podwykonawcy co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z punktem 2 Rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), zamawiający 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 zatrudnionych osób niepełnosprawnych, lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Wykonawca nie musiał posiadać statusu zakładu pracy chronionej, co zostało wyjaśnione przez zamawiającego w piśmie z dnia 7 kwietnia 2015 r. stanowiącym wyjaśnienie treści SIWZ. Jednocześnie zamawiający potwierdził w tym piśmie, że chodzi o niepełnosprawność w rozumieniu art. 3-6 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

W pkt 10 Rozdziału III SIWZ, zamawiający dopuścił możliwość powierzenia wykonania tego zamówienia publicznego podwykonawcom, przy czym zastrzegł, że podwykonawcami mogą być wyłącznie podmioty, u których również ponad 50 % zatrudnionych stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych, lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego - jeżeli wykonawca ma siedzibą lub miejsce zamieszkania w tych państwach.

Z całości oferty wybranego wykonawcy UNIFEQ Europe sp. z o.o. wynika, iż oparł on swój potencjał, zdolności finansowe, wiedzę i doświadczenie do realizacji zamówienia publicznego wyłącznie na podmiotach mających siedzibę na terenie Chińskiej Republiki Ludowej, które nie mogą spełnić przesłanki podmiotowej określonej w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp oraz pkt 10 Rozdziału III SIWZ.

Z powyższego odwołujący wywiódł, że przedmiotowe zamówienie dedykowane jest wyłącznie wykonawcom legitymującym się określonym profilem zatrudniania. Na potwierdzenie spełniania omawianego warunku zamawiający wymagał złożenia oświadczenia stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ.

W dołączonym w dokumentacji oferty oświadczeniu, UNIFEQ Europe sp. z o.o. oświadczył, że zatrudnia ponad 50 % osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Z formularza oferty wynika z kolei, iż UNIFEQ Europe sp. z o.o. zamierza powierzyć zamówienie publiczne podwykonawcom w zakresie zadania 2, 3 i 4 (str. 3 oferty, pkt 7). Oznacza to, że całość zamówienia publicznego ma zostać faktycznie wykonana przez podwykonawców. Wykonawca na etapie składania oferty nie wskazał jeszcze nazw i adresów tych podwykonawców.

Zgodnie z pkt 5 Rozdziału XIV SIWZ, w przypadku wskazania przez wykonawcę, w załączniku nr 2 (wzór oferty), części (zakresu) zamówienia, jaką zamierza powierzyć podwykonawcom, zamawiający żąda przed podpisaniem umowy wykazu podwykonawców ze wskazaniem nazw, adresów oraz jaki zakres zamówienia będą oni wykonywali. Zdaniem odwołującego zamawiający potraktował oświadczenie podwykonawcy o spełnianiu warunków podmiotowych udziału w postępowaniu jako formalność, której dopełniania będzie żądał przed podpisaniem umowy.

W ocenie odwołującego zamawiający ustalając warunki udziału w postępowaniu oraz czas i tryb wykazania spełniania tych warunków określił je w sposób sprzeczny z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w zakresie, w jakim uniemożliwia innym oferentom kontrolę nad prawdziwością składanych przez wykonawcę oświadczeń w zakresie spełniania warunku, o jakim mowa w art. 22 ust. 2 Pzp przez podwykonawców, którzy będą w jego imieniu realizowali zamówienie publiczne, jak również z art. 22 ust. 2 Pzp w zakresie, w jakim zaniechał żądania przedłożenia wraz z ofertą oświadczeń, co do spełniania warunków postawionych w tym przepisie od podwykonawców w przypadku, gdy wykonawca zamierza powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcy.

Odwołujący przekonywał o konieczności poddania zamawiającego oświadczeń, co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, o jakim mowa w art. 22 ust. 2 Pzp, która powinna nastąpić tylko i wyłącznie na etapie oceny ofert. W analizowanym stanie faktycznym wskazanie podwykonawców nie ma, bowiem waloru jedynie informacyjnego, ale determinuje możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne w ogólności.

Odwołujący argumentował, że dyspozycja art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, w którym ustawodawca wprowadził możliwość ograniczenia dostępu do zamówienia publicznego wyłącznie dla wykonawców, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne rodzi konieczność jego ścisłej wykładni. Takie brzmienie przepisu wymaga, aby w toku oceny ofert nie doszło do obejścia przepisu, którego celem było wzmocnienie pozycji tych podmiotów, które stwarzają miejsca pracy dla osób niepełnosprawnych w ilości znaczącej dla danego przedsiębiorstwa (Pismo Urzędu Zamówień Publicznych - Udzielanie zamówień zastrzeżonych na podstawie art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - spełnianie warunku dotyczącego profilu zatrudnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2012 r., KIO 2249/12, LEX nr 1228172). Odwołujący wskazywał, że *ratio legis* unormowania zawartego w art. 22 ust. 2 Pzp było ułatwienie dostępu do zamówień publicznych podmiotom spełniającym określony poziom zatrudnienia osób niepełnosprawnych przy jednoczesnym wyeliminowaniu z

ubiegania się o zamówienie publiczne podmiotów, które tego warunku nie spełniają - tak, bowiem należy rozumieć zawarty w przepisie zwrot „mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy”. Zastrzeżenie, 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 w ocenie odwołującego nie odnosi się wyłącznie do samego udzielenia zamówienia publicznego, ale również do jego faktycznego wykonania. Innymi słowy w przypadku, gdy zamawiający zdecyduje się zastrzec, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wyłącznie podmioty spełniające warunek przewidziany w art. 22 ust. 2 Pzp - to do wykonania zamówienia nie może być dopuszczony podmiot, który nie spełnia tego warunku. Dlatego też spełnienie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp przez tylko jednego z konsorcjantów lub wyłącznie przez wykonawcę, w przypadku powierzenia zamówienia podwykonawcom, będzie według odwołującego automatycznie powodowało, że całe konsorcjum, lub taki wykonawca warunku tego nie spełniają. Wykładnia art. 22 ust. 2 Pzp, która zakładałaby możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienie publiczne podmiotowi spełniającemu warunki podmiotowe z art. 22 ust. 2 Pzp i następane powierzenie realizacji takiego zamówienia podwykonawcy, który nie spełnia takiego warunku stanowiłoby czynność prawną mającą na celu obejście ustawy i tym samym, jako taką nieważną.

Odwołujący przekonywał, że warunki udziału w postępowaniu muszą zostać również spełnione przez każdego z podwykonawców UNIFEQ Europe sp. z o.o. W przeciwnym razie dojdzie do obejścia przepisu art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, w ten sposób, że dopuszczony do udziału w postępowaniu zostaną podwykonawcy wykonujący całość zamówienia publicznego, którzy w ogóle nie zatrudniają pracowników niepełnosprawnych lub zatrudniają ich poza Europejskim Obszarem Gospodarczym i poza państwami Unii Europejskiej.

Dodatkowo odwołujący zwracał uwagę na cele wprowadzenia zamówień zastrzeżonych, albowiem mają one istotne znaczenie dla przyjęcia określonego kierunku interpretacji poszczególnych postanowień zarówno dyrektyw europejskich jak i prawa krajowego, a w konsekwencji mają bezpośrednie przełożenie na dokonywanie przez poszczególnych zamawiających oceny spełniania wskazanego warunku przez wykonawców. Założeniem wprowadzenia zamówień zastrzeżonych jest:

a) promocja równych szans oraz zasady „dostępny i przeznaczony dla wszystkich”, włączenie zrównoważonych kryteriów wraz z uwzględnieniem kwestii uczciwego i etycznego handlu przy poszanowaniu zasad traktatowych i dyrektyw w sprawie zamówień publicznych;

b) wyrównanie możliwości konkurencyjnych przedsiębiorstw zatrudniających osoby niepełnosprawne w ubieganiu się o zamówienia publiczne, a także aktywizację i zwiększenie szans na rynku pracy osób niepełnosprawnych (teza 28 preambuły dyrektywy 2004/18/WE).

Dyspozycja art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, w którym ustawodawca wprowadził możliwość ograniczenia dostępu do zamówienia publicznego wyłącznie do wykonawców, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne rodzi konieczność jego ścisłej wykładni. Takie brzmienie przepisu wymaga, aby w toku oceny oferty nie doszło do obejścia przepisu, którego celem było wzmocnienie pozycji tych podmiotów, które stwarzają miejsca pracy dla osób niepełnosprawnych w ilości znaczącej dla danego przedsiębiorstwa. W konsekwencji, odwołujący podtrzymał swoje twierdzenia, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełnią warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 2 Pzp, tylko w przypadku, gdy wykażą, że ponad 50% zatrudnianych przez każdego z nich pracowników stanowią osoby niepełnosprawne. Odwołujący uznawał, że konieczność spełnienia tego warunku nie tylko przez członków konsorcjum, ale i podwykonawców, została wprost zapisana w postanowieniach SIWZ. Rozdział III pkt 10: stanowiąc: Wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom. W takiej sytuacji, Wykonawca obowiązany jest do wskazania w ofercie, część (zakres) zamówienia, który powierzy podwykonawcom. 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.

Przyjęcie takiej wykładni przepisów polskiej ustawy o zamówieniach publicznych, ściśle w duchu postanowień dyrektyw europejskich, ma swoje bezpośrednie przełożenie dla ustalenia kręgu podmiotów, jakie mogą ubiegać się o udzielenie zastrzeżonych zamówień publicznych. Odwołujący odwoływał się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, że wymóg zatrudniania przez wykonawcę osób niepełnosprawnych musi być traktowany ściśle, z uwzględnieniem celu jakim kierowano się przy wprowadzaniu aspektów społecznych w zamówieniach publicznych. W konsekwencji wskazywano, iż żadna przybrana przez wykonawcę forma udziału w postępowaniu o udzielenie zastrzeżonego zamówienia nie może prowadzić do obejścia wskazanych przepisów prawa. W szczególności, zawiązanie konsorcjum nie może bowiem stanowić drogi do obejścia przepisu ustawy, w ten sposób, aby dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy w ogóle nie zatrudniają pracowników niepełnosprawnych, a np. zamierzają jedynie korzystać z potencjału podmiotu trzeciego mającego status zakładu pracy

chronionej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2012 r., sygn. KIO 2249/12, KIO 2255/12). Powyższą interpretację wzmacnia również treść art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Analiza przepisów ustawy prawo zamówień publicznych i odrębnego wskazania w paragrafie 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przywiodła odwołującego do wniosków, iż warunki udziału w postępowaniu dotyczące konieczności zatrudniania ponad 50% osób niepełnosprawnych, powinny być traktowane przez zamawiającego w sposób odrębny od pozostałych. W wyroku z dnia 30 października 2012 r., KIO 2249/12, www.uzp.gov.pl, KIO uznała, że *"(...) dla spełnienia warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 Pzp niewystarczające będzie wykazanie zatrudniania ponad 50% osób niepełnosprawnych przez jednego z konsorcjantów. Skoro art. 22 ust. 2 Pzp daje zamawiającemu możliwość ograniczenia kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia wyłącznie do wykonawców, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne to nie sposób uznać, że wykazanie takiego poziomu zatrudnienia u jednego z konsorcjantów byłoby wystarczające dla spełnienia tego warunku przez całe konsorcjum. W ocenie Izby spełnienie przez jednego z konsorcjantów powyższego warunku odmiennie niż np. w przypadku wykazania dysponowania określoną wiedzą i doświadczeniem nie będzie powodowało automatycznie spełnienia warunku przez całe konsorcjum. Należy wskazać, iż warunki z ust. 1 art. 22 od warunku z ust. 2 tegoż artykułu ustawodawca rozróżnił choćby poprzez określenie różnych dokumentów w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, czy też np. brzmienie art. 26 ust 2b ustawy, w którym przenosi się jedynie treść warunków z ustępu pierwszego art. 22 Pzp"*.

W konsekwencji odwołujący uznał, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zastrzeżonego zamówienia powinien wykazać spełnianie warunku zatrudniania ponad 50% osób niepełnosprawnych nie tylko przez każdego z członków konsorcjum, ale także przez podwykonawców w przypadku gdy w złożonej ofercie wskazał, że będzie realizował zamówienie publiczne przy udziale podwykonawców. Zaznaczył, iż spełnienie tego warunku rozpatrywane jest *stricto* w kontekście definicji osoby niepełnosprawnej przyjętej w odpowiednich ustawach państw członkowskich.

Mając na uwadze powyższe, ponowił argumentację, że wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę powinno być zweryfikowane na etapie oceny ofert, a nie po wyborze najkorzystniejszej oferty a przed podpisaniem umowy. W rozdziale XIV SIWZ „Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po

wyborze najkorzystniejszej oferty w celu zawarcia umowy w pkt 5 postanowiono, że w przypadku wskazania przez wykonawcę w załączniku nr 2 części zamówienia jaką zamierza powierzyć podwykonawcom, zamawiający żąda przed podpisaniem umowy wykazu podwykonawców ze wskazaniem nazw, adresów oraz jaki zakres zamówienia będą oni wykonywali, w tym też momencie zamawiający zażądał przedłożenia oświadczeń podwykonawców o spełnienia warunku z art. 22 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp w SIWZ zamawiający wskazuje informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Formalność to sprawa łatwa do załatwienia, jak np. przedstawienie umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przedstawienie oryginałów dokumentów, przedstawienie pełnomocnictw do zawarcia umowy itp. Odwołujący stwierdził, że za formalność, którą można byłoby dopełnić przed podpisaniem umowy nie może być uznane złożenie oświadczenia o spełnianiu przez podwykonawcę warunku podmiotowego udziału w postępowaniu. Powyższą argumentację potwierdza również analiza skutków prawnych nie złożenia przez wykonawcę oświadczenia o spełnianiu przez jego podwykonawcę warunku z art. 22 ust. 2 Pzp. W przypadku, zatem gdy wykonawca nie przedłoży wymaganego oświadczenia lub z jego treści będzie wynikało, że nie odpowiada ono wymogom zatrudniania niepełnosprawnych przewidzianych w art. 22 ust. 2 Pzp według odwołującego, zamawiającemu nie będzie przysługiwać żaden skuteczny środek prawny, za pomocą, którego mógłby wymóc na wykonawcy złożenie żądanego oświadczenia w szczególności nie mógłby odstąpić od podpisania umowy jak również unieważnić postępowanie, a tym samym zmuszony byłby zawrzeć umowę z wykonawcą, który powierzył wykonanie zamówienia publicznego podmiotowi, który nie spełnił warunków podmiotowych udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów uznał, że jedynym momentem złożenia przez podwykonawcę oświadczenia o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu jest moment złożenia oferty. Tym samym wykonawca, który wskazał w ofercie, że będzie realizował zamówienie zastrzeżone - przy udziale podwykonawców powinien złożyć oświadczenie o spełnianiu przez tego podwykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 2 Pzp. Dokument taki odwołujący poczytał za niezbędny do przeprowadzenia postępowania, i jako taki mieszczący się w dyspozycji art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył również art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy, który realizację całości udzielonego mu zamówienia ma zamiar powierzyć swoim podwykonawcom. W Formularzu oferty złożonej przez UNIFEQ Europe sp. z o.o. w pkt. 7 oświadczeń (str. 3) wykonawca jednoznacznie oświadczył, że zamówienia w

