

WYROK

Warszawa, dnia 13 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, Klavo sp. z o.o. w Warszawie, Darania sp. z o.o. w Krakowie oraz Zarja sp. z o.o. w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Stary Teatr im. Heleny Modrzejewskiej w Krakowie

przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego, wykonawcy TARGET sp.j. A.Ł., M.R. w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołujących i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

2.2. zasądza od Odwołujących, wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, Klavo sp. z o.o. w Warszawie, Darania sp. z o.o. w Krakowie oraz Zarja sp. z o.o. w Krakowie na rzecz Zamawiającego, Narodowego Starego Teatru im. Heleny Modrzejewskiej w Krakowie kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 327/25

Uzasadnienie

Zamawiający, Narodowy Stary Teatr im. Heleny Modrzejewskiej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie obsługi widzów na spektaklach prezentowanych na scenach Narodowego Starego Teatru oraz prowadzenie sprzedaży biletów do MICET oraz gadżetów reklamowych. Numer referencyjny: ZP.28211/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 grudnia 2024 r., pod nr: 2024/BZP 00652065. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 29 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, spółek: Klavo sp. z o.o. w Warszawie, Darania sp. z o.o. w Krakowie oraz Zarja sp. z o.o. w Krakowie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert, zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy TARGET sp.j. A.Ł. M.R. oraz wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 stycznia 2025 r.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm., dalej jako „PZP”), tj.:

1) 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, TARGET Spółka Jawna A.Ł. M.R. jako niespełniającej wymogów Zamawiającego, a to poprzez:

a) skierowanie do wykonania zamówienia osób, które nie będą w stanie należycie je wykonać:

i. ze względu na zakaz świadczenia pracy przez osoby niepełnosprawne w porze nocnej, podczas gdy wtedy także trwają spektakle u Zamawiającego,

ii. ze względu na wymagający charakter obowiązków i bariery architektoniczne mogące wykluczać prawidłowe wykonanie zamówienia przez osoby posiadające niektóre niepełnosprawności,

b) zapewnienie zbyt małej ilości etatów w stosunku do wymogów SWZ;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, TARGET Spółka Jawna A.Ł. M.R. (dalej jako: „TARGET”), która winna podlegać odrzuceniu, jak zawierającej rażąco niską cenę, a to pomimo:

a) niewykazania posiadania dofinansowania z PFRON oraz pominięcia skróconego wymiaru czasu pracy osób z niepełnosprawnością, co miało wpływ na wyliczenie ceny,

b) skalkulowania oferty TARGET z pominięciem szeregu istotnych kosztów, w tym kosztów zastępstwa pracowników podczas urlopów,

c) przyjęcia przez TARGET niektórych kosztów i zysku w nierynkowej, oczywiście zaniżonej wysokości.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) ponowienia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem treści SWZ, faktów i analizy przedstawionej w niniejszym odwołaniu,

3) odrzucenia oferty Target z postępowania.

Ponadto, Odwołujący wnieśli o nakazanie Zamawiającemu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm przypisanych.

Jak uzasadnili w odwołaniu, wykonawca TARGET w wyjaśnieniach w przedmiocie rażąco niskiej ceny oświadczył, że do realizacji zamówienia skieruje osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności, podczas gdy w świetle przepisów prawa takie osoby nie mogą pracować w porze nocnej, tj. w godzinach 21:00-7.00. Wywodzą z tego, że z zespołu TARGET, jedynie 3 osoby będą mogły świadczyć pracę w porze nocnej, zaś z Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik A do SWZ) wynika, że Zamawiający wymaga 6 pracowników do obsługi przedstawień i wydarzeń artystycznych. Wskazał, że ponadto również osoba pracująca na stanowisku Sprzedaż gadżetów i biletów do MICET, powinna pracować na stanowisku do zakończenia spektaklu na scenie Nowej lub Dużej, co powoduje, że łącznie 7 osób musi pracować w niektóre dni w porze nocnej. „Analizując bowiem repertuar Zamawiającego widocznym jest, że znaczna część przedstawień (nawet zakładając ich absolutnie punktualne rozpoczęcie i planową realizację) będzie kończyć się po godzinie 21. (...) Target nie wykazał w treści oferty ani składanych wyjaśnień, aby osoby te wyraziły zgodę oraz miały posiadać orzeczenie lekarskie dopuszczające ewentualną pracę w godzinach nocnych.” Stąd, Odwołujący wywodzą, że oferta TARGET nie spełnia wymogów Zamawiającego co do ilości osób mogących świadczyć obsługę spektakli. Ponadto, Odwołujący powołali się na fakt, że TARGET nie wskazał w treści oferty, ani składanych do niej wyjaśnień, żadnych informacji pozwalających wykluczyć niezdatność kierowanych przez niego osób do wykonania zamówienia, poprzestając na ogólnym zapewnieniu o braku wpływu niepełnosprawności. Podkreślili, że: „z ogólnodostępnych informacji dotyczących dostępności pomieszczeń Zamawiającego dla osób z niepełnosprawnościami wynika, że ze względu na historyczny charakter obiektu, występuje szereg przeszkód dla osób zwłaszcza z niepełnosprawnością ruchową, takie jak kilka par drzwi wahadłowych wskazanych przez Zamawiającego jako potencjalna przeszkoda, czy utrudnione przejście dla osób z niepełnosprawnością na scenę Kameralną, które jest możliwe tylko w asyście właśnie osoby z obsługi. Jeżeli zatem widzowie z niepełnosprawnością mogą mieć problem z prawidłowym przemieszczaniem się, analogiczne problemy mogą mieć niepełnosprawne osoby z obsługi, które mają dodatkowo za zadanie pomóc właśnie niepełnosprawnym widzom.” Powołali się na pkt 6 OPZ opisujący zasady realizacji obsługi przedstawień i wydarzeń artystycznych wskazujący na konkretne obowiązki osób skierowanych do realizacji zamówienia. Wykluczyli brak możliwości podania w wyjaśnieniach wykonawcy, danych dotyczących rodzaju niepełnosprawności z uwagi na art. 9 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej jako: „RODO”), skoro jego zdaniem możliwe było odniesienie się do poszczególnych przesłanek uznania osoby za niepełnosprawną w stopniu umiarkowanym w sposób opisowy, bez podawania konkretnych jednostek chorobowych oraz bez przypisania ich do poszczególnych osób, co nie stanowiłoby podania danych osobowych. Ponadto, zdaniem Odwołujących, TARGET powinien był pozyskać zgody na ujawnienie tych danych osobowych, ewentualnie tak skonstruować swoją ofertę, aby jej zgodność z warunkami zamówienia nie budziła wątpliwości lub była możliwa do weryfikacji. Odwołujący wskazali również, że TARGET nie wykazał w wyjaśnieniach, że

