

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

W myśl przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej: „Pzp”), możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego została ograniczona do wykonawców spełniających określone przez zamawiającego, na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu oraz niepodlegających wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp. Dodatkowo, zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający, może zastrzec, iż o udzielenia zamówienia publicznego, w prowadzonym przez niego postępowaniu ubiegać się mogą wyłącznie wykonawcy, zatrudniający w ponad 50 % 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.

Wprowadzenie do przepisów ustawy Pzp regulacji art. 22 ust. 2 ustawy miało na celu 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). W konsekwencji, w postępowaniach zastrzeżonych w oparciu o dyspozycję tego przepisu, mogą wziąć udział wyłącznie wykonawcy, którzy wykażą, iż charakteryzują się określoną strukturą zatrudnienia, w której ponad 50% pracowników stanowią osoby niepełnosprawne. Wykonawcy, warunek zatrudnienia ponad 50% pracowników niepełnosprawnych, określa natomiast wyłącznie strukturę zatrudnienia istniejącą u wykonawcy dopuszczonego do udziału w postępowaniu, bez oceny doświadczenia, czy też wiedzy tych osób (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2012 r. sygn. akt: KIO 2255/12).

Na odrębny sposób traktowania ww. warunków wskazują również przepisy ustawy Pzp oraz postanowienia 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), w tym brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy, w który odnosi się wyłącznie do treści warunków z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 1 i § 5 rozporządzenia, które traktują odrębnie dokumenty składane na potwierdzenie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz oświadczenia wykonawcy o zatrudnieniu ponad 50% osób niepełnosprawnych.

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 konsorcjum 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 spełnienie przez jednego z konsorcjantów warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, odmiennie niż np. w przypadku dysponowania określoną wiedzą i doświadczeniem nie będzie automatycznie powodowało spełnienia warunku przez całe konsorcjum.

W konsekwencji, 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.

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 (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2012 r., sygn. KIO 2249/12). 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.

- 1. 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 ust. 1 art. 22 ustawy Pzp warunków udziału w postępowaniu.**
- 2. Istotą ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie do wykonawców, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne jest uprzywilejowanie kręgu podmiotów o określonym profilu zatrudnienia i *de facto* ograniczenie konkurencji wyłącznie do podmiotów zatrudniających osoby niepełnosprawne na określonym w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp poziomie.**
- 3. 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.**