części dotyczącej zadań 2,3,4 zamierza powierzyć podwykonawcom - przy czym zadania 2,3,4 to całość zamówienia o udzielenie jakiego wystąpił oferent. Zgodnie z art. 36 a. 1 Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Z literalnej wykładni art. 36a ust. 1 Pzp wynika wprost, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Tak więc ustawodawca ograniczył możliwość korzystania z pomocy podwykonawcy jedynie do fragmentu realizowanego zamówienia. Stąd odwołujący wywodził, że nie można przekazać podwykonawcy całości zamówienia do samodzielnego wykonania. Podkreślał, że nie jest istotne, czy podwykonawca ma działać w oparciu o zasoby techniczne własne czy wykonawcy. Chodzi o zakres przekazanych mu prac, który nie może wyczerpywać całości przedmiotu zamówienia. Takie rozumienie woli ustawodawcy potwierdzono również w definicji umowy o podwykonawstwo, która wyraźnie wskazuje, że jej przedmiotem są - zgodnie z przepisem art. 2 pkt 9b Pzp.) - "(...) usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego (...)". Wykładnia powyższa została podtrzymana w wyroku KIO z dnia z dnia 11 czerwca 2014 r. KIO 1075/14 gdzie stwierdzono: *„Odnosząc się do dopuszczalnego zakresu podwykonawstwa przy realizacji zamówienia publicznego Izba powzięła wątpliwość, co do możliwości powierzenia podwykonawcy wykonania zamówienia w całości. Należy mieć bowiem na względzie, że zarówno przepis art. 36a ust. 1 P.z.p., jak i definicja umowy o podwykonawstwo (art. 2 pkt 9b P.z.p.) odnoszą się explicite do realizacji części zamówienia. Należy również zwrócić uwagę na odmienną konstrukcję przepisu art. 36a ust. 1 P.z.p. i jego poprzednika w postaci art. 36 ust. 5 in principio P.z.p., który traktował o możliwości powierzenia wykonania zamówienia bez doprecyzowania, czy chodzi o jego całość, czy tylko oznaczoną część, podczas gdy obecnie obowiązujący przepis P.z.p. takie wskazanie zawiera. Izba dostrzega wprawdzie, że taka interpretacja art. 36a ust. 1 P.z.p. rodzić może trudności w ustaleniu znaczenia użytego w nim pojęcia "części zamówienia" (de lege lata nie jest wiadome, czy należy odnosić je tylko do sytuacji, w których - zgodnie z przepisem art. 36 ust. 2 pkt 1 P.z.p. - przedmiot zamówienia podzielony został na części, czy też do wszystkich udzielanych przez zamawiających zamówień, a jeśli tak, to czy i w jaki sposób określać minimalny poziom partycypacji wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w realizacji zamówienia publicznego), co nie zmienia faktu, że w jego świetle faktyczne scedowanie realizacji całości zamówienia na podmiot trzeci wydaje się niedopuszczalne. Przeciwnie zapatrywanie prowadziłoby bowiem do obejścia wyrażonej w art. 7 ust. 3 P.z.p. zasady, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z jej przepisami. Dodać należy, że prezentowana przez Przystępującego liberalna interpretacja przepisu art. 36a ust. 1 P.z.p. prowadziłaby w istocie do sytuacji, w której zamawiający, do czasu rozpoczęcia realizacji udzielonych zamówień, nie mieliby wiedzy o tym, jaki podmiot będzie je faktycznie realizował, bowiem wskazania nazw (firm) podwykonawców mogą żądać jedynie w sytuacji,*

w której wykonawca powołuje się na ich zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b P.z.p., celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (argument z art. 36b ust. 1 Pzp). Możliwą konsekwencją takiej interpretacji przepisów dotyczących podwykonawstwa byłoby również funkcjonowanie na rynku podmiotów, których rolą byłoby wyłącznie wygrywanie przetargów (także za pomocą potencjału podmiotów trzecich), nie zaś realizacja zakontraktowanych z zamawiającymi zamówień.”

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w Rozdziale III pkt. 10 SIWZ przewidział możliwość powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom. Jak jednak sam wskazał dalej - w takiej sytuacji wykonawca obowiązany jest do wskazania w ofercie, część (zakres) zamówienia, który powierzy podwykonawcom. W świetle powyższej wykładni niemożliwym jest powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcy a oferta tak złożona jest niezgodna z ustawą i jako taka winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp - jak utrzymywał odwołujący. Jednocześnie przestrzegając, że wszelkie doprecyzowywanie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia po wyborze najkorzystniejszej oferty - należy uznać, za niedopuszczalną próbę zmiany treści złożonej oferty.

W ocenie odwołującego został naruszony również art. 26 ust. 2b Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że wykonawca udowodnił, że spełnia warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W celu wykazania spełnienia powyższego warunku UNIFEQ Europe sp. z o.o. powołał się na zasoby podmiotu trzeciego (Jihua 3502 Career Apparel Co., Ltd). UNIFEQ Europe sp. z o.o. oświadczył ogólnie, że będzie wykorzystywał podmiot trzeci do konsultingu i doradztwa, bez bliższego ich dookreślenia i sprecyzowania. Z kolei na stronie 54 oferty, UNIFEQ Europe sp. z o.o. oświadczył, że podmioty, na których zasobach będzie polegać (też Jihua 3502 Career Apparel Co., Ltd) nie będą brały udziału w realizacji zamówienia, ani jego jakiegokolwiek części.

Zdaniem odwołującego ogólnikowość tych deklaracji wzbudza poważne wątpliwości i winna skutkować wezwaniem wybranego wykonawcy do wyjaśnień, w tym czy współpraca obydwu podmiotów jest stała, długoczasowa, czy jest jednorazowa, zawiązana na potrzeby niniejszego postępowania. Ustalenie, czy UNIFEQ Europe będzie faktycznie dysponował zdolnościami Jihua 3502 Career Apparel Co., Ltd jest zasadniczym obowiązkiem jeżeli chodzi o zbadanie, czy podmiot ten rzeczywiście będzie uczestniczył w realizacji zamówienia i daje gwarancję należytego wykonania zamówienia. Odnosi się to zwłaszcza do wiedzy i doświadczenia oraz know-how, które są tak ściśle związane z konkretnym podmiotem, że nie mogą być samodzielnie przeniesione na innego wykonawcę. Podstawą do udostępnienia

tego rodzaju zasobu nie może być doradztwo, konsulting, czy szkolenie (zgodnie z Dyrektywą poleganie na zasobach innych podmiotów nie może mieć jedynie formalnego charakteru). Powyższe doprowadziło odwołującego do wniosków, że UNIFEQ Europe sp. z o.o. nie posiada własnej wiedzy i doświadczenia w zakresie produkcji umundurowania polowego i powołuje się w tym zakresie w całości na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, ograniczając to korzystanie z zasobów wyłącznie do konsultingu i doradztwa. Z załączonych dokumentów wynika, że wiedza i doświadczenie w żądanym przez zamawiającego zakresie będzie udostępnione wyłącznie wykonawcy, który jednak nie będzie brał udziału w faktycznym wykonaniu zamówienia. Z treści oferty wynika jednoznacznie, że zadania nr 3 i 4 w całości będzie wykonywał podwykonawca bez prawa i korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu, na który powołał się wykonawca, w celu wykazania spełniania tego warunku. Zamawiający nie zbadał w żaden sposób czy ewentualny podwykonawca, któremu wykonawca zleci wykonanie całości zadania będzie miał możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego udostępniającego to doświadczenie wykonawcy, a co za tym idzie czy podmiot faktycznie wykonujący całość zamówienia będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia niezbędnej do prawidłowego wykonania zamówienia. Na zamawiającym ciąży obowiązek rzetelnego, celowego, racjonalnego i zgodnego z prawem wydatkowania środków publicznych, ergo odpowiada on za prawidłowe przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie zamawiający nie jest biernym realizatorem formalnych zasad prawa zamówień publicznych, a jest w szczególności prowadzącym postępowanie zmierzające do prawidłowego wykonania zamówienia na wszystkich jego etapach. W szczególności powinien on nie dopuszczać do obejścia regulacji prawnych takich jak art. 7 ust. 3 Pzp, art. 22 ust. 2 Pzp czy art. 26 ust. 2b Pzp.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 czerwca 2015 r. zamawiający podał, co następuje.

Zapewnienie uczciwej konkurencji spoczywa na zamawiającym. Istotnym jest etap przygotowania postępowania, podczas którego zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu oraz opis przedmiotu zamówienia. Są to podstawowe i najistotniejsze elementy postępowania, od których zależy możliwość ubiegania się o zamówienie jak również złożenie oferty. Odwołujący, uzasadniając swoje stanowisko, zwracał uwagę na zapisy, SIWZ w zakresie „uniemożliwiający” innym oferentom kontroli nad prawdziwością składanych przez wykonawcę oświadczeń w zakresie spełniania warunku, o jakim mowa w art. 22 ust. 2 Pzp. Zamawiający podnosił, iż na etapie publikacji SIWZ, żaden z wykonawców nie skierował pytań czy wątpliwości, co do podnoszonych zapisów. Zdaniem zamawiającego warunki udziału w postępowaniu zostały opisane zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a sposób

spełnienia tych warunków oraz sposób oceny spełnienia wyczerpująco zostały wyartykułowane przez zamawiającego. Na etapie publikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, odwołujący nie podważał zgodności z przepisami prawa, treści tych dokumentów. Zamawiający, zatem uznał, iż zarzuty wobec treści SIWZ są spóźnione a wywodzone przez odwołującego wnioski niezgodne ze stanem faktycznym. Za słuszne przyjął stwierdzenie odwołującego, iż dyspozycja art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, w którym ustawodawca oprowadził możliwość ograniczenia dostępu do zamówienia publicznego wyłącznie do wykonawców, u których ponad 50% pracowników stanowią osoby niepełnosprawne rodzi konieczność jego ścisłej wykładni. Zamawiający przytoczył odnośne postanowienia Rozdziału V i VI SIWZ, z których wywodził, iż tym samym stosując art. 22 ust. 2 ustawy Pzp zabezpieczył i ułatwił dostęp do zamówienia publicznego podmiotom spełniającym określony poziom zatrudnienia osób niepełnosprawnych przy jednoczesnym wyeliminowaniu z ubiegania się o zamówienie publiczne podmiotów, które tego warunku nie spełniają. W ocenie zamawiającego treść SIWZ wypełnia dyspozycje zwrotu zawartego w art. 22 ust 2 „... o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy...”. zamawiający przyznał, że obowiązek legitymowania się przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu określonym profilem zatrudnienia, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, należy traktować, jako odrębny, niezależny od opisanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp warunków udziału w postępowaniu. Warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, służą ocenie zdolności podmiotu do realizacji przedmiotu zamówienia przez pryzmat posiadanych uprawnień, wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego i finansowego wykonawcy. Warunek zatrudnienia ponad 50% pracowników niepełnosprawnych, określa natomiast wyłącznie strukturę zatrudnienia istniejącą u wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, bez oceny doświadczenia, czy też wiedzy tych osób. Tym samym, uznał, iż zarzuty odwołującego są nieprawdziwe, a co najmniej chybione.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 9b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty UNIFEQ Europę sp. z o.o., jako niezgodnej z Pzp w zakresie złożenia oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy, zamawiający pozostawał na stanowisku, iż nie doszło w tym zakresie do naruszenia przepisów ustawowych.

W świetle regulacji ustawy Pzp, jeżeli zamawiający nie skorzysta z uprawnienia określonego w art. 36a ust. 2 ustawy Pzp, to wykonawca może powierzyć realizację całości zamówienia publicznego innemu podmiotowi, zgodnie z wykładnią art. 36a. Niniejsze potwierdza stanowisko Prezesa UZP i przedstawicieli doktryny prawa zamówień publicznych: „Wykładni przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp należy dokonywać łącznie z przepisem art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. W drugim z ww. przepisów przewidziana została możliwość

zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zamówienia. A zatem, w sytuacji, gdy zamawiający nie skorzysta z ww. uprawnienia, wykonawca będzie mógł powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom". Tym samym powierzenie podwykonawcy nawet całości przedmiotu zamówienia nie będzie mogło być uznane za naruszenie podstawowej zasady prawa zamówień publicznych, zakazującej zmian podmiotowych. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za realizację zamówienia (art. 474 Kodeksu cywilnego).

Zamawiający podnosił, iż nie ograniczał wykonania zamówienia bez udziału podwykonawców, jak również nie wskazywał jaka część czy zadanie, nie może być powierzona podwykonawcom. Warunkiem koniecznym, na etapie składania ofert było wskazanie, czy zamówienie będzie realizowane z udziałem podwykonawców czy też będzie realizowane samodzielnie przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

W Rozdziale III SIWZ, w pkt. 10, zamawiający zawarł pouczenie w brzmieniu: Wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom. W takiej sytuacji, Wykonawca obowiązany jest do wskazania w ofercie, część (zakres) zamówienia, który powierzy podwykonawcom. 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.

Zamawiający zaznaczał, że z przytoczonego zapisu wynika wprost obowiązek, również dla podwykonawców, iż muszą oni legitymować się zatrudnieniem osób niepełnosprawnych na poziomie minimum 50% ogółu pracowników. W konsekwencji uznał, iż brak jest przesłanek do odrzucenia oferty UNIFEQ na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 1 ustawy Pzp, skoro wykonawca wpisał w formularzu ofertowym, iż zamówienie realizowane będzie z udziałem podwykonawcy w zakresie zadań 2, 3 oraz 4.

W zakresie naruszenia, zdaniem odwołującego, art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 2 Pzp, poprzez żądanie przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia podwykonawcy o spełnianiu warunku postawionego w Rozdziale III pkt 10 SIWZ w zakresie zatrudnienia przez podwykonawcę ponad 50 % osób niepełnosprawnych 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 dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty i przed podpisaniem umowy, zamawiający poczytał zarzuty za niezasadne oraz niepoparte dowodami. Zamawiający wykonując

dyspozycję art. 22 ust 2 ustawy Pzp, zawarł w SIWZ oraz w Ogłoszeniu treści wskazujące, iż o przedmiotowe zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych 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. Zamawiający podkreślił, iż warunek ten musi być bezwzględnie spełniony zarówno przez wszystkich konsorcjantów składających wspólnie ofertę, ale także przez podwykonawców.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 2 Pzp 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 - zamawiający wskazał, iż zapis taki odnoszony jest do podwykonawców. W omawianym brzmieniu zapisów SIWZ odwołujący nie podważał na etapie jej publikacji. Tym samym, zarzuty w odniesieniu do żądania przed podpisaniem umowy oświadczeń podwykonawców o spełnieniu warunków z art. 22 ust 2 uznał za spóźnione. Za spóźnione przyjął także zarzuty, które dotyczą zapisów SIWZ, oraz wiązanie ich z naruszeniem art. 36 ust. 1 pkt. 14, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i żądanie przed podpisaniem umowy złożenia oświadczenia podwykonawcy z udziałem, którego wykonawca będzie realizował zamówienie publiczne, o spełnianiu warunku podmiotowego udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale III SIWZ pkt. 10 - a nie poprzez żądanie złożenia w/w dokumentu wraz ze złożeniem oferty.

Zamawiający sformułował pytanie: „czy zamawiający posiada uprawnienie żądania na etapie składania ofert, dokumentów dotyczących podwykonawców?”. Zdaniem zamawiającego, zasadnym było opisanie wymogów w stosunku do podwykonawców oraz obowiązku legitymowania się dokumentami przed zawarciem ofert (umowy). Działanie swoje uznał za zgodne z przepisami. Zaznaczał, że nie jest uprawniony do odmiennego działania niż to, które wyartykułował w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ. Ponownie podkreślił, iż treści zawarte w dokumentach pierwotnych nie były przedmiotem odwołań czy nawet nie stanowiły treści zapytań od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, zatem uznał, iż wszystkie postanowienia Ogłoszenia i SIWZ zostały akceptowane przez wykonawców, w tym także przez odwołującego.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że wykonawca UNIFEQ Europę sp. z o.o. posiada niezbędną

wiedzę i doświadczenie postawione przez zamawiającego, podczas gdy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu powołał się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich, które nie będą brać udziału w realizacji zamówienia jak również zgodnie z treścią złożonej oferty sam wykonawca nie będzie brał faktycznego udziału w realizacji zamówienia, które w całości chce zlecić podwykonawcom, zamawiający uznał zarzuty za nietrafne, gdyż wykonawca - firma UNIFEQ, wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez prawidłowe udokumentowanie dysponowania na cały okres realizacji umowy potencjałem podmiotu trzeciego.