przystosował stanowiska do potrzeb poszczególnych osób zgodnie z ustawą o rehabilitacji i jakie są konieczne do poniesienia w tym zakresie koszty. Odwołujący podnieśli również, że wykonawca TARGET nie będzie w stanie zrealizować opisanym przez siebie zespołem 4 pracowników posiadających orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym i po zaoferowanej cenie liczby godzin opisanej w OPZ i przyjętej przez TARGET na potrzeby kalkulacji ceny, z uwagi na prawne ograniczenia czasu pracy osoby niepełnosprawnej (7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo). Co więcej, ich zdaniem sposób obliczenia ceny przez TARGET, zaprezentowany w wyjaśnieniach z dnia 13 stycznia 2025 r., jest błędny i stawka godzinowa, a w konsekwencji faktyczna cena oferty, tak w zakresie podstawowym, jak i opcjonalnym, powinna być wyższa. W zakresie dotyczącym zarzutu odnoszącego się do zaniechania odrzucenia oferty TARGET z uwagi na rażąco niską cenę, Odwołujący wskazali, że kwestionują wskazaną przez TARGET stawkę godzinową sumy kosztów pracy pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym, wobec faktu, że TARGET nie wykazał faktu posiadania dofinansowania z PFRON. Ich zdaniem, pomimo, że obliczony przez Odwołujących koszt pracy osób niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym nie różni się istotnie od kwoty wskazanej w wyjaśnieniach TARGET, to jak wskazali Odwołujący, miesięcznie zespół skierowany przez TARGET wypracowywałby o 91,03 h zbyt mało, zaś w celu zapalenia tej luki konieczne byłoby zatrudnienie dodatkowej osoby, co jednocześnie byłoby sprzeczne z wyjaśnieniami TARGET, jednoznacznie określającymi zespół i jego koszty. Ponadto, zdaniem Odwołujących, wykonawca TARGET powinien mieć jeszcze jedną osobę – wyłącznie do zastępstw urlopowych, zaś koszt pracodawcy powinien być wyższy w zależności od pracownika zastępującego – czego nie uwzględnił w swoich wyjaśnieniach. Według Odwołujących, Przystępujący nie uwzględnił również kosztów zastępstwa w przypadku skorzystania ze zwolnienia na uczestniczenie w turnusie rehabilitacyjnym, ani innych kosztów, takich jak koszt polisy OC, czy też obsługi kadrowej i księgowej. Odwołujący wskazali również na nierzetelną wycenę przez Przystępującego pozostałych kategorii kosztów, tj. kosztów pośrednich obsługi kontraktu, czy rezerwy na ewentualne koszty nieprzewidziane, zysku, kosztów zarządzania. W ocenie Odwołujących oferta TARGET nie uwzględnia kosztów w wysokości co najmniej 97.859,80 PLN, co stanowi blisko 1/3 oferty.

W odpowiedzi z dnia 10 lutego 2025 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, z uwagi na jego całkowitą bezzasadność oraz zasądzenie od Odwołujących na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania. Odnosząc się do pierwszego zarzutu, dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, wskazał, że w SWZ nie żądał wskazania przez składających oferty godzin nocnych, do pracodawcy, czyli wykonawcy należy określenie pory nocnej dla pracowników, sam zaś przewidział w zakresie podstawowym maksymalnie 40 godzin dla wydarzeń po 21:00. „Ponadto, bazując na swoim doświadczeniu i wiedzy powszechnej, Zamawiający uznał, że przedsiębiorstwa wyspecjalizowane w obsłudze instytucji kultury, takie jak Przystępujący, mają taką porę nocną określoną w godzinach późniejszych niż 21:00, gdyż bardzo często wydarzenia w instytucjach kultury kończą się po 21:00.” Przyznał rację Odwołującemu, że generalnie rzecz biorąc osoby niepełnosprawne nie mogą być zatrudniane w porze nocnej i w godzinach nadliczbowych, niemniej – jak wskazał – art. 16 ust 1 pkt 2) ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych wprowadza wyjątek, gdy, na wniosek osoby zatrudnionej, lekarz prowadzący badania profilaktyczne lub w razie jego braku lekarz sprawujący opiekę nad tą osobą wyrazi na to zgodę. „Zamawiający, po przeanalizowaniu wyjaśnień przedłożonych przez Przystępującego, jak i bazując na swoim doświadczeniu i wiedzy, doszedł do wniosku, że ponieważ powszechnym jest zatrudnianie osób z niepełnosprawnościami do obsługi wydarzeń kulturalnych, to osoby takie co do zasady dysponują zgodą lekarza, na nie stosowanie wobec nich ograniczeń wynikających z art. 15 ustawy o rehabilitacji.” Stąd, Zamawiający uznał, że wyjaśnienia wykonawcy TARGET nie budzą jego wątpliwości co do wycień ceny ofertowej, jak również co do spełniania przez ofertę wymogów Zamawiającego zawartych w SWZ. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego skierowania do wykonania zamówienia osób niepełnosprawnych, które nie będą w stanie należycie go wykonać ze względu na wymagający charakter obowiązków i bariery architektoniczne, podniósł, że w ramach obsługi widowni oraz prowadzenia sprzedaży istnieje szereg różnych stanowisk o własnej specyfice (obsługa szatni, kontrola biletów, wskazywanie miejsc i pomoc widzom, sprzedaż w sklepiku), zaś Zamawiający ocenia pracę przy obsłudze widowni i prowadzeniu sprzedaży za pracę lekką i nie wiążącą się z koniecznością mierzenia się z barierami architektonicznymi, co za tym idzie nie pozwalającą na wykluczenie osób niepełnosprawnych z możliwości jej wykonywania a priori. „Dodatkowo Zamawiający pragnie zaznaczyć, że jako państwowa instytucja kultury, całkowicie wpiera działania mające na celu aktywizację zawodową osób niepełnosprawnych.” Powołał się na zadeklarowane przez wykonawcę doświadczenie przy obsłudze przedstawień lub wydarzeń artystycznych, które powinno zapewnić prawidłowość wykonania przedmiotowej usługi. Podkreślił, że nigdzie w dokumentacji do przedmiotowego zamówienia Zamawiający nie wskazywał ilości wymaganych etatów – wymaganiem było dysponowanie przez wykonawcę 12

osobami oraz zatrudnienie pracowników na umowę o pracę. Odnosząc się do ograniczenia wymiaru czasu pracy osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności podniósł, że sytuacja jest podobna jak w przypadku pracy nocnej, tj. brak jest takiego ograniczenia, jeżeli na wniosek osoby niepełnosprawnej zgodę wyrazi lekarz. „Ponieważ Przystępujący w swoich wyjaśnieniach wskazał, że przewiduje dla zatrudnionych przez siebie osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności standardowy 8 godzinny wymiar pracy, to nie budziło wątpliwości Zamawiającego, że skierowane do wykonywania przedmiotowego zamówienia osoby z niepełnosprawnością, będą posiadały taką zgodę i będą mogły wykonywać pracę w wymiarze 8 godzin.” Wskazując z kolei na zarzut rażąco niskiej ceny, Narodowy Stary Teatr podniósł, że po przeanalizowaniu wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w przedmiocie podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny, uznał, że są one wystarczające i wykazują, że złożona przez Przystępującego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Jak wskazał, bazując na swojej wiedzy i doświadczeniu, przyjął za niewątpliwie, że jest powszechną praktyką zatrudnianie osób z niepełnosprawnościami, a co za tym idzie korzystanie przez przedsiębiorców z dofinansowania na zatrudnienie tych osób z PFRON. „Zamawiający analizując przedstawione wyjaśnienia zbadął, czy podane wartości dofinansowań są prawidłowe, zgodnie z art. 26a ust. 1 ustawy o rehabilitacji... Po dokonaniu tejże analizy, Zamawiający ocenił, że podane wartości są zgodne z tymi przewidzianymi w ustawie, a co za tym idzie wyjaśnienia Przystępującego nie budziły wątpliwości Zamawiającego i uznał je wystarczające.” W ocenie Zamawiającego, z wyjaśnień wykonawcy TARGET wynika, że uwzględnił wskazane przez Odwołujących koszty świadczeń urlopowych i wynagrodzenia chorobowego – wyjaśnił, że przyjęta przez Przystępującego metodyka polega na doliczeniu do każdego z wynagrodzeń skierowanych pracowników odpowiedniej kwoty, która służy na pokrycie wynagrodzenia osoby skierowanej na zastępstwo w wypadku choroby lub urlopu. Podniósł również, że osoba niepełnosprawna ma prawo do skorzystania z 21 dni urlopu na uczestnictwo w turnusie rehabilitacyjnym, jednak nie ma takiego obowiązku, zatem biorąc pod uwagę zadeklarowane przez Przystępującego doświadczenie i dotychczasową praktykę, nie budziło wątpliwości Zamawiającego, że w przedstawionych wyliczeniach uwzględnił również to, czy i jak często jego pracownicy z niepełnosprawnością korzystali z uprawnienia do turnusu rehabilitacyjnego. Co do innych kosztów, które przywołali Odwołujący w odwołaniu, tj. koszt polisy OC, kosztów obsługi księgowo-kadrowej, zdaniem Zamawiającego, Przystępujący wyjaśnił te kwestie w swoich wyjaśnieniach i nie budzą one wątpliwości Zamawiającego – polisa odnosi się do całości prowadzonej działalności gospodarczej, została już nabyta i sfinansowana, zaś koszty kadrowo-księgowe to koszty stałe, zaś Przystępujący korzysta z pracy własnej wspólników spółki jawnej, a co za tym idzie nie stanowi to kosztu Przystępującego. Podniósł również, że Zamawiający nie jest uprawniony do oceny rynkowości zysku przewidzianego przez wykonawcę, gdyż kategoria zysku przy zamówieniach publicznych nie musi mieć charakteru finansowego i obejmuje również możliwość zdobycia doświadczenia, zapewnienie ciągłości funkcjonowania przedsiębiorstwa, utrzymania poziomu zatrudnienia w przedsiębiorstwie.

Do postępowania odwoławczego wpłynęło zgłoszenie przystąpienia – po stronie Zamawiającego – przez wykonawcę TARGET sp.j. A.Ł., M.R. w Warszawie z wnioskiem o oddalenie odwołania w całości jako kompletnie bezzasadnego. W piśmie procesowym z dnia 10 lutego 2025 r. Przystępujący na wstępie wskazał, że zaoferowana przez Przystępującego cena jest o niecałe 23% niższa od ustalonej wartości zamówienia, zatem już stąd wynika wątpliwość co do rażąco niskiej ceny. Powołał się również na fakt, że cena oferty Odwołującego jest o niecałe 5% wyższa od oferty Przystępującego, co potwierdza, że Przystępujący rzetelnie skalkulował koszty usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, obaj wykonawcy przyjęli te same założenia co do sposobu jego realizacji, w tym wyceny usługi, a występujące różnice w cenach biorą się przede wszystkim z odmiennych założeń co do wielkości zaplanowanego zysku. „Przed wszystkim chodzi o założenie, że do realizacji zamówienia przynajmniej w części skierowani zostaną pracownicy z orzecznym stopniem niepełnosprawności. W przeciwnym wypadku, obie oferty byłyby nierentowne, ponieważ za zaoferowaną cenę nie sposób byłoby pokryć wszystkich kosztów związanych z utrzymaniem pracowników skierowanych do realizacji zamówienia, nie mówiąc już o zysku i innych pomniejszych kosztach usługi.” Podkreślił w szczególności, że Odwołujący nie zakwestionował ilości roboczogodzin wyliczonych przez Przystępującego na potrzeby wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Wyjaśnił, że gdyby więc przyjąć założenie Odwołującego, iż Przystępujący nie doszacował w swojej ofercie kwoty 97.859,80 zł, oznaczałoby to, że oferta Odwołującego jest niedoszacowana na kwotę 67.505,70. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego pracy w porze nocnej, Przystępujący wskazał, że Zamawiający nigdzie nie określił wymogu potwierdzenia dopuszczenia pracowników niepełnosprawnych do pracy w godzinach nocnych, toteż Przystępujący nie był zobowiązany udowodnić tych okoliczności. Podkreślił, że na rynku usług objętych przedmiotowym zamówieniem powszechne jest korzystanie z pracowników niepełnosprawnych, którzy niejako „wyspecjalizowali” się w wykonywaniu tego typu pracy i co do których lekarz wyraził zgodę na pracę w godzinach nocnych. Z kolei, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego wymagającego charakteru obowiązków i barier architektonicznych, wykonawca TARGET podniósł, że

zarzut ten jest absolutnie bezzasadny, bowiem powszechne jest zatrudnianie osób niepełnosprawnych w szczególności przy usługach związanych z obsługą wystaw, widowni, czy też szatni, przy czym wskazał, że istnieje szerokie spectrum chorób i dysfunkcji, które kwalifikują do uzyskania statusu osoby niepełnosprawnej i nie stanowią przeszkody w samodzielnym sprawnym poruszaniu się. „Dla przykładu można tutaj wskazać na niepełnosprawność z powodu chorób układu pokarmowego, chorób układu moczowo-płciowego czy też schorzenia endokrynologiczne, które nie uniemożliwiają wykonywanie samodzielnie obowiązków określonych przez Zamawiającego w ramach zamówienia.” Podkreślił, że pracodawca nie może dopuścić pracownika do pracy bez aktualnego orzeczenia stwierdzającego brak przeciwwskazań do pracy na określonym stanowisku, zaś Przystępujący potwierdził w złożonych wyjaśnieniach, iż stopień niepełnosprawności pracowników skierowanych do świadczenia usługi nie będzie miał wpływu na prawidłowe wykonywanie obowiązków związanych z realizacją powierzonych zadań oraz posiadających ważne badania lekarskie pozwalające na pracę na stanowiskach wymaganych w przedmiocie zamówienia. Ponadto, wskazał, że Zamawiający nie zakazał skierowania do realizacji zamówienia pracowników z konkretnymi schorzeniami. Odnosząc się do konieczności dostosowania stanowiska pracy do potrzeb osoby niepełnosprawnej, wskazał, że w praktyce dostosowanie miejsca pracy jest zindywidualizowane, w zależności od potrzeb i rodzaju schorzenia pracownika i zazwyczaj dotyczy to pracowników z upośledzeniem narządu ruchu, niemogących się poruszać bez odpowiedniego sprzętu – z doświadczenia Przystępującego wynika zaś, iż obsada stanowisk pracownikami niepełnosprawnymi, biorąc pod uwagę zakres obowiązków, wynikający z Opisu przedmiotu zamówienia (dalej jako: „OPZ”), nie stwarza to konieczności dostosowania tych stanowisk do potrzeb niepełnosprawnych. Niemniej, zdaniem wykonawcy TARGET, Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, jakiego rodzaju bariery architektoniczne mogą uniemożliwić wykonywanie pracy przez osoby niepełnosprawne. Podkreślił, że zamierza skierować pracowników, których schorzenie nie uniemożliwi wykonywania obowiązków wynikających z OPZ. Odnosząc się do zarzutu zapewnienia zbyt małej ilości etatów, wskazał, że przepisy prawa dopuszczają pracę osoby niepełnosprawnej w stopniu umiarkowanym w wyższym wymiarze czasowym, gdy lekarz wyrazi na to zgodę. W zakresie zarzutu niewykazania dofinansowania z PFRON, podniósł, że biorąc pod uwagę, że nie trzeba spełniać szczególnie restrykcyjnych warunków do otrzymania dofinansowania, co więcej, wypłata środków z PFRON nie wiąże się z wydaniem decyzji administracyjnej, a o wypłatę można na występować co miesiąc, irracjonalne byłoby wykazywanie, że Przystępujący korzysta z tego typu wsparcia na dzień złożenia wyjaśnień. Wskazał również, że w jego ocenie rzetelnie skalkulował koszty zastępstwa urlopowego oraz przedstawił metodę obliczenia odnosząc się do wymiaru urlopu zgodnego z przepisami powszechnie obowiązującymi. Odnosząc się do konieczności zapewnienia zastępstwa w przypadku skorzystania ze zwolnienia na uczestniczenie w turnusie rehabilitacyjnym, wskazał, że w świetle przepisów prawa zwolnienie to nie zależy od woli osoby niepełnosprawnej, ale od decyzji lekarza opiekującego się taką osobą, jeżeli jest to uzasadnione względami medycznymi, co więcej łącznie czas ww. zwolnienia oraz urlopu, a nie samego zwolnienia może wynieść maksymalnie 21 dni. Na marginesie wskazał, że w jego zakładzie pracy nigdy nie było skierowania pracownika na turnus rehabilitacyjny. Co do kosztów pośrednich i kosztów zarządzania wyjaśnił, że nie wpływają one w sposób istotny na cenę oferty, lecz nawet gdyby pojawiły się nieprzewidziane wydatki – założył bufor finansowy w równowartości zysku. W kwestii zarzutów dotyczących kwoty oszacowanego zysku wskazał, że jego zdaniem, fakt, że wykonawca osiągnie zysk (niezależnie od jego wysokości) z realizacji danego zamówienia przesądza o tym, że cena jest realna i tym samym nie jest rażąco niska, natomiast kwestia wysokości zysku jest indywidualną sprawą każdego przedsiębiorcy.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, Zamawiający, w ślad za wnioskiem o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, złożył fakturę na kwotę 4.428 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych i terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Odwołanie nie podlega również odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała także, że Odwołujący są uprawnieni do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiadają interes w uzyskaniu zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący są wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie niniejszego zamówienia. W niniejszym postępowaniu złożyli ofertę, która została sklasyfikowana na pozycji drugiej w rankingu ofert. Tym samym, jak wskazali w odwołaniu, ich zdaniem, wskutek uznania zarzutów niniejszego odwołania, oferta TARGET powinna zostać odrzucona, co z kolei spowodowałoby wybór oferty Odwołujących, jako najkorzystniejszej. Izba ustaliła, że w postępowaniu, wpłynęły dwie oferty, tj.: oferta Odwołujących z ceną brutto 659.956,66 zł oraz oferta wykonawcy TARGET z ceną brutto