Zamawiający powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądowe, że innymi formami udostępnienia wiedzy i doświadczenia są również konsultacje i doradztwo, wsparcie merytoryczne, pomoc techniczna, know - how, (sygn. akt: KIO 2292/13, KIO 2182/13, KIO 162/12, KIO 1482/11, KIO/UZP 1671/10, KIO 1671/10, KIO/1265/10). Zamawiający jest natomiast zawsze obowiązany badać „realny” udział podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia w konkretnym postępowaniu. Odnosząc się do właściwego rozumienia przepisu art. 26 ust. 2b Pzp Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach KIO 2292/13 oraz KIO 2182/13 zwróciła uwagę, na wyraźny kierunek ustawodawcy wskazany przepisami § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) i art. 26 ust. 2b Pzp, aby w trakcie oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia dokonywać oceny realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego wykonawcy na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu, poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. W wyroku KIO 2292/13 Izba podkreślała, że przepisy ustawy Pzp, ani przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego (...) również w sytuacji udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału, choć niewątpliwie ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału podmiotu trzeciego (podobnie Izba orzekła w wyroku z dnia 26 września 2013 r., KIO 2182/13 oraz w wyroku z dnia 14 stycznia 2014 r., KIO 2973/13)".

Zamawiający posumował, że w żaden sposób, poprzez swoje działanie nie doprowadził do obejścia regulacji prawnych takich opisanych art. 7 ust. i 3, art. 36a, art. 25 ust 1, art. 22 ust. 2, art. 36 ust 1 pkt 14 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W trakcie rozprawy zamawiający podtrzymał powyższe stanowisko.

Przystępujący w piśmie z dnia 9 czerwca 2015 r. podnosił, co następuje.

„1. ZARZUT NARUSZENIA ART. 36A UST. 1 w zw. z ART. 2 PKT 9B w zw. z ART. 89 UST. 1 PKT 1 PZP

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 9b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty UNIFEQ Europe Sp. z o. o. jako niezgodnej z przepisami PZP w zakresie złożenia oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy. Zarzut ten jest całkowicie bezpodstawny biorąc pod uwagę zarówno jego faktyczne, jak i prawne podstawy. Przede wszystkim należy zaznaczyć, iż w przepisach PZP nie obowiązuje zakaz powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcom. Jak zaznaczyła KIO w wyroku z 3 lutego 2015 r. (sygn. KIO 2776/14), niedopuszczalność tylko pozornego ubiegania się o zamówienie i faktycznego zlecenia jego wykonania przez podwykonawcę, który sam podlegałby wykluczeniu z postępowania istnieje tylko z etycznego i „słusznościowego” punktu widzenia, natomiast nie wynika z przepisów PZP. Izba wyjaśniła w uzasadnieniu tego wyroku, że „(...) niedawno wprowadzone do ustawy Prawo zamówień publicznych przepisy art. 36a ust. 1 (...) ("Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy."), jak i (...) art. 2 pkt 9b ustawy Prawo zamówień publicznych wskazują na "część zamówienia", a nie jego całość. Jednak wątpliwe jest, by ustawodawca przez takie sformułowanie przepisów chciał zakazać zlecenia generalnego podwykonawstwa - bardziej prawdopodobne jest to, że standardowo odniósł się do najczęstszej sytuacji, tj. zlecenia wykonania części zamówienia jednemu lub większej liczbie podwykonawców. Przy tym należy zwrócić uwagę, że gdyby przyjęć taką interpretację, wykonawca nie mógłby zlecić podwykonawstwa w 100%, ale w części 90% czy 99% już tak, co byłoby nielogiczne."

W przedmiotowym postępowaniu, w rozdziale III SIWZ w pkt 10 Zamawiający wskazał, że „Wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom." Zamawiający nie ograniczył zakresu zamówienia, jaki wykonawca może powierzyć podwykonawcom. ani nie skorzystał z dyspozycji art. 36a ust. 2 PZP, zgodnie z którym zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę części prac. Nie można zatem z góry wykluczyć możliwości powierzenia podwykonawcom realizacji całości zamówienia nr D/60/2015 w zakresie zadań 3 i 4. W przedmiotowej sprawie należy pamiętać o treści art. 36b PZP i wynikających stąd prawach i obowiązkach Zamawiającego i Wykonawcy. Zamawiający, zgodnie z art. 36b ust. 1 PZP, żądał w SIWZ wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy (rozdział III SIWZ, pkt 10). Do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawca nie był zobowiązany do skonkretyzowania ww. informacji. Zamawiający, zgodnie z art. 36b. ust. 1 PZP mógłby żądać podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, tylko wówczas jeżeli na zasoby tych podwykonawców wykonawca powołałby się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b PZP, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22

ust. 1 PZP. Zgodnie z SIWZ (rozdział XIV pkt 5 SIWZ) oraz wzorem umowy załączonej do SIWZ, wykonawca powinien podać - dopiero na etapie podpisywania umowy - m.in. nazwy podwykonawców realizujących część zamówienia, w odniesieniu do której wykonawca wskazał zamiar powierzenia jej podwykonawcom w ofercie (§ 13 ust. 1 umowy). Zatem, Przystępujący na etapie składania oferty nie miał, tak w świetle SIWZ, jak też w świetle przepisów PZP, obowiązku podania nazw (firm) podwykonawców. Jak wskazał Przystępujący w ofercie, podmioty, na których zasoby Przystępujący powołał się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b PZP, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP - nie będą brały udziału w realizacji zamówienia. „Wykładnia literalna przepisu art. 36b ust. 1 p.z.p. wskazuje, iż podanie nazw (firm) podwykonawców dotyczy sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na ich zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W sytuacji, gdy wykonawca samodzielnie spełnia te warunki dotyczy natomiast art. 36b ust. 1 p.z.p. in principio - zgodnie z którym zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.” (wyrok KIO z 22 kwietnia 2014 r., sygn. KIO 695/14, LEX nr 1460815), Niewątpliwie. Zamawiający nie mógł wcześniej, niż na etapie podpisania umowy, żądać od Przystępującego wskazania nazw (firm) podwykonawców. Z treści SIWZ oraz przepisów PZP, w szczególności art. 36b ust. 2 PZP, wynika, że w każdym momencie (zarówno na etapie składania oferty, przed jak i po zawarciu umowy), z zastrzeżeniem postanowień umowy, wykonawca może zrezygnować z udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, chyba że podwykonawca jest podmiotem, na którego zasoby wykonawca powołał się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b PZP w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP. W tym ostatnim bowiem wypadku wykonawca byłby zobowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia te warunki w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Należy mieć na uwadze, że w istocie wymóg wskazania części zamówienia, której wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy (art. 36b ust. 1 PZP) ma na celu weryfikację spełnienia warunku dotyczącego zastrzeżenia osobistej realizacji przez wykonawcę części zamówienia (który to warunek nie został zastrzeżony w przedmiotowym postępowaniu). „(...) w przypadku, gdy zamawiający nie zastrzeże obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę danych części zamówienia czy prac (art. 36a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), czego w tym postępowaniu zamawiający nie uczynił, zakres zadeklarowanego podwykonawstwa nie ma żadnego wpływu na ocenę oferty przez zamawiającego, zatem rzeczywiście wykonawcy - skoro nie ma ograniczeń i ich deklaracja do niczego ich nie zobowiązuje - często w ofercie wskazują na potencjalne obszary, których wykonanie powierzą podwykonawcom.” (wyrok KIO z 3 lutego 2015 r., sygn. KIO 2776/14,

Wspólnota-KurP.2015/6/10). Przystępujący nie zamierza powierzyć wykonania zamówienia w zakresie zadania 3 i 4 w całości podwykonawcom - w ofercie wskazano obszar zamówienia, w ramach którego Przystępujący będzie korzystał z podwykonawców. W świetle powyższego, obowiązek wskazania w ofercie dotyczącej postępowania nr D/60/2015 części zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom ma jedynie charakter informacyjny i Zamawiający nie może oceniać zgodności oferty z ustawą PZP i z SIWZ w tym zakresie. „(...) w tym wypadku zmiana decyzji na etapie wykonywania umowy i powierzenie podwykonawcom części przewidzianej do samodzielnego wykonania lub zmiana zakresu czynności powierzanych podwykonawcom nie będą stanowiły niedozwolonej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeżeli zamawiający nie ocenia zgodności oferty z treścią SIWZ w tym zakresie (a przy braku zastrzeżenia, o którym mowa w art. 36a ust. 2, nie ma możliwości oceny), to zmiana zakresu powierzanego podwykonawcom będzie zmianą nieistotną w rozumieniu art. 144 ustawy, chyba że zamawiający w drodze regulacji umownej postanowił inaczej.” (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2014).

Jednak, bez względu na powyższe, należy jeszcze raz podkreślić, iż Przystępujący zastrzegając w ofercie, że zamierza powierzyć realizację zamówienia podwykonawcom w zakresie „zadania 2, 3 oraz 4” nie miał na celu wskazania, że powierzy realizację tych zadań w całości podwykonawcom (z wyłączeniem udziału własnego), lecz wskazanie, w ramach realizacji którego z zadań będą brali udział podwykonawcy. Należy pamiętać, iż nieprecyzyjne lub nawet błędne wskazanie w tym zakresie nie może mieć żadnego znaczenia dla oceny treści oferty i jej zgodności z SIWZ oraz ustawą PZP, skoro wskazanie to ma jedynie charakter informacyjny. Warto w tym względzie przytoczyć pogląd KIO zawarty w wyroku z 28 sierpnia 2013 r. (sygn. KIO 1928/13, LEX nr 1405171), zgodnie z którym: „Nieprecyzyjność wypełnienia żądania zamawiającego dotyczącego wskazania części podwykonawstwa pozbawione jest negatywnych konsekwencji prawnych wyrażonych w ustawie. Ustawodawca nie określił konsekwencji, jakie grożą wykonawcy za nieprawidłowe podanie lub też za brak podania wskazania udziału podwykonawców.” Przystępujący, w świetle postanowień SIWZ oraz przepisów PZP nie jest zobowiązany, nawet w razie wskazania, że będzie realizował zamówienie z udziałem podwykonawców - do wykonania zamówienia z ich udziałem. Zgodnie z wyrokiem KIO z 16 lipca 2014 r. (sygn. KIO 1366/14, LEX nr 1498695): „Ustawa wprost ustanawia dowolną zmianę lub rezygnację przez wykonawcę ze wskazanych personalnie podwykonawców - nakładając jednak na wykonawcę ograniczenia i obowiązki na polu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z tym związane. (...) Zamawiający nie powołał i nie wskazał żadnych postanowień SIWZ, z których wynikałoby, że wykonawca winien zobowiązać się w treści oferty (i zobowiązuje się) do wykonania zamówienia przy pomocy konkretnych

podwykonawców. Brak jest jakichkolwiek postanowień, które stanowiłyby np. jakąś personalną więź czy element kontroli zamawiającego nad tym aspektem sposobu wykonywania zamówienia (tak jak np. przy umowach starannego działania) i możliwości dochodzenia od wykonawcy realizacji zamówienia przy pomocy konkretnego, wskazanego w ofercie podwykonawcy." Powyższe uwagi odnoszą się oczywiście do sytuacji, w której podwykonawcami są podmioty, niebędące jednocześnie udostępniającymi zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zob. art. 36b ust. 2 PZP). Skoro wykonawca w przypadku przedmiotowego zamówienia może na każdym etapie postępowania, a potem realizacji zamówienia zmienić decyzję co do powierzenia jego realizacji podwykonawcom - to taka zmiana nie może, wbrew twierdzeniom Odwołującego (str. 12 odwołania) stanowić o niedopuszczalnej zmianie treści złożonej oferty. W świetle powyższego, w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia, które zarzuca Odwołujący. Zamawiający nie był zobowiązany do odrzucenia oferty, w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP. Treść oferty Przystępującego jest zgodna z ustawą oraz odpowiada treści SIWZ.

2. ZARZUT NARUSZENIA ART. 25 UST. 1 W ZW. Z ART. 22 UST. 2 PZP ORAZ ART. 36 UST. 1 PKT 14 PZP

Kolejnym zarzutem Odwołującego jest naruszenie art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 PZP poprzez żądanie przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia podwykonawcy o spełnianiu warunku postawionego w Rozdziale III pkt 10 SIWZ w zakresie zatrudnienia przez podwykonawcę ponad 50% osób niepełnosprawnych 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, dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty i przed podpisaniem umowy.

W tym samym zakresie Odwołujący zarzuca naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 14 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i żądanie przed podpisaniem umowy złożenia oświadczenia podwykonawcy z udziałem którego Wykonawca będzie realizował zamówienie publiczne o spełnianiu warunku podmiotowego udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale III SIWZ pkt 10 - a nie poprzez żądanie złożenia ww. dokumentu wraz ze złożeniem oferty.