629.602,56 zł. Kryteria oceny ofert, w świetle Rozdziału XIV Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”) stanowiły: 1) cena – 60 pkt, 2) doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – 20 pkt, 3) kwalifikacje zawodowe osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – znajomość polskiego języka migowego – 15 pkt, 4) kwalifikacje zawodowe osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – znajomość języka angielskiego – 5 pkt. Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24 stycznia 2025 r., oferta złożona przez Odwołujących uzyskała wskutek oceny Zamawiającego 97,24 pkt, zaś za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy TARGET – z punktacją 100 pkt. W efekcie, w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, bowiem gdyby odwołanie okazało się zasadne, wówczas oferta Odwołujących mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. W innym wypadku, Odwołujący mogą ponieść szkodę wynikającą z utraty spodziewanego zysku z realizacji zamówienia. Tym samym, spełnione są przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, wynikające z art. 505 PZP.

Do niniejszego postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – skutecznie przystąpił wykonawca TARGET sp.j. A.Ł., M.R. w Warszawie.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi w zakresie obsługi widzów na spektaklach prezentowanych na scenach Narodowego Starego Teatru im. H. Modrzejewskiej w Krakowie oraz usługi prowadzenia sprzedaży biletów do Muzeum Interaktywnego Centrum Edukacji Teatralnej MICET oraz sprzedaży gadżetów reklamowych. Zamawiający zastrzega możliwość skorzystania z prawa opcji polegającego na zwiększeniu zakresu świadczonej usługi o dodatkową liczbę przedstawień i godzin zarówno w okresie podstawowych 12 miesięcy jak poprzez zwiększenie okresu trwania umowy (do 3 miesięcy). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w Załączniku A do SWZ.

W Rozdziale II ust. 8 SWZ, Zamawiający poinformował, że w postępowaniu mają zastosowania wymagania związane z zatrudnianiem osób na podstawie stosunku pracy, o których mowa w art. 95 PZP.

Zamawiający dopuszcza wykonanie przedmiotu zamówienia przy udziale podwykonawców. Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie (w Formularzu Oferty) zakresu zamówienia, którego wykonanie powierzy podwykonawcom (Rozdział III ust. 5 SWZ).

Zamówienie będzie realizowane przez okres 12 miesięcy, licząc od dnia rozpoczęcia wykonywania usługi. Rozpoczęcie wykonywania usługi nastąpi nie wcześniej niż w dniu 1 lutego 2025 r. Zamawiający zastrzega możliwość skorzystania z prawa opcji do zwiększenia zakresu zamówienia tożsamyh usług do 3 miesięcy (Rozdział IV SWZ).

Zgodnie z Rozdziałem V ust. 2 pkt 4 lit. b) SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, tj. zdolności technicznej lub zawodowej – o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który dysponuje lub będzie dysponował osobami, które będą realizować zamówienie: 12 pracownikami posiadającymi minimum wykształcenie średnie, biegłą znajomość języka polskiego, znajomość języka angielskiego na poziomie minimum B1, podstawową znajomością udzielania pierwszej pomocy, co najmniej 3-miesięczne doświadczenie w wykonywaniu usługi obsługi przedstawień lub wydarzeń artystycznych oraz nie były prawomocnie skazane za popełnienie przestępstwa określonego w rozdziale XIX i XXV Kodeksu karnego, w art. 189a i art. 207 Kodeksu karnego oraz w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tj. Dz.U. z 2023 r., poz. 1939), lub za odpowiadające tym przestępstwom czyny zabronione określone w przepisach prawa obcego i nie były wpisane do „Rejestru Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym”.

Zamawiający nie wymaga złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych (Rozdział VIII SWZ).

Zgodnie ze wskazanym w Rozdziale XIII SWZ sposobem obliczenia ceny, cenę oferty należy podać w złotych polskich i wyliczyć na podstawie tabeli wyceniowej, znajdującej się w formularzu ofertowym, uwzględniając wszelkie koszty, opłaty i uzgodnienia niezbędne do wykonania zamówienia, podatki oraz rabaty, upusty itp., których wykonawca zamierza udzielić. Oferowana cena musi być zgodna z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jak wskazano w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym Załącznik A do SWZ, sprzedaż gadżetów i biletów do MICET wykonywana będzie w wymiarze czasu 1 osoba x 8 godzin od wtorku do niedzieli w godzinach od 11.30 do 19.30. oraz do zakończenia spektaklu na scenie Nowej lub Dużej w dniu, w którym spektakl jest prezentowany. Zamawiający wskazał również na szczegółowe obowiązki zatrudnionych osób w ramach wykonywania zamówienia. Wymagania w zakresie ilości pracowników potrzebnych do obsługi przedstawień i wydarzeń artystycznych Zamawiający przekazał wykonawcy z trzydniowym wyprzedzeniem. Liczba godzin: świadczone do godziny 21.00 zakres podstawowy: 3398, świadczone do godziny 21.00 opcja: 900, świadczone po godzinie 21.00 zakres podstawowy: 40, świadczone po godzinie 21.00 opcja: 8. Miejscem realizacji wymienionych w pkt. 1 wydarzeń są budynki Narodowego Starego Teatru im. Heleny Modrzejewskiej w Krakowie mieszczące się przy ul. Jagiellońskiej 1-5 i Starowiślnej 21.

Zgodnie z § 2 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SWZ, do wykonywania zadań objętych niniejszą umową Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę wszystkich osób wykonujących usługi opisane w przedmiocie zamówienia. W § 9 wzoru umowy Zamawiający dopuścił możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy pod określonymi warunkami.

Pismem z dnia 8 stycznia 2025 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, w trybie art. 224 ust. 1 PZP, do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, wskazując, że z wyjaśnienia powinno wynikać, że wykonawca kalkulując cenę uwzględnił fakt, że ma zapewnić wypłatę wynagrodzenia dla pracowników w stawce nie niższej niż wynagrodzenie minimalne w okresie wykonywania umowy, jak i że podana cena nie jest rażąco niska. „Wyjaśnienia winny kolorować ze stanem planowanego obłożenia pracownika Wykonawcy, skierowanego do wykonywania usługi, w liczbie godzin i liczbie osób, podanych w OPZ (załącznik do SWZ).” Ponadto, wskazał, że wyjaśnienia wraz z dowodami powinny dotyczyć oszacowania zaoferowanej ceny w szczególności, lecz nie wyłącznie, w zakresie cytującym przepis art. 224 ust. 3 PZP. Wyjaśnił ponadto, że: „Jeżeli pewne elementy cenotwórcze spośród powyżej wskazanych nie będą miały zastosowania do realizacji zamówienia, wówczas Wykonawca nie uwzględni danego elementu cenotwórczego w kalkulacji ceny oferty. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia (...) uwzględni wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać, dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie przykładowo przez przedstawienie szczegółowej kalkulacji, itp.” Zamawiający wytłumaczył, że wątpliwości Zamawiającego powstały po dokonaniu obliczeń w zakresie stawki godzinowej wynagrodzenia podanej w ofercie TARGET. „Posiadając wiedzę, że Oferent jest czynnym podatnikiem podatku Vat oraz, że usługa objęta zamówieniem jest objęta stawką 23 %, Zamawiający dokonał podzielenia stawki netto, ustalonej ze stawki brutto z oferty Wykonawcę adresata tego pisma, przez liczbę osobogodzin zgodnie z SWZ i ustalił, że stawka za jedną godzinę pracy jest niższa od stawki minimalnego wynagrodzenia (stawka z oferty 32,00 zł przy stawce ustalonej z minimalnego wynagrodzenia 33,87 zł). Podana kalkulacja wykazuje niższą stawkę wynagrodzenia dla pracownika od stawki minimalnego wynagrodzenia, jak i w sposób oczywisty nie uwzględni pokrycia innych kosztów niż samo wynagrodzenie dla pracownika, jak i nie zawiera elementu zysku.”

W odpowiedzi z dnia 13 stycznia 2025 r., TARGET wskazał po pierwsze na wyliczenia kosztów pracy, w ramach których przedstawił dane kwotowe dotyczące przewidywanych wynagrodzeń oraz ich składników, a także przyjętej do kalkulacji liczby roboczogodzin, wskazał, że do realizacji zamówienia skieruje 4 pracowników posiadających orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym, zatrudnionych na cały etat oraz 5 pracowników posiadających orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu lekkim na 1/4 etatu, których stopień nie będzie miał wpływu na prawidłowe wykonywanie obowiązków związanych z realizacją powierzonych zadań oraz posiadających ważne badania lekarskie pozwalające na pracę na stanowiskach wymaganych w przedmiocie zamówienia, dodatkowo wykonawca skieruje do realizacji zamówienia 3 pracowników zatrudnionych na 1/4 etatu, bez posiadanego orzeczenia o niepełnosprawności. TARGET wyjaśnił, że Zamawiający wymaga od wykonawcy do realizacji zamówienia dysponowania 12 pracownikami, pozostawiając w gestii wykonawcy na jaką część etatu będą zatrudnione poszczególne osoby. Podał, że informacje o stanie zdrowia pracownika są jego danymi osobowymi wrażliwymi, dlatego nie może ich ujawnić. Uwzględnił koszty zwolnień lekarskich, świadczenia urlopowe, dofinansowanie z PFRON. Kalkulacje rozdzielił w zależności od stopnia niepełnosprawności pracowników lub braku orzeczenia o niepełnosprawności. Nadto, wykonawca TARGET w wyjaśnieniach wskazał na koszty administracyjne, w tym koszty nadzoru nad realizacją zamówienia, ubezpieczenie tj. koszty polisy, przy czym wskazał, że nie wpływają one na koszty realizacji zamówienia, bowiem polisa obejmuje całą działalność wykonawcy i stanowi wydatek bez względu na pozyskanie zamówienia. Uwzględnił koszty badań okresowych oraz przewidział zysk.

W dniu 17 stycznia 2025 r. Zamawiający skierował do TARGET wezwanie do uzupełnienia powyższych wyjaśnień poprzez wskazanie, dlaczego w kosztach ogólnych wykonawca nie uwzględnił kosztów związanych z wykonywaniem umowy, np. obsługi księgowo-kadrowej, czy kosztów zarządu oraz poprzez wyjaśnienie, jakie czynności wykonawca rozumie za nadzór i w jakim wymiarze czasu miesięcznie przewiduje wykonywanie tych czynności.

W odpowiedzi z dnia 21 stycznia, TARGET dodatkowo wyjaśnił, iż koszty obsługi kadrowo-księgowej w działalności prowadzonej przez wykonawcę są kosztami stałymi, wykonawca zatrudnia wykwalifikowany personel i nie będzie zatrudniał dodatkowych pracowników, dlatego pozyskanie zamówienia nie będzie generowało po stronie wykonawcy wzrostu tych kosztów. Podobnie co do kosztów zarządu. Z kolei w odniesieniu do odpowiedzi na pytania dotyczące rozumienia nadzoru nad realizacją zamówienia, wykonawca TARGET wskazał, że rozumie przez to sprawowanie nadzoru nad poprawnością realizacji kontraktu wykonywaną przez wspólników spółki TARGET, przy czym wynagrodzenie wspólników pochodzi z zysku wypracowanego przez spółkę, zaś do czynności nadzoru nie będą delegowani odrębnie pracownicy. Wyjaśnił, iż wszystkie powyższe koszty wykonawca jest w stanie obniżyć ze względu na pracę własną wspólników spółki posiadających niezbędne kwalifikacje, doświadczenie i wykształcenie. Na koniec wskazał, że w cenie oferty wykonawca uwzględnił pełen zakres realizacji zamówienia zgodnie z postanowieniami SWZ, zaś zaoferowana cena umożliwi realizację zamówienia w sposób prawidłowy.

Pismem z dnia 24 stycznia 2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej TARGET.