Przed wszystkim należy zauważyć, jak słusznie dostrzegł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 8 czerwca 2015 r. (str. 5 odpowiedzi), że Odwołujący na etapie postępowania nie kwestionował treści SIWZ, ani zastrzeżenia, że wykonawca zobowiązany jest złożyć oświadczenie podwykonawcy po wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołującemu przysługiwał bowiem wówczas środek ochrony prawnej w postaci odwołania od treści ogłoszenia o zamówieniu lub treści SIWZ. Zarzut ten jest zatem spóźniony. Jak wynika z

zawartych w pkt 1 rozważań, Zamawiający nie mógł badać i oceniać oferty pod kątem spełnienia wymogów dotyczących podwykonawców, stąd żądanie przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia podwykonawcy o spełnianiu warunku postawionego w Rozdziale III pkt 10 SIWZ w zakresie zatrudnienia przez podwykonawcę ponad 50% osób niepełnosprawnych na etapie składania oferty byłoby bezcelowe i bezpodstawne. Przepis art. 22 ust. 2 PZP odnosi możliwość zastrzeżenia przez Zamawiającego wymogu zatrudnienia ponad 50% osób niepełnosprawnych wyłącznie do wykonawcy. Zastrzeżenie to dotyczy jednak postępowania o udzielenie zamówienia, a nie etapu realizacji umowy, tym samym prawnie dopuszczalne jest zastrzeżenie takiego wymogu, jako wymogu kontraktowego (którego spełnienie powinno być oceniane w ramach oceny należytego wykonania kontraktu). W związku z powyższym, spełnienie tego wymogu nie może być badane na etapie badania i oceny ofert. Ponadto, Zamawiający nie miał prawa w toku przedmiotowego postępowania żądać od wykonawcy załączenia do oferty oświadczenia podwykonawcy o spełnianiu warunku postawionego w Rozdziale III pkt 10 SIWZ w zakresie zatrudnienia przez podwykonawcę ponad 50% osób niepełnosprawnych 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. Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane zostały wskazane w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231). W świetle przepisów rozporządzenia, w szczególności jego § 5 i § 8, jedyną możliwością żądania od wykonawcy przedłożenia dokumentów dotyczących podwykonawców jest przypadek zamówienia, o którym mowa w art. 131a ust. 1 PZP, tj. zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Takiego charakteru nie ma przedmiotowe zamówienie. Ponadto, w świetle § 5 rozporządzenia, oświadczenia w zakresie wykazania spełnienia wymogu, o którym mowa w art. 22 ust. 2 PZP zamawiający może żądać jedynie od wykonawcy. Odwołujący stosuje w tym zakresie niedopuszczalną, bezpodstawną, rozszerzającą wykładnię przepisów rozporządzenia, przenosząc jego normy również na podwykonawców (str. 9 odwołania), wbrew wyraźnemu brzmieniu tych przepisów. Nie sposób również w powyższym zakresie uczynić Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 36 pkt 14 PZP. Zamawiający zamieścił w SIWZ informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym o obowiązku przedstawienia ww. oświadczenia podwykonawców. Przedłożenie ww. oświadczenia przed zawarciem umowy jest niczym innym jak tylko formalnością, skoro Zamawiający nie może czynić z tego dokumentu użytku na etapie badania i oceny ofert. Przedłożenie tego

oświadczenia jest nadto czymś, jak to określa Odwołujący, „łatwym do załatwienia”, skoro oświadczenie to potwierdza istnienie wymogów odnoszących się do podwykonawców (ma charakter deklaratoryjny), nie pociągając za sobą konieczności podjęcia żadnych dodatkowych działań z tym związanych. Odwołujący błędnie interpretuje ww. przepis dotyczący dopełnienia formalności, jako odnoszący się do spraw łatwych do załatwienia i w gruncie rzeczy nieistotnych. W ramach tych formalności Zamawiający może bowiem żądać, np. przedłożenia niezbędnych zezwoleń, jeżeli przepisy prawa nakładają na wykonawcę obowiązek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, zaś zamawiający nie zastrzegł szczególnych warunków odnoszących się do oceny spełnienia tego wymogu. Jak wyjaśniła Izba w wyroku z 5 stycznia 2015 r. (sygn. KIO 2658/14, LEX nr 1648159): „Oczywiste jest, że wykonawca nie powinien wykonywać zamówienia publicznego bez posiadania potrzebnych zezwoleń - i wynika to nie tylko z treści art. 22 ust. 1 pkt 1 p.z.p., ale ogólnie z całego systemu prawa. Jakie zezwolenia są wymagane, zależy od zakresu czynności objętych opisem przedmiotu zamówienia i umową w konkretnym postępowaniu. Zamawiający zaś powinien żądać okazania mu owych zezwoleń przed przystąpieniem przez wykonawcę do realizacji czynności wymagających zezwolenia. Czy zażąda ich złożenia wraz z ofertą (lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), w ramach formalności, których należy dopełnić przed zawarciem umowy, w chwili jej zawarcia, czy już po jej zawarciu, zależy od sformułowania przez niego specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” Zatem, skoro zamawiający może oceniać spełnienie przez wykonawcę tak istotnych wymogów, jak posiadanie zezwoleń do dokonania danej czynności (warunkujących wykonanie zamówienia) dopiero na etapie zawarcia umowy, to tym bardziej może oceniać spełnienie pewnych wymogów w odniesieniu do podwykonawców - dopiero na tym etapie. Argumentacji Odwołującego nie potwierdza również analiza skutków prawnych niezłożenia przez wykonawcę ww. oświadczenia podwykonawców. Odwołujący poddał w wątpliwość możliwość skutecznego zareagowania przez Zamawiającego na tym etapie postępowania na fakt nieprzedłożenia wymaganego oświadczenia lub przedłożenie wadliwego oświadczenia. Otóż, kwestia udziału w wykonaniu zamówienia podwykonawców, w świetle braku możliwości zastrzeżenia w stosunku do nich wymogów mających wpływ na ocenę spełnienia wymogów udziału wykonawcy w postępowaniu nie mogłaby skutkować uprawnieniem Zamawiającego do zastosowania środka prawnego określonego w PZP. Jak wskazano wyżej, wymóg zastrzeżony przez Zamawiającego, a dotyczący podwykonawców ma wyłącznie charakter kontraktowy. Zamawiający mógłby zatem w ww. przypadkach zawrzeć umowę i ewentualnie żądać od wykonawcy odszkodowania za jej nienależyte wykonanie. Zamawiający nie mógł zatem żądać, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, i wobec tego nie żądał załączenia przez wykonawców ww. oświadczeń podwykonawców do oferty, w celu badania i oceny ich treści pod kątem zgodności treści oferty z SIWZ i PZP. Zarzut

Odwołującego jest zatem całkowicie chybiony. Zamawiający nie naruszył w przedmiotowym postępowaniu art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 PZP.

3. ZARZUT NARUSZENIA ART. 22 UST. 2 PZP

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w toku badania i oceny ofert, naruszył również art. 22 ust. 2 PZP 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. Wskazany zarzut wiąże się ściśle z ww. pierwszym i drugim zarzutem. Jak wskazano wyżej, Zamawiający nie mógł badać spełnienia wymogu z art. 22 ust. 2 PZP przez podwykonawców na etapie badania i oceny ofert. Stąd, zarzut ten jest całkowicie bezpodstawny. Zamawiający należycie zbadał i ocenił ofertę Przystępującego w zakresie spełnienia wymogu z art. 22 ust. 2 PZP - przez Przystępującego. Sam Odwołujący nie ma wątpliwości co do spełniania ww. wymogu przez Przystępującego, lecz zarzut swój odnosi wyłącznie do podwykonawców Przystępującego. Jak podnosi Odwołujący, dyspozycja art. 22 ust. 2 PZP powinna być ścisła, zaś w analizowanym przypadku oznacza to tyle, że spełnienie ww. warunku przez podwykonawców determinuje możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne w ogóle (str. 6 odwołania). Niemniej jednak, Odwołujący nie dostrzega, że Zamawiający nie zastrzegł i nie mógł zastrzec, że wykonawca może wykonać zamówienie tylko z udziałem konkretnych wskazanych na etapie składania ofert podwykonawców. Wykonawca ma prawo zmiany lub rezygnacji z udziału podwykonawców na etapie realizacji umowy, stąd ocena spełnienia wymogów udziału w postępowaniu wykonawcy pod tym kątem nie ma racji bytu. Ponadto, według Odwołującego, zastrzeżenie dotyczące podwykonawców nie odnosi się wyłącznie do samego udzielenia zamówienia publicznego, ale również do jego faktycznego wykonania (str. 7 odwołania). Niemniej jednak, należy podkreślić, iż na etapie postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający nie może i nie jest w stanie oceniać prawidłowości i zgodności z umową jej faktycznego wykonania (ocenianej w ramach odpowiedzialności kontaktowej). Należy również odnieść się do poglądu Odwołującego, iż zastrzeżenie Zamawiającego dotyczące zatrudniania ponad 50% osób niepełnosprawnych odnosi się wyłącznie do niepełnosprawnych w rozumieniu art. 3-6 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz o zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, co miałoby wynikać z wyjaśnień treści SIWZ z dnia 7 kwietnia 2015 r. W ww. piśmie, Zamawiający wskazał bowiem, m.in. że: „W przedmiotowym postępowaniu 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 (zob. art. 3 - 6 ustawy z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych) lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego." Według Odwołującego, Zamawiający potwierdził w tym piśmie, że chodzi o niepełnosprawność w rozumieniu art. 3-6 ww. ustawy. Ponadto, jak wskazał Odwołujący (str. 7 odwołania), w sytuacji gdyby dopuszczeni do udziału w postępowaniu zostali podwykonawcy, którzy zatrudniają niepełnosprawnych poza Europejskim Obszarem Gospodarczym i poza państwami UE doszłoby do obejścia art. 22 ust. 2 PZP. Należy zatem wskazać, iż Zamawiający wyjaśniając ww. wymóg powołał się na przepisy art. 3-6 ustawy przykładowo, co wynika m.in. z samego brzmienia wyjaśnień i odesłania do tych przepisów poprzez zwrot „zob.". Jednak, Zamawiający nie mógł i nie zawęził zastrzeżenia z art. 22 ust. 2 PZP wyłącznie do wykonawców, którzy zatrudniają ponad 50% niepełnosprawnych w rozumieniu art. 3-6 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tekst jedn. Dz. U. 2011 Nr 127, poz. 721 ze zm.). Zastrzeżenie to byłoby bowiem niezgodne z przepisami PZP, tj. art. 22 ust. 2 i jednocześnie stanowiłoby o naruszeniu art. 7 ust. 1 PZP, tj. zawartego w nim nakazu prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Takie zastrzeżenie stanowiłoby w istocie o ograniczeniu kręgu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia tylko do wykonawców z terytorium RP. W przypadku przedmiotowego zamówienia, w odniesieniu do którego znamienym jest, że w branży dostaw przedmiotów umundurowania i wyekwipowania na rzecz Wojska Polskiego funkcjonuje kilku wyspecjalizowanych przedsiębiorców, takie zastrzeżenie stanowiłoby w istocie o ograniczeniu kręgu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia tylko do wykonawców objętych Konsorcjum Odwołującego. W tym zakresie należy przede wszystkim przytoczyć treść art. 19 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz.L 2004, poz. 134, str. 114) implementowanej do polskiego systemu prawnego w art. 22 ust. 2 PZP. Zgodnie z tym przepisem: „Państwa Członkowskie mogą zastrzec prawo udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych zakładom pracy chronionej lub przewidzieć możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów pracy chronionej, w których większość zaangażowanych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne, które ze względu na charakter lub stopień swojej niepełnosprawności nie mogą wykonywać swojej pracy w normalnych warunkach. Ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać odniesienie do tego przepisu." Dyrektywa zastrzega jedynie możliwość zawężenia kręgu wykonawców do podmiotów, które zatrudniają „osoby niepełnosprawne, które ze względu na charakter lub stopień swojej

niepełnosprawności nie mogą wykonywać swojej pracy w normalnych warunkach." Nie oznacza to jednak, że osobą niepełnosprawną w rozumieniu tego przepisu może być tylko osoba, o której mowa w przepisach polskiej ustawy, ew. w przepisach unijnych lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Osobą niepełnosprawną jest bowiem według przepisów dyrektywy, osoba, która ze względu na charakter lub stopień swojej niepełnosprawności nie może wykonywać swojej pracy w normalnych warunkach. Polska ustawa PZP w art. 22 ust. 2 odsyła w tym zakresie do „przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych” lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego, lecz zwrot ten należy rozumieć w zestawieniu z brzmieniem ww. przepisu dyrektywy, który polska ustawa implementuje -jako odesłanie do przepisów odnoszących się do zatrudniania osób niepełnosprawnych w państwie siedzibie wykonawcy, bez względu na jego narodowość. Przepis art. 22 ust. 2 PZP nie odsyła wprost do ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, lecz do szeroko pojętych „przepisów”. Odmienne rozumienie art. 22 ust. 2 PZP stanowiłoby o naruszeniu obowiązku RP stosowania dyrektywy, a tym samym o naruszeniu obowiązku implementacji sensu largo. Organy i adresaci przepisów prawa są obowiązani do dokonywania wykładni pronunijnej. Wszelkie działania organów sprzeczne z założeniami prawodawcy unijnego wyrażonymi w ww. dyrektywie powinny być uznane za działania naruszające obowiązki RP jako państwa członkowskiego UE. W świetle powyższego, zarzut naruszenia art. 22 ust. 2 PZP nie ma uzasadnionych podstaw.

4. ZARZUT NARUSZENIA ART. 26 UST. 2b PZP

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niewłaściwe przyjęcie, że UNIFEQ Europe Sp. z o.o. posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie postawione przez Zamawiającego, podczas gdy na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołał się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich, które nie będą brać udziału w realizacji zamówienia, jak również zgodnie z treścią złożonej oferty sam Wykonawca nie będzie brał faktycznego udziału w realizacji zamówienia, które w całości chce zlecić podwykonawcom, czym naruszył art. 26 ust. 2b PZP. Niewiadomym jest podstawa stwierdzenia Odwołującego, że UNIFEQ Europe Sp. z o.o. „oparł swój potencjał, zdolności finansowe, wiedzę i doświadczenie do realizacji Zamówienia publicznego wyłącznie na podmiotach mających siedzibę na terenie Chińskiej Republiki Ludowej, które nie mogą spełnić przesłanki podmiotowej określonej w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz pkt 10 Rozdziału III SIWZ.” Przystępujący zgodnie z ofertą ma zamiar posłużyć się, w oparciu o art. 26 ust. 2b PZP potencjałem podmiotów trzecich mających siedzibę na terenie Chińskiej Republiki Ludowej - jedynie w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także zdolności finansowych i ekonomicznych. Jednak, Przystępujący

zastrzegł, iż podmioty te nie będą brały udziału w realizacji zamówienia. Stąd, ww. stwierdzenie Odwołującego jest całkowicie bezpodstawne. Ocena, czy podmioty te spełniają wymogi z art. 22 ust. 2 PZP oraz pkt 10 Rozdziału III SIWZ jest zatem bezcelowa. Niemniej jednak, bezpodstawne jest również stwierdzenie, że podmioty te nie spełniają ww. przesłanek (nie wiadomo skąd Odwołujący ma taką wiedzę).

Bez względu na powyższe, Odwołujący zarzuca Przystępującemu, że powołanie się przez niego na zasoby udostępnione przez podmioty trzecie jest wątpliwe. Według Odwołującego, Zamawiający winien wezwać Przystępującego do wyjaśnień w tym zakresie. Zauważyć zatem należy, iż pismem z dnia 5 maja 2015 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia, w trybie art. 26 ust. 4 PZP, wyjaśnień dotyczących treści dokumentu załączonego do oferty pn. „Zobowiązanie”, poprzez wskazanie jak będzie przebiegało realne korzystanie z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu (tj. Jihua 3502 Career Apparel Co., Ltd.) na zasadach doradztwa i konsultingu przy realizacji przedmiotu zamówienia. Przystępujący w odpowiedzi wyjaśnił, iż: „Świadczone na rzecz Wykonawcy przez Jihua 3502 Career Apparel Co., Ltd. (Doradca), na podstawie umowy z dnia 15 kwietnia 2015 r. usługi doradztwa i konsultingu przy wykonywaniu dostawy przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (mundury polowe), nr postępowania D/60/2015, będzie polegać w szczególności na: - stałym udzielaniu konsultacji i porad ustnych, w tym telefonicznych i mailowych, - doradztwie w zakresie realizacji i nadzorowania wykonywanego zamówienia, - udzielaniu merytorycznego wsparcia w każdym, zgłoszonym przez UNIFEQ Europe sp. z o.o., zakresie. Wykonawca będzie jednocześnie dostarczał Doradcy informacji niezbędnych do świadczenia usług doradztwa i konsultingu. Wykonawca i Doradca będą kontaktować się w każdy uzasadniony sposób, w tym osobiście, telefonicznie, faksowo lub elektronicznie. Doradca posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonania dostaw przedmiotów tego samego rodzaju co przedmioty zamówienia (potwierdzoną referencjami), w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ, którą będzie wspierał Wykonawcę w toku realizacji zamówienia. (...) Reasumując doradztwo obejmuje cały zakres wykonywanego zamówienia i dotyczy wszystkich informacji niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, należy wskazać, iż składając dokument zobowiązania oraz oświadczenie Wykonawcy o korzystaniu z zasobów (Oświadczenie o dysponowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia). Wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że będzie ww. potencjałem dysponował.” Według Odwołującego, z powyższego wynika że UNIFEQ Europę Sp. z o.o. nie posiada żadnej wiedzy i doświadczenia w zakresie produkcji umundurowania polowego i powołuje się w tym zakresie na w całości na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego. Zastrzeżenia Odwołującego wprost zaprzeczają wyraźnemu brzmieniu art. 26 ust. 2b PZP: „Wykonawca może polegać na wiedzy i

doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia." Podmiot korzystający z zasobów podmiotu trzeciego nie musi wskazywać i udowadniać wykonywanych dotychczas przez siebie dostaw, jeżeli polega na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich, do czego uprawniają go przepisy PZP. Niemniej jednak, należy wskazać, iż Przystępujący na bieżąco realizuje na rzecz Jednostki Wojskowej nr 4226 dostawy przedmiotów umundurowania i wyekwipowania wojskowego, w tym dostawy mundurów polowych wzór 2010 na podstawie umowy dostawy nr 265/20/2014 z dnia 9 czerwca 2014 r., a zatem niewątpliwie UNIFEQ Europę Sp. z o.o. posiada szerokie doświadczenie w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotowego zamówienia. Fakt ten jest z pewnością znany Odwołującemu. Fakt ten jest również znany samemu Zamawiającemu - Jednostce Wojskowej nr 4226. Doświadczenie zarówno UNIFEQ Europę Sp. z o.o., jak i Jihua 3502 Career Apparel Co., Ltd w realizacji dostaw mundurów polowych wzór 2010 na rzecz Wojska Polskiego potwierdza również Certyfikat zgodności wyrobu nr 21/OiB/2014 wystawiony przez Pracownię Certyfikacji Wyrobów WOBWSM, ważny w okresie od 14 listopada 2014 r. do 13 listopada 2017 r. Przedstawiając zasoby Jihua 3502 Career Apparel Co., Ltd w zakresie wiedzy i doświadczenia, Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z SIWZ oraz przepisami PZP. Nie oznacza to jednocześnie, że podmioty trzecie będą brały udział w realizacji zamówienia. Jihua 3502 Career Apparel Co., Ltd nie jest podwykonawcą Wykonawcy. Jak wskazała Izba w wyroku z 22 kwietnia 2014 r. (sygn. KIO 695/14, LEX nr 1460815), regulacja art. 26 ust. 2b PZP odnosi się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 PZP). Ratio legis tego przepisu jest zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia przez umożliwienie większej liczbie wykonawców polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów - w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący zaznaczył w treści oferty, że udostępniający zasoby nie będą brali udziału w realizacji zamówienia. Niemniej jednak, według Odwołującego Zamawiający winien wyjaśnić zasady współpracy Przystępującego z udostępniającymi zasoby, w tym czy współpraca podmiotów jest stała, długoczasowa, jednorazowa itd. Zakres współpracy i jej długo- lub krótkoterminowość, pomiędzy Jihua 3502 Career Apparel Co., Ltd i UNIFEQ Europę sp. z o.o. nie ma wpływu na przebieg postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. W tym

kontekście, należy pamiętać, że Podmiot, który udostępnia swój potencjał nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym - nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu." (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. V Ca 3036/10). Prawidłowość oceny oferty Przystępującego przez Zamawiającego w zakresie wykazania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia potwierdza również treść wyroku KIO z 18 grudnia 2014 r. (sygn. KIO 2554/14, LEX nr 1645363). Zgodnie z tym wyrokiem: „W trakcie oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia należy dokonywać oceny realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego wykonawcy na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu, poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga natomiast okoliczność, iż ani przepisy p.z.p., ani też przepisy rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału. Niewątpliwie ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału podmiotu trzeciego, nie może być ona jednak traktowana jako bezwzględnie obowiązująca. W każdym przypadku bowiem należy dokonać oceny, czy dla realności wykorzystania udostępnianego przez podmiot trzeci potencjału, konieczny jest faktyczny udział podmiotu w realizacji części czy też całości zamówienia czy wystarczająca będzie inna forma wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można wykluczyć w tym względzie, że udostępnienie i faktyczne wykorzystanie potencjału wiedzy i doświadczenia będzie odbywało się również poprzez np. różnego rodzaju konsultacje, czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego świadczone przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy." Odwołujący winien odróżnić etap postępowania o udzielenie zamówienia od etapu realizacji zamówienia. Na etapie udzielenia zamówienia zamawiający i wykonawcy zobowiązani są do przestrzegania przepisów PZP i wykonywania wynikających stąd obowiązków; wykonawcy zobowiązani są do wykazania zamawiającemu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaś zamawiający zobowiązany jest do badania i oceny spełnienia tych warunków. Jednak na tym etapie zamawiający nie może badać i oceniać faktycznego wykonania umowy. Kwestia realnego korzystania z zasobów- podmiotu trzeciego zarówno przez wykonawcę, jak też przez ewentualnych podwykonawców, a także

kwestia realizacji zamówienia z udziałem podwykonawców spełniających wymogi dotyczące wykonawcy są zagadnieniami odnoszącymi się do etapu wykonania umowy i podlegającymi weryfikacji poprzez przypisanie odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy.

5. ZARZUT NARUSZENIA ART. 7 UST. 1 I 3 PZP

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu prowadzenie postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszenie zasady udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami PZP (art. 7 ust. 1 i 3 PZP). Przeciwnie, zważając na powyższy wywód, wskazać należy, iż przyznanie słuszności stanowisku Odwołującego skutkowałoby koniecznością podjęcia przez Zamawiającego działań naruszających ww. przepis. W ocenie Przystępującego, stanowisko Odwołującego prowadziłoby bowiem do zawężenia warunków udziału u postępowaniu w sposób ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców i prowadzący do umożliwienia udziału w postępowaniu wyłącznie podmiotom wchodzącym w skład Konsorcjum Odwołującego. Ponadto, żądanie od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą oświadczeń, co do spełniania warunków postawionych w art. 22 ust. 2 PZP przez podwykonawców również stanowiłoby o naruszeniu ww. przepisów PZP. Należy pamiętać, iż podwykonawca nie ubiega się o udzielenie zamówienia, zatem warunki podmiotowe zastrzeżone w art. 22 PZP mogą dotyczyć wyłącznie wykonawców. PZP ani SIWZ nie nakłada obowiązku realizacji zamówienia przez konkretnych podwykonawców, Wykonawca może na każdym etapie (z ww. zastrzeżeniami) zmienić decyzję co do udziału podwykonawców, stąd nie sposób oceniać oferty biorąc pod uwagę kryteria dotyczące podwykonawców.

6. PODSUMOWANIE

W ocenie Przystępującego, o wyborze najkorzystniejszej oferty powinna decydować treść SIWZ i przepisy powszechnie obowiązujące, przede wszystkim przepisy PZP. SIWZ nakłada na wykonawców określone obowiązki, które, jeżeli zostaną spełnione, powinny skutkować wyborem oferty najkorzystniejszej. Z obowiązków zawartych w SIWZ oraz w PZP nie można wyinterpretować obowiązków kolejnych lub zmieniać zakresu obowiązków pierwotnych, tak jak tego dokonuje Odwołujący. Zamawiający, jak też wykonawcy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, związani są treścią SIWZ oraz przepisami PZP. Z zastrzeżeń Odwołującego wynika, że zarzuca on naruszenie przez Zamawiającego obowiązków niewynikających z przepisów PZP, ani z SIWZ.”

W trakcie rozprawy przystępujący podtrzymał powyższe stanowisko.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty przystępującego, korespondencji między zamawiającym a przystępującym.

Przedstawiany dowód przez przystępującego w postaci Certyfikatu zgodności wyrobu Nr 21/OiB/2014 był zbędny dla oceny zarzutów odwołania, gdyż okoliczność, iż przystępujący wcześniej dostarczał zamawiającemu elementy umundurowania wyprodukowanego przez Jihua 3502 Carrer Apparel Ltd Chiny była niesporna między stronami i uczestnikiem postępowania. Dowód ten potwierdza kontakty handlowe przystępującego z ww. firmą.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (mundury polowe)”.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji II.2.1) pkt. 2 oraz w SIWZ, Rozdział V, pkt. 2 wskazał, 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.

ROZDZIAŁ III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia.

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (mundury polowe) w ilościach: (...)

Zadanie nr 1 Mundur polowy letni wzór 2010 (bluza i spodnie) kpl. 6 500

Zadanie nr 2 Mundur polowy wzór 2010 (bluza i spodnie) kpl. 17 500

Zadanie nr 3 Mundur polowy wzór 2010 (bluza i spodnie) kpl. 46 500

Zadanie nr 4 Mundur polowy wzór 2010 (bluza i spodnie) kpl. 24 000

Wymogi oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wyszczególniono w załączniku nr 1 do SIWZ.

Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych z podziałem na 4 części (zadania) - opis poszczególnych części zamówienia zawiera załącznik nr 1 do SIWZ. Wykonawca może złożyć ofertę na jedno, wybrane lub wszystkie (części) zadania.

10. Wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom. W takiej sytuacji, Wykonawca obowiązany jest do wskazania w ofercie, część (zakres) zamówienia, który powierzy podwykonawcom. 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.

11. Wymagania dodatkowe dotyczące przedmiotu zamówienia:

11.1. Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć przedmiot zamówienia transportem zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie normami i przepisami;

11.4. Parametry jakościowe, wymagany okres gwarancji – zostały określone w załączniku nr 1 do SIWZ.

ROZDZIAŁ IV SIWZ Termin i miejsce wykonania zamówienia

1. Termin wykonania zamówienia:

Zamawiający wymaga, aby zamówienie zostało wykonane od dnia zawarcia umowy w terminie wynikającym z oferty najkorzystniejszej, jednak nie później niż do dnia 30.10.2015 r.

ROZDZIAŁ V SIWZ Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków.

WARUNKI PODMIOTOWE:

1. Zgodnie z art. 22 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907, z późn. zm.), o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

1.1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

1.2. posiadania wiedzy i doświadczenia - Zamawiający uzna spełnienie tego warunku, jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje minimum 1 (jedną) główną dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane. Wykonawca obowiązany jest do załączenia dowodów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, np. poświadczenie. W odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw okresowych lub ciągłych poświadczenie to powinno być

wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Jeżeli z uzasadnionych przyczyn, o obiektywnym charakterze, wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej, zamawiający uzna, że wystarczającym dowodem jest oświadczenie wykonawcy. Wartość każdej (pojedynczej) dostawy winna być nie mniejsza niż:

na zadanie 1 – 600 000,00 zł;

na zadanie 2 – 1 600 000,00 zł;

na zadanie 3 – 4 300 000,00 zł;

na zadanie 4 – 2 200 000,00 zł;

UWAGA Jeżeli Wykonawca składa ofertę na kilka części (zadań) jednocześnie, a na potwierdzenie spełnienia warunku posiada jedną dostawę (oraz np. poświadczenia), wartość tej dostawy winna być nie mniejsza niż łączna kwota, wykonanych dostaw, wymagana w celu potwierdzenia spełnienia warunku dla części (zadań) na które składana jest oferta.

Za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia.

2. Zamawiający zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp zastrzega, iż 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 zatrudnionych osób niepełnosprawnych, lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

4. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia w oparciu o treść art. 23 ustawy Pzp. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: 3.1. warunki określone w punktach 1.2 -1.4 – zostaną spełnione, jeżeli spełnia je chociaż jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie;

3.2. warunek określony w pkt. 1.1, 2 oraz 3, niniejszego rozdziału, winien spełniać każdy z Wykonawców samodzielnie; w tym aby ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowiły osoby niepełnosprawne.

5. Wykonawcy mogą polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów - zgodnie z art. 26 ust 2b.

W wymienionych przypadkach, Wykonawcy zobowiązani są do przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów poświadczającego, że Wykonawcy będą dysponowali zasobami tych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz

oceny, czy stosunek łączący wykonawców z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

6. Ocena spełniania w/w warunków dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia – nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniach, poświadczeniach i dokumentach wyszczególnionych w Rozdziale VI niniejszej SIWZ. Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż w/w warunki Wykonawca spełnił.

ROZDZIAŁ VI SIWZ Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wymaga załączenia do oferty niżej wymienionych:

1. Oświadczeń:

1.1. oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (art. 22) oraz o braku podstaw do wykluczenia (art. 24 ust. 1) -z wykorzystaniem wzoru załącznik nr 3 do SIWZ;

2. Dokumentów 1: 2.1. W celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, Zamawiający żąda następujących dokumentów: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw (niezbędnych do wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia), w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Dowodami, o których mowa w pkt 2.1., są:

1) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

2) w przypadku zamówień na dostawy - oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1).

Uwaga ! Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia, zdolności finansowych lub ekonomicznych polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy PZP zobowiązany jest oprócz oświadczeń i dokumentów wymienionych w pkt. 2.1-2.2 udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów

na potrzeby wykonania zamówienia. W celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda:

- 1) w przypadku warunku, o którym mowa w pkt 2.2 – dokumentu;
- 2) oświadczenia wykonawcy określającego:
 - a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
 - b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
 - c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
 - d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

2.3. 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 Europejskiego Obszaru Gospodarczego wykonawca winien załączyć do oferty oświadczenie o zatrudnieniu ponad 50% osób niepełnosprawnych - z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 6 do SIWZ.

3. Dokumenty i oświadczenia, o których mowa powyżej muszą zostać złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonej za „zgodność z oryginałem” przez Wykonawcę. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio Wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za „zgodność z oryginałem” odpowiednio przez Wykonawcę lub te podmioty.

10. W przypadku składania jednej oferty przez dwa lub więcej podmiotów (wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia np. konsorcja, spółki cywilne) oferta spełniać musi następujące wymagania:

10.1. w odniesieniu do wymagań postawionych przez zamawiającego, każdy z Wykonawców występujących wspólnie, oddzielnie musi udokumentować, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp;

10.2. warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także sytuacji ekonomicznej i finansowej musi spełniać wymagane od wykonawców warunki łącznie.

UWAGA! Złożenie wymaganych dokumentów po upływie terminu składania ofert jest możliwe jedynie w trybie art. 26 ust 3 ustawy PZP. W sytuacji, kiedy Wykonawca nie złoży

wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP lub nie złoży pełnomocnictwa albo złoży wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, zawierające błędy lub złoży wadliwe pełnomocnictwo, Zamawiający wezwie go do ich złożenia w wyznaczonym terminie (za wyjątkiem sytuacji, kiedy mimo ich złożenia oferta Wykonawcy podlegałaby odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania). Złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

7. W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią niniejszej SIWZ, a treścią udzielonych odpowiedzi, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego.

ROZDZIAŁ X SIWZ Opis sposobu przygotowania ofert

1. Wykonawcy zobowiązani są zapoznać się z informacjami zawartymi w SIWZ, i przygotować ofertę zgodnie z treścią oraz wymaganiami określonymi w tym dokumencie.

3. Do oferty należy załączyć dokumenty i oświadczenia określone w Rozdziale VI SIWZ oraz kopię dowodu wniesienia wadium.

4. W przypadku oferty składanej przez konsorcjum każdy z członków konsorcjum składa: oświadczenie o braku podstaw wykluczenia, oświadczenie w trybie art. 26 ust. 2d w zakresie powiązań kapitałowych, jeżeli przepisy prawa wymagają posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności te dokumenty oraz dokumenty wymagane w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z postępowania. Pozostałe dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu składane są łącznie za całe konsorcjum.

17. Każdy Wykonawca może przedstawić tylko jedną ofertę. Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej odrębnie dla każdego zadania.