Izba zaliczyła w poczet akt postępowania:

- 1) dokumentację przekazaną przez Zamawiającego w postaci elektronicznej, która wpłynęła do akt sprawy w dniu 7 lutego 2025 r., w szczególności:
- Ogłoszenie o zamówieniu,
 - SWZ wraz z załącznikami,
 - Oferty wykonawców,
 - Wezwanie z dnia 8 stycznia 2025 r. do wyjaśnień skierowane do wykonawcy TARGET w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z odpowiedzią z 13 stycznia 2025 r.,
 - Wezwanie z dnia 17 stycznia 2025 r. do uzupełnienia wyjaśnień skierowane do wykonawcy TARGET w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z odpowiedzią z 21 stycznia 2025 r.,
 - Pismo Zamawiającego z dnia 10 stycznia 2025 r.,
 - Informacja z otwarcia ofert z 23 grudnia 2024 r.,
 - Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 stycznia 2025 r.
- 2) dowody załączone przez Odwołujących do odwołania, na fakty powołane przez stronę:
- Wydruk ze strony internetowej Zamawiającego „Pierwiastek z minus jeden”.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Izba stwierdziła, że oferta wykonawcy TARGET sp.j. A.Ł., M.R. nie podlega odrzuceniu ani na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, ani na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 8 PZP, skoro jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia i nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba przeanalizowała argumentację stron, zapoznała się z treścią wezwań skierowanych przez Zamawiającego do wykonawcy TARGET, a także treścią wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w odpowiedzi i nie stwierdziła naruszeń wskazanych w odwołaniu.

–Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, TARGET Spółka Jawna A.Ł. M.R. jako niespełniającej wymogów Zamawiającego, wskutek zapewnienia zbyt małej ilości etatów w stosunku do wymogów SWZ oraz skierowania do wykonania zamówienia osób, które nie będą w stanie należycie je wykonać, po pierwsze ze względu na zakaz świadczenia pracy przez osoby niepełnosprawne w porze nocnej, podczas gdy wtedy także trwają spektakle u Zamawiającego, po drugie ze względu na wymagający charakter obowiązków i bariery architektoniczne mogące wykluczać prawidłowe wykonanie zamówienia przez osoby posiadające niektóre niepełnosprawności.

Izba rozpatrzyła powyższy zarzut w kontekście wskazywanych przez Odwołujących okoliczności i stwierdziła, że Odwołujący nie podotali ciężarowi dowodu w tym zakresie. Tym samym, nie wykazali, że oferta wykonawcy TARGET powinna podlegać odrzuceniu, z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Podkreślić należy, co zdają się pomijać Odwołujący w niniejszej sprawie, że w świetle art. 535 PZP, postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym obowiązuje rozkład ciężaru dowodu obciążający obowiązkiem dowodzenia tego, kto twierdzi, a nie tego kto zaprzecza („ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat”). Odwołujący nie udowodnili zaś podnoszonych twierdzeń – w ramach ciężaru dowodowego powołali się na dokumenty stanowiące załączniki do protokołu postępowania, a ponadto złożyli jedynie wydruk ze strony internetowej Zamawiającego potwierdzający, że przedstawienie Pierwiastek z minus jeden, trwa 2 godz. 10 minut i odbędzie się w dniach 13 – 16 marca, rozpoczynać się będzie zaś o godz. 19:15. Wykazali tym samym, że Przystępujący złożył wyjaśnienia o kwestionowanej przez nich treści w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego oraz, że jedno z przedstawień odbywających się w teatrze przez cztery dni w marcu zakończy się nie wcześniej niż o godz. 21.25. Nie wykazali nic ponad to. Nie wykazali jednak przede wszystkim tego, by wskazane przez nich aspekty stanowiły warunki zamówienia. Zgodnie z ustawową definicją, przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 7 pkt 29 PZP). Warunki zamówienia powinny wynikać z dokumentów zamówienia. Jeżeli odwołujący kwestionuje zgodność treści oferty z warunkami zamówienia to powinien wskazać na te warunki, tj. powołać się na konkretne postanowienie specyfikacji warunków zamówienia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty musi dotyczyć wymogu – jasno wyrażonego w specyfikacji warunków zamówienia, tylko wówczas dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.

Tymczasem, z SWZ dotyczącego niniejszego postępowania nie wynika, by Zamawiający wymagał pracy w porze nocnej. Jak słusznie wskazał bowiem Zamawiający, pracodawca ma uprawnienie do samodzielnego określenia pory nocnej w wymiarze 8 godzin między godzinami 21.00 a 7.00, zgodnie z art. 151⁷ Kodeksu pracy, zaś w SWZ Zamawiający wskazał jedynie, iż niektóre wydarzenia będą odbywać się po godzinie 21:00 i przewidział w zakresie podstawowym

maksymalnie 40 godzin dla wydarzeń po 21:00. W dalszym ciągu nie oznacza to, że pracownicy wykonawcy będą wykonywać pracę w porze nocnej, a tym bardziej nie oznacza, że Zamawiający wymagał pracy w porze nocnej. Ponadto, jakkolwiek, zgodzić się należy z teoretycznym wywoływaniem w zakresie przywołania regulacji ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. Nr 123, poz. 776 ze zm.), w tym art. 15 ust. 3, zgodnie z którym osoba niepełnosprawna nie może być zatrudniona w porze nocnej. To jednak, zarzut Odwoływających został oparty o założenie, że pracownicy zatrudniani przez wykonawcę TARGET nie dysponują zgodą lekarską uchylającą taki zakaz (art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy), czego jednak Odwoływający nie udowodnili, Przystępujący zaś temu zaprzeczył, wskazując, że dysponuje takimi pracownikami. Ponadto, słusznie wskazał Przystępujący, że skoro w SWZ nie zawarto wymogu potwierdzenia dopuszczenia pracowników niepełnosprawnych do pracy w nadgodzinach liczbowych, to wykonawca nie był zobowiązany do udowodnienia Zamawiającemu spełnienia tego wymogu.

W zakresie odnoszącym się do zarzutu braku możliwości realizacji zamówienia przy pomocy skierowanych przez wykonawcę TARGET pracowników z orzeczeniem o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności z uwagi na bariery architektoniczne i wymagający charakter obowiązków, ponownie należy podnieść, że argumentacja odwołania jest zbyt ogólna, w szczególności Odwoływający nie wskazali na konkretne bariery i na konkretne trudności w wykonywaniu pracy składającej się na przedmiot zamówienia przez osoby skierowane do realizacji zamówienia. Odwoływający nie powołali się w tym zakresie na żadne postanowienie SWZ, które stanowiłoby o ww. barierach, wprowadzałoby wymagania z nimi związane i świadczyłoby o tym, że praca wykonywana w ramach zamówienia jest – jak to nazwali Odwoływający – „wymagająca”. Odwoływający, swoje twierdzenia oparli o „ogólnodostępne informacje”, które znaleźli na stronie internetowej <https://stary.pl/pl/teatr-bez-barier/>. Tym samym, już na wstępie – nie wykazali, że podnoszone przez nich aspekty realizacji zamówienia stanowią jego warunki w rozumieniu definicji ustawowej. Odwoływający poprzestali na wskazaniu, że to wykonawca TARGET nie wskazał, w treści oferty ani złożonych wyjaśnień, żadnych informacji pozwalających wykluczyć niezdatność kierowanych osób do wykonywania zamówienia, nie zważając na okoliczność, że Zamawiający nie zawarł w SWZ zakazu zatrudniania osób niepełnosprawnych, ani nie wskazał na żadne wymogi w tym zakresie, w tym odnoszące się do barier architektonicznych teatru. Wprost przeciwnie, w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, zaś w swoim piśmie procesowym Przystępujący – wskazali, że na rynku tego rodzaju usług powszechne jest korzystanie z pracowników niepełnosprawnych, przy czym istnieją różne rodzaje schorzeń, które z jednej strony prowadzą do orzeczenia o niepełnosprawności, a z drugiej nie uniemożliwiają tej osobie wykonywania określonych obowiązków na pewnych rodzajach stanowisk pracy. To zadaniem wykonawcy w niniejszym postępowaniu jest odpowiedni dobór pracowników do realizacji zamówienia, z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego, zaś skoro Zamawiający nie zawarł żadnych wymogów w SWZ w zakresie odnoszącym się do zatrudniania przy realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych, to wykonawca TARGET nie był zobowiązany do wykazania Zamawiającemu, czy to w ofercie, czy to w wyjaśnieniach, że – jak tego chce Odwoływający – osoby skierowane przez Przystępującego do wykonania zamówienia będą w stanie wykonywać swoje obowiązki. Podobnie, w zakresie warunków zamówienia, irrelevantne pozostaje, czy wykonawca przystosuje stanowiska pracy do potrzeb osób niepełnosprawnych.

Ponadto, Odwoływający podnosili, że wykonawca TARGET błędnie przyjął w swoich wyliczeniach 4 pracowników niepełnosprawnych z dobowym i miesięcznym wymiarem pracy odpowiednio 8 i 168 godzin, podczas gdy regulacja art. 15 ust. 2 ustawy zastrzega, że czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo. Z powyższym nie sposób się zgodzić. W tym zakresie, słusznie podnosił Zamawiający, że nigdzie w dokumentacji przedmiotowego zamówienia Zamawiający nie wskazywał ilości wymaganych etatów. Przede wszystkim jednak, Odwoływający błędnie pomijają fakt, że – podobnie jak w przypadku świadczenia pracy w porze nocnej – art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy wprowadza wyjątek od ww. maksymalnego czasu pracy osób niepełnosprawnych zaliczonych do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, jeżeli lekarz przeprowadzający badania profilaktyczne pracowników lub w razie jego braku lekarz sprawujący opiekę nad tą osobą wyrazi na to zgodę. Odwoływający założyli, że pracownicy Przystępującego takimi zgodami nie dysponują, lecz tego nie udowodnił. Jako, że warunkiem zamówienia nie było zatrudnienie osób niepełnosprawnych w ponadwymiarowym czasie pracy – to wykonawcy nie byli zobowiązani do wykazania Zamawiającemu, że zakaz z art. 15 ust. 2 ustawy nie dotyczy ich pracowników. Istotne jest zaś, że zgodnie z postanowieniami SWZ, Zamawiający wymagał, by wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował osobami, które będą realizować zamówienie: 12 pracownikami, zaś co do tego, że Przystępujący spełnił ten warunek nie ma żadnych wątpliwości. Tym samym, Odwoływający w żaden sposób nie dowiedli, by wykonawca TARGET złożył ofertę o treści niezgodnej z warunkami zamówienia.

–Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 266 PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, TARGET która winna podlegać odrzuceniu, jako zawierającej rażąco niską cenę, a to pomimo:

niewykazania posiadania dofinansowania z PFRON oraz pominięcia skróconego wymiaru czasu pracy osób z niepełnosprawnością, co miało wpływ na wyliczenie ceny, skalkulowania oferty TARGET z pominięciem szeregu istotnych kosztów, w tym kosztów zastępstwa pracowników podczas urlopów, przyjęcia przez TARGET niektórych kosztów i zysku w nierynkowej, oczywiście zaniżonej wysokości.

W kontekście powyższego zarzutu, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Odwołujący nie wykazali rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego. Z rażąco niską ceną ofertową mamy do czynienia, gdy jej wysokość nie pozwala na pokrycie kosztów realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, jest nierealna, tzn. nie przystaje do prawdziwych, koniecznych do pokrycia, rynkowych kosztów wykonania zamówienia. Oznacza to, że – by uniknąć zaoferowania rażąco niskiej ceny – wykonawca, kalkulując cenę ofertową, powinien uwzględnić wymagania wskazane w dokumentach zamówienia a odnoszące się do warunków wykonania zamówienia oraz wszystkie koszty, które będzie musiał ponieść w związku z tak postawionymi warunkami, ale także inne koszty, których pokrycie w okresie realizacji zamówienia wymaga zachowania rentowności działalności gospodarczej prowadzonej przez wykonawcę. Pozostają one bowiem w takim związku z wykonaniem zamówienia – że w istocie umożliwiają prawidłowe funkcjonowanie wykonawcy w tym okresie. W każdym razie, zasadność i konieczność poniesienia danych kosztów na gruncie kalkulacji ceny ofertowej, która nie jest rażąco niska – powinna być oceniana na gruncie konkretnego przypadku.

Odwołujący podnosili, że Zamawiający powinien był uznać, że oferta wykonawcy TARGET zawiera rażąco niską cenę ze względu na niewykazanie w wyjaśnieniach tego wykonawcy, że posiada on dofinansowanie z PFRON, a także wobec pominięcia przez niego skróconego wymiaru czasu pracy osób z niepełnosprawnością, co miało wpływ na wyliczenie ceny. Przy czym istotne jest dostrzeżenie, że Odwołujący nie zawarli w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 PZP, a zatem nie byli uprawnieni do kwestionowania oceny wyjaśnień wykonawcy TARGET jako takich. Zgodnie z tym przepisem, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Odwołujący nie podnosili, że oferta wykonawcy TARGET powinna zostać odrzucona ze względu na fakt, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, lecz ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Powinini zatem udowodnić, że oferta wykonawcy TARGET zawiera rażąco niską cenę a nie opierać się na kwestionowaniu treści wyjaśnień TARGET. Niemniej, uznając, że Odwołujący odnosili się do treści wyjaśnień wykonawcy TARGET jedynie ze względu na postawiony zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 pkt 8 PZP, należy podkreślić, co następuje.

Izba przeanalizowała treść wyjaśnień wykonawcy TARGET z dnia 13 stycznia 2025 r. w kontekście zarzutów odwołania i stwierdziła, że uwzględniając czynniki i warunki w nim wskazane, kalkulacja kosztów jest spójna i rzetelna. Przystępujący, wyjaśniając wyliczenie ceny, powołał się na obniżenie kosztów ze względu na dofinansowanie z PFRON, przy czym Odwołujący nie wykazali, by wskazana kwota dofinansowania lub sam fakt otrzymania takiego dofinansowania przez Przystępującego były niemożliwe. Kwestionowali, że Przystępujący w wyjaśnieniach powinien był wykazać, że otrzyma dofinansowanie z PFRON, jednak biorąc pod uwagę zakres i treść sformułowanych zarzutów odwołania, w tym brak podniesienia zarzutu z art. 224 ust. 6 PZP, to na Odwołujących ciążył ciężar wykazania, że ze względu na brak dofinansowania cena ofertowa Przystępującego jest rażąco niska. Bez względu na powyższe, wskazać należy, że wyjaśnienia wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny – aby zostały uznane za wystarczające – nie muszą być poparte dowodami w każdym najmniejszym aspekcie. Jak słusznie wskazywał Zamawiający, co podnoszono już powyżej, rzeczą powszechną jest zatrudnianie w ramach usług podobnych przedmiotowo do niniejszego zamówienia osób niepełnosprawnych. W sytuacji, gdy dany fakt, reguła są znane zamawiającemu z racji prowadzonej działalności, gdy jest to wiedza notoryjna, nadmiernym formalizmem, niesłużącym zasadom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 16 i 17 PZP) – byłoby wymaganie od wykonawcy, by fakt ten udowodnił. Skoro tak, to wykonawca TARGET nie był zobowiązany do wykazania w treści wyjaśnień, że dysponuje dofinansowaniem z PFRON, które wszak przysługuje pracodawcy, jeżeli zatrudnia osoby niepełnosprawne (art. 26a ustawy).