UWAGA! Oferta, której treść nie będzie odpowiadać treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 zostanie odrzucona (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP). Wszelkie niejasności i obiekcje dotyczące treści zapisów w SIWZ należy zatem wyjaśnić z Zamawiającym przed terminem składania ofert w trybie przewidzianym w Rozdziale VII niniejszej SIWZ. Przepisy ustawy PZP nie przewidują negocjacji warunków udzielenia zamówienia, w tym zapisów projektu umowy, po terminie otwarcia ofert.

ROZDZIAŁ XI SIWZ

Termin składania ofert upływa 27/04/2015 roku.

ROZDZIAŁ XIII. Kryteria oceny ofert.

Cena 90%

Termin realizacji 10%.

ROZDZIAŁ XIV. Informacja o formalnościach jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy.

Zgodnie z pkt 5 w przypadku wskazania przez wykonawcę, w załączniku nr 2 (wzór oferty), części (zakresu) zamówienia, jaką zamierza powierzyć podwykonawcom, zamawiający żąda przed podpisaniem umowy wykazu podwykonawców ze wskazaniem nazw, adresów oraz jaki zakres zamówienia będą oni wykonywali.

„Dnia 07.04.2015 r. WYJAŚNIENIE TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo o zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907, z późn. zm.), Zamawiający JW. 4226, zawiadamiam, że w postępowaniu na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (mundury polowe) wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia następującej treści:

W Ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w Sekcji III.2.4) Zamawiający wskazał, że przedmiotowe zamówienie zastrzeżone jest wyłącznie dla zakładów pracy chronionej, natomiast w SIWZ w Rozdziale V.2. wprowadził wymóg 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 zatrudnionych osób niepełnosprawnych, lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. W związku z powyższym wnoszę o udzielenie wyjaśnień czy warunek uczestnictwa w postępowaniu będą spełniali wyłącznie wykonawcy posiadający status zakładu pracy chronionej zgodnie z art. 28 ust. 11 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych zatrudniających co najmniej 25 pracowników na pełny wymiar czasu pracy, czy też warunek ten Zamawiający będzie uznawał za spełniony również przez wykonawcę, którego 50% zatrudnionych pracowników posiada status osoby niepełnosprawnej w rozumieniu w/w przepisów bez względu u na stopień i rodzaj niepełnosprawności, liczbę ogółu pracowników oraz bez konieczności spełniania warunków wskazanych w art. 28 ust. 1 pkt 2 - 4 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych a tym samym przez wykonawcę, który pomimo zatrudniania wskazanego pułapu osób niepełnosprawnych

nie będzie posiadał statusu pracy chronionej w rozumieniu przepisów ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy PZP, zamawiający informuje, iż udzielił wyjaśnienia: Zamawiający informuje, iż ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej przekazuje się, zgodnie z wzorami określonymi w Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) Nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady. Treść tych ogłoszeń jest zgodna z treścią dyrektyw WE i nie zawsze jest spójna z prawem krajowym – ustawa Prawo zamówień publicznych.

W ogłoszeniu o zamówieniu miejscem właściwym do zawarcia informacji o stosowaniu klauzuli, o której mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest Sekcja III.2.4).

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji II.2.1) pkt. 2 oraz w SIWZ, Rozdział V, pkt. 2 wskazał, 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. Treść ogłoszenia o zamówieniu jest tożsama z treścią SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu 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 (zob. art. 3 - 6 ustawy z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych) lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.”

„Warszawa, dnia 07.04.2015 r. ZMIANA TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907, ze zm.), Zamawiający informuje, że w postępowaniu na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (mundury polowe), dokonuje następującej zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

I. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Rozdział XIV, pkt. 5 jest:

5. W przypadku wskazania przez Wykonawcę, w załączniku nr 2 (wzór oferty), część (zakres) zamówienia, jaką zamierza powierzyć podwykonawcom, Zamawiający żąda przed

podpisaniem umowy wykazu podwykonawców ze wskazaniem nazw, adresów oraz jaki zakres zamówienia będą oni wykonywali.

Zamawiający modyfikuje treść przytaczanego zapisu i nadaje mu nowe brzmienie:

5. W przypadku wskazania przez Wykonawcę, w załączniku nr 2 (wzór oferty), część (zakres) zamówienia, jaką zamierza powierzyć podwykonawcom, Zamawiający żąda przed podpisaniem umowy wykazu podwykonawców ze wskazaniem nazw, adresów i jaki zakres zamówienia będą oni wykonywali oraz oświadczenia podwykonawcy, iż zatrudnia 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.

Dnia 7 kwietnia 2015 r. przystępujący UNIFEQ Europe sp. z o.o. prosił o wyjaśnienie celowości wymogu dotyczącego zatrudnienia ponad 50% pracowników, które są osobami niepełnosprawnymi w rozumieniu przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

„W roku 2015 z ogłoszonych tylko to konkretne postępowanie – D/660/2015 zawiera wyżej wspomniany wymóg – również ww. poprzednich zamówieniach dotyczących tych podmiotów, taki wymóg nie istniał. Jak Wykonawca ma rozumieć, że Zamawiający chce aktywizować osoby niepełnosprawne tylko przy produkcji mundurów polowych, lub ewentualnie widzi inny konkretny powód, dla którego powołuje się na art. 22 ust. 2 ustawy Pzp akurat tylko przy tym postępowaniu?”

„Dnia 15.04.2015 r. WYJAŚNIENIE TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo o zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907, z późn. zm.), Zamawiający JW. 4226, zawiadamiam, że w postępowaniu na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (mundury polowe) wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia następującej treści:

Wykonawca, po analizie treści o ogłoszenia prosi o wyjaśnienie celowości wymogu dotyczącego zatrudniania ponad 50% pracowników, które są osobami niepełnosprawnymi w rozumieniu przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

W roku 2015 z ogłoszonych tylko to konkretne postępowanie – D/660/2015 zawiera wyżej wspomniany wymóg – również ww. poprzednich zamówieniach dotyczących tych podmiotów, taki wymóg nie istniał. Jak Wykonawca ma rozumieć, że Zamawiający chce aktywizować osoby niepełnosprawne tylko przy produkcji mundurów polowych, lub ewentualnie widzi inny

konkretny powód, dla którego powołuje się na art. 22 ust. 2 ustawy Pzp akurat tylko przy tym postępowaniu?

Wykonawca nie kwestionuje podstaw prawnych art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, ale wnioskuje jak ww.

Na podstawie art. 38 ust.2 ustaw wy PZP, zamawiający informuje, iż udzielił wyjaśnienia: Polskie regulacje prawne właściwe dla zamówień publicznych, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych umożliwiają włączenie aspektów społecznych do procedur udzielania zamówień publicznych. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastosował dyspozycję art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Załącznik 6 do SIWZ. Zawiera oświadczenie: W imieniu reprezentowanej przeze mnie firmy oświadczam/y, że zatrudnia 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. Uwaga: w przypadku składania oferty przez konsorcjum - oświadczenie składa każdy z członków konsorcjum.

W załączniku 2 do SIWZ Formularzu oferty wykonawca zobowiązany był podać w punkcie 7 – Zamówienie w części dotyczącej (w zakresie) zamierzam/y powierzyć podwykonawcom.

W § 13 Wzoru umowy – Podwykonawcy.

Ust. 1. Zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie wykonawca powierza/nie powierza podwykonawcom wykonania następującego zakresu umowy. Nazwa przedsiębiorstwa/adres/zakres zamówienia.

Ust. 2. Wykonawca nie może zwolnić się od odpowiedzialności względem zamawiającego z tego powodu, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę było następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wobec wykonawcy przez jego podwykonawców.

Ust. 3. Wykonawca oświadcza, że zapewni realizację umowy przez podmioty wskazane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w złożonej ofercie.

W § 14 ust. 1 pkt 1 zamawiający dopuścił możliwość zmiany podwykonawcy określonego w § 13 ust. 1.

W § 15 ust. 3 pkt 1 Wzoru umowy - wykonawca zobowiązuje się do utrzymania zatrudnienia ponad 50% osób niepełnosprawnych przez cały okres obowiązywania niniejszej umowy.

Na zadanie 1 ofertę złożył tylko odwołujący.

Na zadanie 2,3 i 4 ofertę złożył odwołujący oraz przystępujący.

Na zadanie 2 została wybrana oferta odwołującego.

Na zadanie 3 została wybrana oferta przystępującego.

Na zadanie 4 została wybrana oferta przystępującego.

Z oferty wybranego wykonawcy UNIFEQ Europe sp. z o.o. punkt 7 wynika, iż zamówienie w części dotyczącej (w zakresie) zadania 2,3 i 4 zamierza powierzyć podwykonawcom.

W zał. 4. Wykazie dostaw - w zakresie niezbędnym do wykazania wiedzy i doświadczenia dla zadania 2,3 i 4 wykonawca UNIFEQ Europe sp. z o.o. posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego i wskazał dostawę referencyjną wykonaną na rzecz Xingxing Jihua International Trading Co. Ltd. Beijing China przez Jihua 3502Career Apparel Co. Ltd South of Weshui Town, Jinxing Country China. Załączył potwierdzenie należytego wykonania tej dostawy przez zlecającego.

Wykonawca UNIFEQ Europe sp. z o.o. przedłożył dokumenty współnika spółki -Ningbo Evergreen Knitting Co. Ltd. siedzibą Fenhua City Chiny, dotyczące udostępnienia potencjału ekonomiczno-finansowego.

W załączniku nr 6 wykonawca UNIFEQ Europe sp. z o.o. złożył oświadczenie, że zatrudnia ponad 50% osób niepełnosprawnych rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (...).

Na stronie 40 oferty wykonawcy UNIFEQ Europe sp. z o.o. znajduje się zobowiązanie w imieniu Ningbo Evergreen Knitting Co. Ltd. siedzibą Fenhua City, że zobowiązuje się do oddania do dyspozycji firmie UNIFEQ Europe sp. z o.o. niezbędnych zasobów ekonomicznych i finansowych na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia publicznego. Udostępniający nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia.

Drugie zobowiązanie zostało wystawione przez Jihua 3502Career Apparel Co. Ltd South of Weshui Town, Jinxing Country China, że zobowiązuje się do oddania do dyspozycji firmie UNIFEQ Europe sp. z o.o. niezbędnych zasobów w zakresie swojej wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zakres udostępnionych zasobów obejmuje poświadczenia (referencje) prawidłowego wykonania 1 głównej dostawy, odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia o łącznej wartości powyżej 8 100 000,00 zł w przedmiocie mundurów polowych 20.07.2012 -30.10.2012 na rzecz Xingxing Jihua International Trading Co. Ltd. Beijing China.

Punkt 3 udostępnione zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia udostępniającego przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia będą miały charakter doradztwa i konsultingu przez cały okres trwania umowy pomiędzy UNIFEQ a Jihua.

4. Udostępniający świadczyć będzie usługi na podstawie umowy z 15.04.2015 r. w zakresie doradztwa i konsultingu, udostępniający będzie świadczył usługi na rzecz UNIFEQ przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia.

5. Udostępniający nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia w całym okresie realizacji przedmiotowego zamówienia.

Umowy o świadczeniu usługi na podstawie umowy z 15.04.2015 r. w zakresie doradztwa i konsultingu, do której odwołuje się ww. zobowiązanie nie przedstawiono.

UNIFEQ Europe sp. z o.o. złożył oświadczenie, że będzie dysponował powyższymi zasobami.

Na str. 11 oferty przystępującego znajduje się lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, gdzie wymieniono:

1. UNIFEQ Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Rejtana 3/20, 02-516 Warszawa, KRS 0000381870 (przystępujący),
2. UNIFEQ Europe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Polska Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Rejtana 3/20, 02-516 Warszawa, KRS 0000544753, utworzona w lutym 2015 r.
3. UNIFEQ Europe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Rejtana 3/20, 02-516 Warszawa, KRS 0000543142 utworzona w lutym 2015 r.

- reprezentowane przez p. P. K. .

Pismem z dnia 5 maja 2015 r. zamawiający wezwał UNIFEQ Europe sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści dokumentu załączonego do Państwa oferty.

W załączonym zobowiązaniu innego podmiotu (tj. Jihua 3502 Career Apparel Co., Ltd.) wskazano, iż sposób wykorzystania zasobów wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przez Wykonawcę (tj. UNIFEQ Europe Sp. z o.o.), przy realizacji zamówienia będą miały charakter doradztwa i konsultingu.

„Zamawiający wzywa Państwa o wyjaśnienie jak będzie przebiegało realne wykorzystanie/korzystanie z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu (tj. Jihua 3502 Career Apparel Co., Ltd.) przez Państwo, na zasadach doradztwa i konsultingu przy realizacji przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienie szczegółowo na jakich zasadach będzie się odbywało doradztwo i konsulting.

Zamawiający bez stosownych wyjaśnień nie może dokonać oceny realności udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu wykonawcy, na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Przypominamy, że to na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia Zamawiającemu, że spełnia ustalone warunki dostępu do zamówienia w tym także, w przypadku, gdy korzysta on z potencjału innych podmiotów - że będzie tym potencjałem dysponował."

W odpowiedzi z dnia 7 maja 2015 r. na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnień dotyczących treści dokumentu załączonego do oferty zobowiązania Jihua 3502 Career Apparel Co., Ltd., poprzez wskazanie jak będzie przebiegało realne korzystanie z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu (tj., Jihua 3502 Career Apparel Co., Ltd.) na zasadach doradztwa i konsultingu przy realizacji przedmiotu zamówienia, UNIFEQ Europe Sp. z o.o. wyjaśnił, co następuje.

„Świadczone na rzecz Wykonawcy przez Jihua 3502 Career Apparel Co., Ltd. (Doradca), na podstawie umowy z dnia 15 kwietnia 2015 r. usługi doradztwa i konsultingu przy wykonywaniu dostawy przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (mundury polowe), nr postępowania D/60/2015, będzie polegać w szczególności na:

1. stałym udzielaniu konsultacji i porad ustnych, w tym telefonicznych i mailowych, doradztwie w zakresie realizacji i nadzorowania wykonywanego zamówienia, udzielaniu merytorycznego wsparcia w każdym, zgłoszonym przez UNIFEQ Europe sp. z o.o., zakresie. Wykonawca będzie jednocześnie dostarczał Doradcy informacji niezbędnych do świadczenia usług doradztwa i konsultingu. Wykonawca i Doradca będą kontaktować się w każdy uzasadniony sposób, w tym osobiście, telefonicznie, faksowo lub elektronicznie.

Doradca posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonania dostaw przedmiotów tego samego rodzaju co przedmiot zamówienia (potwierdzoną referencjami), w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ którą będzie wspierał Wykonawcę w toku realizacji zamówienia.

W związku z treścią wezwania należy przytoczyć orzecznictwo KIO, zgodnie z którym: „W trakcie oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia należy dokonywać oceny realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego wykonawcy na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu, poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga natomiast okoliczność, iż ani przepisy p.z.p., ani też przepisy rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału. Niewątpliwie ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału

podmiotu trzeciego, nie może być ona jednak traktowana jako bezwzględnie obowiązująca. W każdym przypadku bowiem należy dokonać oceny, czy dla realności wykorzystania udostępnianego przez podmiot trzeci potencjału, konieczny jest faktyczny udział podmiotu w realizacji części czy też całości zamówienia czy wystarczająca będzie inna forma wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można wykluczyć w tym względzie, że udostępnienie i faktyczne wykorzystanie potencjału wiedzy i doświadczenia będzie odbywało się również poprzez np. różnego rodzaju konsultacje, czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego świadczone przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy." (wyrok KIO z 18 grudnia 2014 r., sygn. KIO 2554/14, LEX nr 1645363).

Reasumując doradztwo obejmuje cały zakres wykonywanego zamówienia i dotyczy wszystkich informacji niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, należy wskazać, iż składając dokument zobowiązania oraz oświadczenie Wykonawcy o korzystaniu z zasobów (Oświadczenie o dysponowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia), Wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że będzie ww. potencjałem dysponował."

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia na część 3 i 4, co prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

W odniesieniu do zarzutu 2 - naruszenia przez zamawiającego art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 9b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty UNIFEQ Europe sp. z o.o., jako niezgodnej z ustawą w zakresie złożenia oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy.

Należało zważyć, że jakkolwiek przedmiotem zamówienia ma być dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania wojskowego, to przedmiot tej dostawy podlega wytworzeniu przez wybranego wykonawcę na podstawie dokumentacji zamawiającego i pod względem zgodności z tą dokumentacją podlega ścisłej procedurze odbiorowej.

Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych w oparciu o art. 2 pkt 2 przez dostawy rozumie się nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu.

Przedmiot zamówienia nosi zatem cechy dostawy opisane w art. 605 K. c. Według przepisów ustawy Pzp, 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 ustawy Pzp. Nie jest to więc klasyczna dostawa, np. sprzętu komputerowego, przy której w warunkach SIWZ zamawiający oznacza istotne dla niego parametry (bez względu na producenta tego sprzętu), ale wykonawca przedmiotowego zamówienia ma być zarazem producentem zamawianego umundurowania, wytworzonego według dokumentacji zamawiającego.

Do tego, zamawiający na podstawie art. 22 ust. 2 ustawy Pzp nadał zamówieniu charakter zastrzeżony, bowiem 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 zatrudnionych osób niepełnosprawnych, lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG).

Nie można wyłączyć posłużenia się przez wykonawcę składającego ofertę w tym postępowaniu podwykonawcami, ale interpretacja przepisów ustawy Pzp o podwykonawstwie musiała uwzględniać wyżej opisane uwarunkowania, które wpływają na ocenę czy oznaczony w SIWZ wymóg ma charakter istotny, i brak jego spełnienia przez przystępującego powoduje niezgodność treści oferty z ustawą, lub z treścią SIWZ, ze skutkami odrzucenia oferty.

Art. 36a ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Z kolei art. 2 pkt 9b ustawy Pzp zawiera definicję umowy o podwykonawstwo, przez którą należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą) (...). Ustawa prawo zamówień publicznych nie ingeruje w dalsze stosunki między podwykonawcą dostawy a jego ewentualnymi dalszymi kontrahentami zatrudnionymi przy realizacji zamówienia na dostawy lub usługi.

W formularzu oferty punkt 7 zamawiający wymagał zarówno określenia - w jakiej części (części) zamówienia wykonawca zamierza skorzystać z podwykonawców, jak również - w jakim zakresie prace przy zamówieniu - zostaną w odnośnych częściach powierzone podwykonawcom.

Nie można zatem, jak czynił to zamawiający oraz przystępujący utożsamiać wskazania części zamówienia z zakresem prac podwykonawcy w ramach danej części zamówienia. Z uregulowania w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp wynika, że wykonawca ma prawo

powierzyć jedynie wykonanie „części” zamówienia podwykonawcy. Mimo zbieżnej terminologii, która posługuje się pojęciem „części”, odmienne znaczenie ma „część” zamówienia w rozumieniu art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie osobnych ofert na wyodrębnione elementy zamówienia, zwanych również „zadaniami” i których w oparciu o art. 36 ust. 2 pkt. 1 opis musi zawierać SIWZ, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych - co ma miejsce w niniejszym postępowaniu - należy odróżnić - od określenia „zakresu” prac w obrębie danej części zamówienia.

Należało zważyć, iż wykonawca mógł złożyć ofertę na jedno, wybrane lub wszystkie (części) zadania. Składając ofertę na wskazaną część zamówienia, wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnianie przypisanych do danej części warunków udziału w postępowaniu, wnieść osobne wadium. W tym znaczeniu, ma więc rację odwołujący, że oznaczone w ofercie przystępującego części zamówienia, w tym 3 i 4 – stanowią całość i nie mogły bez naruszenia przepisu art. 36a ust. 1 zostać wskazane jako całkowicie powierzone podwykonawcy. Ponadto zamawiający żądał wprost określenia zakresu prac w ramach części zamówienia. Przystępujący do tego się nie dostosował w formularzu swojej oferty oznaczył, że powierzy podwykonawcy realizację części 3 i 4 zamówienia. Zachodzą więc podstawy, aby w ramach zarzutu faktycznego podniesionego w odwołaniu, przypisać ofercie przystępującego także niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Bez znaczenia pozostaje, że zamawiający powtórzył ten sam wymóg wskazania zakresu prac powierzanych podwykonawcy, z rozszerzeniem o podanie nazwy podwykonawcy - przed zawarciem umowy z wybranym wykonawcą na poszczególne części zamówienia. Zgodność oferty z ustawą i istotnymi postanowieniami SIWZ oceniana jest przed jej wyborem na podstawie samej treści oferty.

Nie do przyjęcia była argumentacja przystępującego, że wymóg sprecyzowania w formularzu oferty - zakresu prac w ramach każdej z części zamówienia powierzanych podwykonawcy - ma jedynie walor informacyjny. Charakter istotności takiego wskazania nadaje zarówno fakt, że przedmiot zamówienia ma zostać wytworzony, nie jest więc seryjnym wyrobem z półki, a ponadto, że wymóg legitymowania się ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowiących 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 - dotyczył zarówno wykonawcy jak i jego podwykonawcy, o czym także poniżej.

W tym stanie rzeczy, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 9b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty UNIFEQ Europe sp. z o.o., jako niezgodnej z ustawą w zakresie złożenia oświadczenia o

zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy - Izba uznała za znajdujący potwierdzenie w materiale dowodowym sprawy.

W odniesieniu do zarzutów:

3 - naruszenia przez zamawiającego: art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 2 Pzp poprzez żądanie przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia podwykonawcy o spełnianiu warunku postawionego w Rozdziale III pkt 10 SIWZ w zakresie zatrudnienia przez podwykonawcę ponad 50 % osób niepełnosprawnych 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 siedzibą lub miejsce zamieszkania w tych państwach - dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty i przed podpisaniem umowy;

4 - naruszenia przez zamawiającego: art. 22 ust. 2 Pzp 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;

5 - naruszenia przez zamawiającego: art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i żądanie przed podpisaniem umowy złożenia oświadczenia podwykonawcy z udziałem, którego wykonawca będzie realizował zamówienie publiczne, o spełnianiu warunku podmiotowego udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale III SIWZ pkt. 10 - a nie poprzez żądanie złożenia w/w dokumentu wraz ze złożeniem oferty - zachodziła potrzeba dokonania przez Izbę analizy i wykładni celowościowej przepisu art. 22 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że przepis art. 22 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wyłącznie wykonawcy, o których ponad 50 % zatrudnionych 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.

Ustawodawca w § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) postanowił, że 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 zatrudnionych osób niepełnosprawnych, lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego - jeżeli wykonawca ma siedzibą lub miejsce zamieszkania w tych państwach.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji II.2.1) pkt. 2 oraz w SIWZ, Rozdział V, pkt. 2 wskazał, 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. Treść ogłoszenia o zamówieniu jest tożsama z treścią SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu 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 (zob. art. 3 – 6 ustawy z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych) lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Stosowanie powyższego kryterium podmiotowego dopuszczenia do udziału w postępowaniu nie jest obligatoryjne, w przeciwieństwie do wskazań art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, służących weryfikacji zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia publicznego, jak stanowi art. 22 ust. 5 ustawy Pzp.

Jeżeli jednak zamawiający zdecyduje się na zastosowanie art. 22 ust. 2 ustawy Pzp 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 SIWZ zamawiający zapowiedział, iż ocena spełniania ww. 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 SIWZ. Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż ww. warunki wykonawca spełnił.

Należy dostrzec, że przepis art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, jest wynikiem implementacji art. 19 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. L 2004, poz. 134, str. 114). Zgodnie z tym przepisem: „Państwa Członkowskie mogą zastrzec prawo udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych zakładom pracy chronionej lub przewidzieć możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów pracy chronionej, w których większość zaangażowanych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne, które ze względu na charakter lub stopień swojej niepełnosprawności nie mogą wykonywać swojej pracy w normalnych warunkach. Ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać odniesienie do tego przepisu.” Tego rodzaju zamówienie prowadzić ma bowiem do wyrównania możliwości konkurencyjnych przedsiębiorstw zatrudniających osoby niepełnosprawne w ubieganiu się o zamówienia publiczne, a także aktywizację i zwiększenie szans na rynku pracy osób niepełnosprawnych (teza 28 preambuły dyrektywy 2004/18/WE).

Trafnie zamawiający w swoich wyjaśnieniach do treści SIWZ podał, że *„Polskie regulacje prawne właściwe dla zamówień publicznych, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych umożliwiają włączenie aspektów społecznych do procedur udzielania zamówień publicznych. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastosował dyspozycję art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.”*

Stąd należy też interpretować art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w sposób jak najdalej idący, aby umożliwić efektywne osiągnięcie celu zakładanego dyrektywą - realną aktywizację zawodową osób niepełnosprawnych, które będą realizować przedmiotowe zamówienie.

Zamówienie ma charakter zastrzeżony dla oznaczonego kręgu wykonawców, którzy są wyłącznie uprawnieni do tego aby się o nie ubiegać. Przepis art. 22 ust. 2 ustawy Pzp mówi wprawdzie o wykonawcach, jeżeli jednak wykonawca zamierza się posługiwać podwykonawcami, należy przyjąć, iż dyspozycję tej normy, ze względu na jej bezwzględnie obowiązujący charakter należy stosować wprost do podwykonawcy - i to już na etapie złożenia oferty - w celu wykazania uprawnień do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

W rozdziale III pkt 10 SIWZ 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. SIWZ 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 SIWZ.

Z mocy art. 474 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania lub zaniechania osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. W tym więc przypadku, z uwagi na konieczność uprzedniej weryfikacji kwalifikacji samego wykonawcy, jak i jego podwykonawców z mocy art. 22 ust. 2 ustawy Pzp - zachodziły obligatoryjne podstawy, aby wykonawca ujawnił podwykonawcę w ofercie i przedstawił jego oświadczenie, że będzie realizował podzleczone zamówienie z ponad 50% udziałem osób niepełnosprawnych. Wykonawca na etapie złożenia oferty powinien mieć przynajmniej wstępne porozumienia z podwykonawcami, gdyż również na podstawie ich warunków finansowych zdolny jest prawidłowo skalkulować cenę oferty.

Nie zasługiwała na aprobatę argumentacja zamawiającego, że na przeszkodzie żądaniu przy złożeniu oferty oświadczenia podwykonawcy stały przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Przepisy te nie określają obecnie enumeratywnie zamkniętego kręgu dokumentów, odwołują się także do reguł dowodowych. Przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do żądania od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby, przedłożenie oświadczenia podwykonawcy, którym zamierza się posłużyć wykonawca o zatrudnianiu w odpowiednim parytecie osób niepełnosprawnych już w dokumentacji oferty - miało charakter niezbędny do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania i znajdowało oparcie bezpośrednio w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp.

Z powyższych względów Izba uznała, że zastosowanie wprost znajduje przepis ustawy - art. 22 ust. 2 Pzp. Nie miało więc znaczenia, że odwołujący we właściwym terminie nie zaskarżył odwołaniem dokonanej modyfikacji SIWZ z dnia 7 kwietnia 2015 r. w Rozdziale XIV, pkt. 5 z nadaniem mu nowego brzmienia: *„W przypadku wskazania przez Wykonawcę, w załączniku nr 2 (wzór oferty), część (zakres) zamówienia, jaką zamierza powierzyć podwykonawcom, Zamawiający żąda przed podpisaniem umowy wykazu podwykonawców ze wskazaniem nazw, adresów i jaki zakres zamówienia będą oni wykonywali oraz oświadczenia podwykonawcy, iż zatrudnia 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.”

Jakkolwiek przystępujący zachował dużą powściągliwość, co do ujawniania swojej sytuacji i planów realizacji przedmiotowego zamówienia, dokumentacja złożonej oferty, wyjaśnienia udzielone na wezwanie zamawiającego, w tym ustalenia:

- 1) braku samodzielnej zdolności finansowej, braku samodzielnej wiedzy i doświadczenia - wymaganych w tym postępowaniu i poleganie na zasobach osób trzecich - firm mających siedziby w Chinach, co niezaprzeczalnie jest dozwolone art. 26 ust. 2b ustawy Pzp,
- 2) realizowanie w przeszłości, czy też obecnie dostaw umundurowania, których producentem były firmy chińskie,
- 3) powiązań kapitałowych i biznesowych z firmami chińskimi

- pozwalają na wyprowadzenie wniosków, że wykonawca UNIFEQ Europe sp. z o.o. faktycznie jest zainteresowany, aby zasadniczy element tego zamówienia to jest wytworzenie do 30 października 2015 r. (Zadanie nr 3) mundurów polowych wzór 2010 (bluza i spodnie) kpl. 46 500; (Zadanie nr 4) mundurów polowych wzór 2010 (bluza i spodnie) kpl. 24 000 - odbyło się w zakładach chińskich. Firmy takie 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 ich konkurencyjność cenowa, o czym powszechnie wiadomo opiera się na niskich kosztach pracy.

Przystępujący UNIFEQ Europe sp. z o.o. złożył oświadczenie, że sam zatrudnia ponad 50% osób niepełnosprawnych. Pełnomocnicy przystępującego, w trakcie rozprawy nie byli w stanie (wykazać) - zaprzeczyć, iż wykonawca ten faktycznie pełni tylko funkcje organizacyjne, zatem ilość zatrudnionych pracowników jest tylko z tym związana. Zdaniem Izby odpowiednio znaczący efekt społeczny, jaki zakłada przepis art. 22 ust. 2 ustawy Pzp może zapewnić aktywizacja zawodowa osób niepełnosprawnych zaangażowanych bezpośrednio w proces szycia przedmiotowego umundurowania, gdyż do wytworzenia zamawianych ilości produktu - potrzeba zatrudnienia stosownie dużej liczby osób.

Rację należało więc przyznać odwołującemu, że chodzi o firmy, które będą brały udział w wytworzeniu produktu. Inaczej można by było sobie wyobrazić, że firma zatrudniająca niewielką ilość pracowników np. dwie, z których połowa jest osobami niepełnosprawnymi uważa, że może wykonawcą takiego zamówienia organizując dostawy wykonywane przez zupełnie inny podmiot. Nie byłoby to prawidłowe wypełnienie dyspozycji

tej normy w zakresie aktywizacji zawodowej osób niepełnosprawnych, gdyż stanowiłoby obejście przepisów art. 22 ust. 2 Pzp, bowiem faktycznie zamówienie realizowałby inny podmiot, który nie musi mieć narzuconej normatywnie struktury zatrudnienia. Stąd już na etapie złożenia oferty powinien być ujawniony ewentualny podwykonawca danego zamówienia, i już przy złożeniu oferty winien on złożyć oświadczenie o odpowiednim parytecie osób niepełnosprawnych. Tylko taki sposób przeprowadzenia postępowania gwarantuje spełnienie przesłanek art. 22 ust. 2. Art. 22 ust. 2 przełamuje zasadę, iż na etapie składania ofert nie jest konieczne podawanie nazw podwykonawców, gdyż stanowi samoistne kryterium (podmiotowe).

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że w oparciu o warunki SIWZ, w szczególności omawiane wyżej postanowienia w Rozdziale XIV, pkt. 5 możliwe jest obejście przez przystępującego przepisu art. 22 ust 2 ustawy Pzp, chociażby poprzez wskazanie jako podwykonawcy którejś ze spółek powiązanych kapitałowo z przystępującym UNIFEQ Europe sp. z o.o., która przy niewielkim zatrudnieniu - spełni wymóg ponad 50% osób niepełnosprawnych. Jednocześnie, ani nie zostało zabronione, i poza wszelką kontrolą pozostaje możliwość zlecenia kolejnego podwykonawstwa między podwykonawcą UNIFEQ Europe sp. z o.o. a dalszym podwykonawcą - dowolnego zakresu zamówienia (nawet kluczowego) bez spełnienia wymogu zatrudnienia 50% osób niepełnosprawnych. Implikuje to ścisłe odnoszenie reguł art. 22 ust. 2 ustawy Pzp wprost do podwykonawcy - żądanie wskazania zakresu zamówienia, jak i odpowiedniego parytetu zatrudnienia osób niepełnosprawnych przy złożeniu oferty.

Izba nie przychyliła się do poglądów przystępującego i zamawiającego, że przestrzeganie warunków art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, mieści się wyłącznie w sferze zobowiązań kontraktowych wykonawcy i ich kontroli w trakcie realizacji umowy wykonania zamówienia publicznego. Postanowienia wzoru umowy nie dają zamawiającemu uprawnień kontroli podwykonawcy. Wprost przeciwnie, wykonawca UNIFEQ Europe sp. z o.o., który przy złożeniu oferty nie daje pełnych gwarancji zatrudnienia własnego lub przez podwykonawcę/podwykonawców - ponad 50% osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub EOG - przy wykonywaniu kluczowych elementów tego zamówienia - nie jest w ogólności uprawniony aby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a skoro złożył ofertę podlega wykluczeniu z postępowania, jako iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odrębnych od wyznaczonych art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a oferta jego winna podlegać odrzuceniu.

Przystępujący postąpił w myśl wadliwych wytycznych zamawiającego, zatem gdyby równocześnie nie zachodziły inne przesłanki do wykluczenia firmy z UNIFEQ Europe sp. z

o.o. z postępowania i odrzucenia złożonej oferty - Izba miałaby podstawy do nakazania wezwania do uzupełnienia dokumentów. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stoi jednak na przeszkodzie takiemu rozstrzygnięciu, albowiem wezwanie do złożenia brakujących, a niezbędnych do przeprowadzenia postępowania dokumentów w wyznaczonym terminie, nie dotyczy sytuacji, kiedy mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu z innych względów, lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zarzucając naruszenia art. 22 ust. 2 Pzp 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 EOG może być oceniane przez zamawiającego już po wyborze najkorzystniejszej oferty - znalazło potwierdzenie w materiale dowodowym sprawy. Konsekwencją naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, było wskazywane przez odwołującego naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu 6 - naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że wykonawca UNIFEQ Europe sp. z o.o. posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie postawione przez zamawiającego, podczas gdy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu powołał się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich, które nie będą brać udziału w realizacji zamówienia jak również zgodnie z treścią złożonej oferty sam wykonawca nie będzie brał faktycznego udziału w realizacji zamówienia, które w całości chce zlecić podwykonawcom - ocenie Izby podlegał sposób udostępnienia potencjału wiedzy i doświadczenia i realna możliwość jego wykorzystania przy realizacji zamówienia (gdyby zostało ono udzielone) w sposób wskazany w ofercie przystępującego.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, stanowi że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Z kolei, w treści § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), zostało sprecyzowane, że

jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, zamawiający w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać pkt. 2) dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania przez wykonawcę zasobów przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zgodnie z przywoływaną wyżej regulacją, dane te mają służyć zamawiającemu jako narzędzie weryfikacji, czy wykonawca będzie realnie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Przystępujący UNIFEQ Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu - Jihua 3502Career Apparel Co. Ltd South of Weshui Town, Jinxing Country China, że ten zobowiązuje się do oddania do dyspozycji firmie UNIFEQ Europe sp. z o.o. niezbędnych zasobów w zakresie swojej wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zakres udostępnionych zasobów obejmuje poświadczenia (referencje) prawidłowego wykonania 1 głównej dostawy, odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia o łącznej wartości powyżej 8 100 000,00 zł w przedmiocie mundurów polowych 20.07.2012 -30.10.2012 na rzecz Xingxing Jihua International Trading Co. Ltd. Beijing China.

Udostępnione zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia udostępniającego przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia będą miały charakter doradztwa i konsultingu przez cały okres trwania umowy pomiędzy UNIFEQ a Jihua. Udostępniający świadczyć będzie usługi na podstawie umowy z 15.04.2015 r. w zakresie doradztwa i konsultingu, udostępniający będzie świadczył usługi na rzecz UNIFEQ przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia.

Udostępniający nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia w całym okresie realizacji przedmiotowego zamówienia.

UNIFEQ Europe sp. z o.o. złożył oświadczenie, że będzie dysponował powyższymi zasobami, co jednak nie stanowi dowodu na okoliczność realności ich wykorzystania.

W ocenie Izby podstawowe znaczenie ma treść samego zobowiązania podmiotu trzeciego, które powinno wyczerpywać przesłanki ustawowe, i które nie może być zastępowane oświadczeniami własnymi wykonawcy ubiegającego się zamówienie, że będzie tymi zasobami dysponował. Wyjaśnienia wykonawcy mogą jedynie dodatkowo potwierdzać treść samego zobowiązania, jako oświadczenia woli podmiotu udostępniającego swój potencjał.

W przedstawionym zobowiązaniu zgodnie z wytycznymi rozporządzenia w sprawie dokumentów, wskazano:

- zakres udostępnianych wykonawcy zasobów - wiedzę i doświadczenie
- sposób wykorzystania zasobów - korzystanie z konsultingu i doradztwa
- charakter stosunku prawnego jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim - pozostał niedookreślony - umowy z 15.04.2015 r. w zakresie doradztwa i konsultingu, do której odwołuje się ww. zobowiązanie nie przedstawiono
- zakres i okres udziału innego podmiotu przy realizacji zamówienia - udostępnienie wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przez przystępującego przy wykonywaniu danego zamówienia.

Nawet przyjmując, że doradztwo i konsulting ze strony podmiotu - Jihua 3502Career Apparel Co. Ltd South of Weshui Town, Jinxing Country China byłyby wystarczające, bez udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, to nie można było jednocześnie dokonywać tej oceny w oderwaniu od całego zaistniałego kontekstu sytuacyjnego w danym postępowaniu przetargowym. W szczególności, że nie było wiadome w jakim zakresie zamówienie będzie wykonywał wykonawca UNIFEQ Europe sp. z o.o., który wręcz podał, że całość zamówienia, w tym w części 3 i 4 powierza podwykonawcy. Podmiot Jihua 3502Career Apparel Co. Ltd złożył zobowiązanie wsparcia wiedzą i doświadczeniem przystępującego UNIFEQ Europe sp. z o.o., a nie jakiegokolwiek jego nieoznaczonego podwykonawcy.

Za zasadny uznano więc zarzut dotyczący nieudowodnienia zamawiającemu, iż przystępujący UNIFEQ Europe sp. z o.o. w trakcie realizacji zamówienia będzie rzeczywiście i faktycznie dysponował zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego - Jihua 3502Career Apparel Co. Ltd Izba stwierdziła, że zamawiającemu nie złożono takich dowodów, które umożliwiłyby ustalenie, że przystępujący zapewnił sobie dysponowanie zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem zagwarantuje rzeczywisty dostęp do tego zasobu. O tym, że takiemu właśnie celowi mają służyć ww. dowody świadczy treść § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może

żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231).

Dostrzeżenia wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana jest dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni prounijnej, co w świetle orzecznictwa TS UE wynika z art. 10 TWE (zasada solidarności, obecnie art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej), oraz z art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 TFUE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia w prawie krajowym zakładanego przez nie rzeczywistego rezultatu) (*m.in. wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson)*). Jak wskazano w orzeczeniu TS UE w sprawie von Colson, *sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy*. Z kolei z wyroku TS UE w sprawie Marleasing wynika, że wykładnia prounijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe. Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (*por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE*). Jak wskazuje się w piśmiennictwie, *obowiązek sądu krajowego wykładni zgodnej z dyrektywą jest bowiem przedłużeniem obowiązku państwa członkowskiego należytej implementacji dyrektywy na poziomie orzeczniczym, jeżeli bez niej nie może zostać osiągnięty cel harmonizacji, a mianowicie nie tylko formalne, ale także rzeczywiste ujednoczenie porządku prawnego we Wspólnocie. Oznacza to, że sądy krajowe są włączone w proces implementacji dyrektyw, który obejmuje zasadniczo dwa etapy, a mianowicie etap legislacyjnej transpozycji dyrektywy do krajowego porządku prawnego (etap stanowienia prawa krajowego) i etap sądowej korekty niewłaściwej lub spóźnionej transpozycji lub albo jej braku w formie wspólnotowych lub krajowych instrumentów, w tym zwłaszcza obowiązek wykładni zgodnej (etap stosowania prawa krajowego) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE)*.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114). W myśl ww. przepisów prawa unijnego, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie

dysponował niezbędnymi zasobami np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Zgodnie z prawem unijnym, możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego nie jest nieograniczona, dopuszczalna jest w „stosownych sytuacjach” i w „przypadku konkretnego zamówienia”. Wykładni ww. pojęć dokonał zaś Trybunał Sprawiedliwości UE. *„Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.”* *„Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia.”* (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari). Trybunał w orzeczeniu tym wskazywał ponadto, że ciężar wykazania, że wykonawca faktycznie może korzystać przy wykonywaniu zamówienia z udostępnionych mu zasobów obciąża wykonawcę, który na takie udostępnienie się powołuje.

Izba stwierdziła, że przystępujący UNIFEQ Europe sp. z o.o. nie zdołał wykazać, że wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego wynikająca z faktu uprzedniego realizowania odpowiadającej zamówieniu dostawy znajdzie takie odzwierciedlenie w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, że pomimo iż zamówienie to uzyska podmiot nie posiadający wymaganej wiedzy ani doświadczenia, to jednak będzie realizował je tak jak podmiot taką wiedzę i doświadczenie posiadający. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego nie gwarantowała zamawiającemu, że wiedza i doświadczenia podmiotu trzeciego znajdą jakiegokolwiek przełożenie na status przystępującego. Ponieważ przystępujący nie legitymuje się wiedzą wymaganą przez zamawiającego, owo doradzanie i konsulting, aby zostało uznane za wsparcie o charakterze rzeczowym musi mieć charakter ścisły, bieżący. Za zastanawiający należy uznać fakt, że w świetle zobowiązania owo doradztwo na rzecz przystępującego UNIFEQ Europe sp. z o.o. wykonywane będzie przez podmiot posiadający siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej. Jeżeliby założyć, że rzeczywiście współpraca przystępującego i podmiotu trzeciego ma sięgać tak daleko, że uda mu się przekazać całą teorię co do sposobu wykonywania szycia umundurowania, to trudno uznać, aby przekazanie doświadczenia nastąpiło na odległość poprzez korespondencję za pośrednictwem faksu, czy też drogą elektroniczną. Wszak musiałaby to być współpraca i

nadzór bieżący, a nie dorywcze kontakty osobiste, aby produkty umundurowania spełniły szczegółowe wymagania odbiorowe upoważnionych jednostek organizacyjnych zamawiającego.

W ogólności jest wątpliwe zdalne przekazanie za pomocą dostępnych środków komunikacji - w drodze doradztwa - samego doświadczenia w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Albowiem doświadczenie to zasób praktycznych, nabytych umiejętności, wypracowanych z czasem - reakcji wynikających z faktu, że już się kiedyś analogiczne usługi szycia mundurów realizowało. Trudno zatem w ogólności przekazać drugiemu coś, co można nabyć jedynie samodzielnie.

Stanowiska Izby nie zmieniła argumentacja i wyjaśnienia przystępującego, że oprócz porozumiewania się środkami komunikacji na odległość, będą miały miejsce również bezpośrednie kontakty osobiste, gdyż wypełnienie tego sprowadzałoby się do uczestnictwa w realizacji zamówienia, czego kategorycznie podmiot udostępniający zasób wiedzy i doświadczenia odmówił.

Zdaniem Izby, skupianie się wyłącznie na stronie formalnej (złożenia jakiegokolwiek dokumentu nazwanego pisemnym zobowiązaniem do oddania zasobów, i abstrahując od jego treści i znaczenia w konkretnym postępowaniu), nie stanowi udowodnienia, że rzeczywiście zasoby te zostaną użyte przy realizacji zamówienia i stoi w sprzeczności z celami i brzmieniem przywoływanej regulacji dyrektywy, jak i przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Zjawisko takie prowadzi także do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, wynikającej z art. 7 ustawy Pzp jak i przepisów prawa unijnego (art. 2 dyrektywy). Na równi traktowani byłiby bowiem wykonawcy, którzy stosowną wiedzę i doświadczenie posiadają, jak i ci którzy ich nie posiadają, nie zapewniając sobie jednocześnie na czas wykonywania zamówienia realnego wsparcia podmiotu trzeciego, który legitymuje się stosownym doświadczeniem. Skutkowałoby to dopuszczeniem do realizacji zamówienia przez wykonawcę, który nie posiada stosownego doświadczenia (czy to własnego, czy też zapewnionego), zaś stosowne, minimalne doświadczenie nabywa dopiero w procesie wykonywania zamówienia publicznego, lub też nie - gdyż faktycznie zamówienie ma wykonać podwykonawca.

Biorąc powyższe pod uwagę, z uwagi na niedostateczny sposób udowodnienia faktu możliwości realnego polegania na zasobie podmiotu trzeciego i faktycznej możliwości jego wykorzystania, Izba uwzględniła zarzut 6 - naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp przez zamawiającego - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że wykonawca UNIFEQ Europe sp. z o.o. posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie wymagane w SIWZ.

Przedłożony dokument zobowiązania Jihua 3502Career Apparel Co. nie wykazuje w swej treści braków w porównaniu z zakresem dyspozycji § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, aby można było nakazać zamawiającemu wykonanie czynności wezwania przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wadliwego dokumentu składanego na potwierdzenie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Wprost sposób udostępnienia zasobu wiedzy, a zwłaszcza zasobu doświadczenia poprzez doradztwo i konsultacje - na taką odległość - nie daje możliwości realnego wykorzystania wsparcia w deklarowanej postaci, a wręcz może świadczyć o pozorności tych deklaracji, których wyłącznym celem jest formalne przedłożenie wymaganego dokumentu. Ponadto art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie mógłby znaleźć zastosowania z uwagi na fakt, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu, gdyż wykonawca UNIFEQ Europe sp. z o.o. sprzecznie z przepisem ustawy i wskazaniem SIWZ nie oznaczył w ofercie zakresu zamówienia w ramach części, na które oferta została złożona - powierzanego podwykonawcy oraz nie spełnił przesłanki zdolności do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, jako zastrzeżonego dla oznaczonego kręgu wykonawców w myśl art. 22 ust. 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji naruszenia przez zamawiającego wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp, potwierdzenie znalazł również zarzut 1 - uchybienia zasadom ustanowionym w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszenie zasady udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Stwierdzone naruszenia miały wpływ na wynik postępowania, skoro zamawiający wybrał na część 3 i 4 zamówienia ofertę, która podlegała odrzuceniu, a wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na podstawie § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu

na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....