Podobnie, w zakresie odnoszącym się do pozostałej argumentacji odwołania – to Odwołujący powinni wykazać, że maksymalny wymiar czasu pracy osób skierowanych przez Przystępującego do wykonania zamówienia wynosi 7 godzin dziennie, a w istocie, że Przystępujący nie będzie dysponował zgodami lekarskimi na zwiększenie wymiaru czasu pracy osób niepełnosprawnych pracujących na jego rzecz. Odwołujący poczynili założenia niemające odzwierciedlenia w materiale dowodowym i o nie oparli twierdzenia odwołania, co było z góry skazane na niepowodzenie. W przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny – nie wystarczy bowiem jedynie zakwestionować ceny ofertowej lub kosztu wyliczonego przez wykonawcę, którego cena ofertowa jest przedmiotem oceny w postępowaniu odwoławczym w kontekście uznania jej za rażąco niską. Wobec powyższego, wyliczenia Odwołującego, zawarte w pkt D odwołania, w tym wskazujące na niedoszacowanie ceny ofertowej wykonawcy TARGET na kwotę 10.969,00 zł, należy uznać za czysto hipotetyczne.

W odniesieniu do zarzutu nieuwzględnienia w cenie ofertowej kosztów zastępstwa urlopowego, Izba przyjęła za logiczne

i spójne twierdzenia Zamawiającego, że koszty te zostały uwzględnione w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 13 stycznia poprzez doliczenie do każdego z wynagrodzeń danego pracownika, odpowiedniej kwoty, która służy na pokrycie wynagrodzenia osoby skierowanej na zastępstwo w wypadku choroby lub urlopu, co obrazują tabele na str. 3 i 4 wyjaśnień, w wierszach 4 i 5. Odwołujący powyższemu nie zaprzeczyli. Wskazali na własne obliczenia, lecz nie odnieśli ich do ceny ofertowej Przystępującego, ani do wskazanych przez niego wyliczeń ceny ofertowej, w tym wskazanych w wyjaśnieniach, kosztów pracy.

Odnosząc się do twierdzeń odwołania dotyczących nieuwzględnienia w cenie ofertowej kosztów zastępstwa w przypadku skorzystania ze zwolnienia na uczestniczenie w turnusie rehabilitacyjnym, wskazać należy, iż zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy TARGET, co do zasady uwzględnił on koszty związane z urlopami pracowników, przy czym w przypadku pracowników z orzeczeniem o określonym stopniu niepełnosprawności, uwzględnił te koszty w wyższym wymiarze, niż w przypadku pracowników bez orzeczenia o stopniu niepełnosprawności. Zdaniem Odwołujących, Przystępujący winien uwzględnić koszty zastępstwa w przypadku skorzystania ze zwolnienia na uczestniczenie w turnusie rehabilitacyjnym w maksymalnym wymiarze wynikającym z ustawy, tj. 21 dni. Z powyższym nie sposób się zgodzić. Jak już wskazano, cena rażąco niska to cena nierealna, a contrario cena ofertowa, która nie może być uznana za rażąco niską to cena realna. Realny charakter należy odnosić do wszystkich elementów kosztotwórczych składających się na cenę. Oznacza to, że – aby wykazać realność założeń co do kosztów składających się na wyliczenie ceny – wykonawca nie musi uwzględniać kosztów w maksymalnej wysokości, lecz tylko takiej, która jest realna do poniesienia. W tym kontekście, korzystanie z turnusu rehabilitacyjnego należy odróżnić od urlopu wypoczynkowego. Osoba o znacznym lub umiarkowanym stopniu niepełnosprawności ma prawo do zwolnienia od pracy z zachowaniem prawa do wynagrodzenia w wymiarze do 21 dni roboczych w celu uczestniczenia w turnusie rehabilitacyjnym, nie częściej niż raz w roku, z tym zastrzeżeniem, że osoby niepełnosprawne są kierowane do uczestnictwa w turnusie – na wniosek lekarza, pod którego opieką znajduje się ta osoba (art. 20 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10f ust. 1 pkt 2 ustawy). Z kolei, w świetle art. 161 Kodeksu pracy, pracodawca jest obowiązany udzielić pracownikowi urlopu w tym roku kalendarzowym, w którym pracownik uzyskał do niego prawo. Oznacza to, że pracodawca powinien zakładać przy obliczaniu ceny ofertowej, że koszty związane z udzieleniem urlopu są kosztami koniecznymi do poniesienia, co nie dotyczy pierwszego z ww. rodzaju kosztów. Zatem, wykonawca TARGET nie był zobowiązany do uwzględnienia w cenie ofertowej kosztów zastępstwa wszystkich pracowników celem skorzystania ze zwolnienia na uczestniczenie w turnusie rehabilitacyjnym w maksymalnym wymiarze 21 dni, co jest sytuacją nierealną. Gdyby tak było, to wykonawca zobowiązany byłby do uwzględniania także kosztów ewentualnej nieobecności pracownika niepełnosprawnego w pracy ze względu na konieczność wykonania badań specjalistycznych, zabiegów leczniczych lub usprawniających, a także w celu uzyskania zaopatrzenia ortopedycznego lub jego naprawy (art. 20 ust. 1 pkt 2 ustawy), czy też kosztów skorzystania z urlopu bezpłatnego przez pracownika albo urlopu macierzyńskiego, czyli kosztów które w momencie złożenia oferty nie są realne do poniesienia.

Izba uznała za bezzasadne również argumenty odwołania wskazujące na to, by cena ofertowa wykonawcy TARGET była rażąco niska ze względu na pominięcie kosztów polisy OC i kosztów obsługi kadrowej i księgowej. W tym kontekście, Odwołujący nie udowodnili, w jakiej wysokości koszty nie zostały uwzględnione i że miało to wpływ na całą cenę ofertową. Nie przedstawili żadnych dowodów określających wysokość ww. kosztów koniecznych ich zdaniem do poniesienia, nie odnieśli się również do twierdzenia Zamawiającego, iż skoro polisa OC obejmuje całość prowadzonej przez Przystępującego działalności gospodarczej i została już przez niego nabyta i sfinansowana, to nie było konieczności uwzględniania jej kosztów w wyjaśnieniach Przystępującego, ani do twierdzenia, że w zakresie kosztów kadrowo-księgowych wykonawca ten korzysta z pracy własnej wspólników spółki jawnej, a co za tym idzie nie stanowi to kosztu Przystępującego. Nie udowodnili, że jest inaczej, w szczególności, że Przystępujący zobowiązany był ponieść te koszty i w jakiej wysokości.

Podobnie, Odwołujący podnieśli, że wykonawca TARGET nie uwzględnił w cenie ofertowej kosztów pośrednich obsługi kontraktu, czy rezerwy na ewentualne koszty nieprzewidziane – lecz w żaden sposób nie udowodnili ich wysokości i realności poniesienia, a zatem konieczności uwzględnienia w cenie ofertowej. Podobnie, w odniesieniu do zakwestionowanego kosztu zarządzania. Za zupełnie bezpodstawne należało również uznać twierdzenia Odwołujących odnoszące się do kwoty założonego przez wykonawcę TARGET zysku w kontekście badania rażąco niskiej ceny w ofercie tego wykonawcy. Rację ma przy tym Zamawiający, że fakt wykazania przez wykonawcę TARGET zysku, wyklucza dyskusję o jego wysokości, skoro przy samym jego założeniu – uwzględniając prawidłowość wyliczenia wszystkich kosztów wykonania zamówienia – nie sposób uznać, że cena ofertowa jest rażąco niska.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu

pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: