

**WYROK**  
**z dnia 17 stycznia 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Bienias**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: **HOLDING HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim (Lider Konsorcjum) oraz GREEN HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum), BLUE HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum), HUNTERS24 Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim (Partner konsorcjum), HUMAN HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie (Partner konsorcjum), HUNTERS OCHRONA PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (Partner konsorcjum)** w postępowaniu prowadzonym przez **Żydowski Instytut Historyczny im. Emanuela Ringelbluma w Warszawie,**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu opłaty skarbowej za udzielone pełnomocnictwo.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Żydowski Instytut Historyczny im. Emanuela Ringelbluma w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji pn. „Usługi ochrony osób i mienia na rzecz Żydowskiego Instytutu Historycznego”, numer postępowania 15/2022/DA. Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 8 grudnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych o numerze 2022/BZP 00485611.

W dniu 28 grudnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: **HOLDING HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim (Lider Konsorcjum) oraz GREEN HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum), BLUE HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum), HUNTERS24 Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim (Partner konsorcjum), HUMAN HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie (Partner konsorcjum), HUNTERS OCHRONA PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (Partner konsorcjum)** wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu czynności i zaniechania polegające na wadliwym wyborze oferty pozornie uznanej jako najkorzystniejsza, złożoną przez wykonawcę MSA Security Sp. z o.o. oraz bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów PZP:

- art. 204 ust.1, art.17 ust. 2 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) i art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty pozornie uznanej za najkorzystniejszą i zaniechaniu przeprowadzenia procedury rzetelnego badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

1. Merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania.
2. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

3. W przypadku uwzględnienia niniejszego Odwołania nakazanie Zamawiającemu, aby odstąpił od odrzucenia oferty Odwołującego i przystąpił do ponownej oceny ofert, uwzględniając ofertę Odwołującego poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w SWZ, wymaganych od oferty najwyższej ocenionej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że:

W dniu 23.12.2022 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu (dowód nr 1). Na wstępie należy zwrócić uwagę, iż dokonując wyboru oferty, Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie również do dokonania krytycznej analizy treści oferty złożonej przez wykonawcę (wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2019 roku, sygn. akt 1032/19). Brak wypełnienia powyższego obowiązku prowadzić może do wielu nieprawidłowości w samej procedurze udzielenia zamówienia publicznego, co w przedmiotowej sprawie doprowadziło do wadliwego wyboru oferty pozornie uznanej jako najkorzystniejsza.

Zamawiający w dniu 19.12.2022 r. wystosował do Odwołującego wezwanie (dowód nr 2) na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp w związku z podejrzeniem wystąpienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący w tym samym dniu odpowiedział Zamawiającemu na wezwanie poprzez złożenie pisma przewodniego (dowód nr 3) oraz załącznika w postaci szczegółowej kalkulacji (dowód nr 3B) wszystkich wymaganych prawem składników ceny ofertowej oraz elementów o których mowa w wezwaniu Zamawiającego z dnia 19.12.2022 r. Tak jak wyżej wskazujemy Zamawiający dokonał w dniu 23.12.2022 r. wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu odrzucając ofertę Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp („Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”). Jako jedyny merytoryczny powód odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazuje, cytując: „Wykonawca złożył wyjaśnienia, w których zawarł m.in. informację, że „[...] Czynności ochrony osób i mienia będące przedmiotem tego postępowania będą wykonywane w części przez osoby posiadające

orzeczenie o niepełnosprawności [...]”, co w opinii Zamawiającego jest sprzeczne z wymaganiami zapisanymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załączniku nr 1 do SWZ – Część I, ust. 5 pkt 5.7.)”. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ (dowód nr 4) – Część I, ust. 5 pkt 5.7., cytuję ponownie: „wszystkie osoby skierowane przez Wykonawcę do realizacji umowy będą posiadały aktualne badania lekarskie i nie będą posiadały ograniczeń psychofizycznych stwierdzonych grupą inwalidzką, uniemożliwiającą lub utrudniającą wykonanie przedmiotu zamówienia”. W przedmiotowym postępowaniu czynności ochrony osób i mienia będące przedmiotem tego postępowania byłyby wykonywane w części przez osoby posiadające

orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umożliwiającym realizowanie w pełni zadań pracowników ochrony określonych w dokumentach zamówienia (Zamawiający zgodnie z informacją z SWZ do realizacji zamówienia nie dopuszcza osób które nie będą posiadały ograniczeń psychofizycznych stwierdzonych grupą inwalidzką, uniemożliwiającą lub utrudniającą wykonanie przedmiotu zamówienia). Wszystkie skierowane przez nas do realizacji osoby będą posiadały orzeczenie lekarskie o zdolności do pracy dla stanowiska pracy którego

dotyczy niniejsze zamówienie, a orzeczone schorzenie nie będzie uniemożliwiało lub utrudniało wykonanie przedmiotu zamówienia o którym mowa w SWZ. Obowiązujące przepisy prawne nie wskazują wprost orzeczenia o niepełnosprawności, jako dokumentu dyskwalifikującego kandydata o wpis na listę pracowników kwalifikowanych oraz nie operują pojęciem orzeczenia o niepełnosprawności jako dokumentu dyskwalifikującego kandydata. Nie zabrania się więc udziału osób niepełnosprawnych w realizacji zamówienia, o ile takie osoby posiadają orzeczenie lekarskie o zdolności do pracy na określonym stanowisku pracy. Bazując na obowiązujących procedurach dotyczących weryfikacji możliwości otrzymania wpisu na listę pracowników kwalifikowanych, jak również na podstawie doświadczenia życiowego wynika, iż umiarkowany stopień niepełnosprawności nie stanowi przesłanki uniemożliwiającej uzyskanie wpisu na tę listę, bowiem decyzja w tym zakresie uwarunkowana jest szeregiem czynników, które to oceniane są przez właściwego lekarza. Pracownika ochrony skreśla się z listy kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, w przypadku gdy nie spełnia warunków określonych w art. 26 ust. 3 pkt 1 i 4-8, w art. 30 albo w art. 38b ustawy o ochronie.

Jednym ze wskazanych wymogów jest posiadanie zdolności fizycznej i psychicznej do wykonywania zadań, stwierdzoną orzeczeniami lekarskim i psychologicznym, których ważność nie upłynęła. W związku z powyższym nie każda dysfunkcja czy niesprawność fizyczna wyklucza możliwość uzyskania wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, a jedynie taka, która faktycznie uniemożliwia wykonywanie zadań z zakresu ochrony osób i mienia. Co więcej, jak wynika z dyspozycji art. 33 ust. 2 ustawy o ochronie osób i mienia do wniosku osoba ubiegająca się o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej lub posiadająca taki wpis jest obowiązana dołączyć oświadczenie, złożone pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, że nie jest osobą niepełnosprawną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 573) lub nie posiada orzeczenia o inwalidztwie lub niezdolności do pracy wydanego przez właściwy organ rentowy albo dokumenty potwierdzające orzeczoną stopień niepełnosprawności, inwalidztwa lub niezdolności do pracy. Wskazany przepis obliuguje kandydata do złożenia stosowanego

oświadczenia w zakresie posiadania orzeczenia o niepełnosprawności, jednakże w żadnym wypadku nie wskazuje na wykluczenie w możliwości uzyskania tegoż wpisu. Sam fakt posiadania ograniczeń nie stanowi przesłanki negatywnej uzyskania wpisu. Dopiero po przeprowadzeniu szczegółowej analizy oraz wywiadu, uprawniony lekarz ma możliwość stwierdzić, czy kandydat faktycznie spełnia wymogi, aby zostać kwalifikowanym pracownikiem ochrony.

Jak słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 18 stycznia 2016 roku wydanym w sprawie o sygn. akt 2785/18: „Orzeczenie o niepełnosprawności przedstawiane lekarzowi orzecznikowi, służy do ustalenia na podstawie treści tego dokumentu oraz wykonanych badań, czy osoba niepełnosprawna może być kwalifikowanym pracownikiem ochrony fizycznej, czy też schorzenia na podstawie, których uzyskała stopień niepełnosprawności, dyskwalifikują tę osobę do uzyskania wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Na podstawie wskazanych w odwołaniu przepisów prawnych, brak jest podstaw do uznania, że osoba posiadająca orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym, nie może uzyskać wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej”. Część osób skierowanych do realizacji zamówienia będzie posiadać orzeczenie lekarskie o zdolności do pracy dla stanowiska pracy którego dotyczy niniejsze zamówienie posiadając przy tym orzeczenie o niepełnosprawności i wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Nie zabrania się więc udziału osób niepełnosprawnych w realizacji zamówienia, o ile takie osoby posiadają orzeczenie lekarskie o zdolności do pracy na określonym stanowisku pracy (w naszym przypadku osoby posiadają takowe orzeczenie).

W związku z powyższym powołaliśmy się w naszej kalkulacji na pomoc publiczną z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych co było w niniejszym postępowaniu dozwolone. Zamawiający nie zakazał uczestnictwa osób niepełnosprawnych w realizacji zamówienia, a jedynie takich osób których niepełnosprawność uniemożliwiałaby lub utrudniała wykonanie przedmiotu zamówienia. Jako kolejny dowód nr 5 przedstawiam Izbie SWZ do przetargu w zakresie ochrony fizycznej Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie z grudnia 2022 roku, gdzie Zamawiający jasno precyzuje na stronie 3, że „nie dopuszcza realizacji zamówienia przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności”, w niniejszym postępowaniu Zamawiający warunkowo dopuszcza osoby niepełnosprawne. Potwierdziliśmy Zamawiającemu na podstawie wyjaśnień oraz kalkulacji do obliczenia zaoferowanej miesięcznej ceny netto, że zaoferowana przez nasze Konsorcjum cena ofertowa daje możliwość realizacji zamówienia zgodnie z obowiązującym prawem w zakresie realizacji tego typu usługi oraz wymogami zawartymi w dokumentacji zamówienia. Oferta cenowa jest skalkulowana prawidłowo, nie jest zaniżona, uwzględnia wszystkie wymogi

dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, zapewnia wykonanie całego zakresu zamówienia z należytą starannością, uwzględnia aktualne regulacje prawne (w szczególności postanowienia ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę) i tym samym nie zawiera rażąco niskiej ceny stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdziliśmy dowodem w postaci szczegółowych wyliczeń.

Dodam, iż zaoferowana przez nas cena nie jest niższa o 30,00% od wartości przeznaczonej przez Zamawiającego, ani nie jest o 30,00% niższa od średniej arytmetycznej pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający oprócz lakonicznego stwierdzenia, że do realizacji zamówienia nie dopuszcza osób niepełnosprawnych nie wziął pod wątpliwość złożonych przez nasze Konsorcjum wyjaśnień i kalkulacji do obliczenia ceny.

Zarzucamy Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj.: art. 204 ust.1, art.17 ust. 2 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) i art. 16 pkt 1) poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego co w konsekwencji doprowadziło do wadliwego wyboru oferty pozornie najkorzystniejszej.

## **Podsumowanie**

Należy zwrócić uwagę, iż dokonując wyboru oferty, Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie również do dokonania krytycznej analizy treści oferty złożonej przez wykonawcę (wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2019 roku, sygn. akt 1032/19). Brak wypełnienia powyższego obowiązku prowadzi może do wielu nieprawidłowości w samej procedurze udzielenia zamówienia publicznego, co w przedmiotowej sprawie doprowadziło wyboru oferty tylko pozornie najkorzystniejszej.

Zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia, w tym przypadku Zamawiający nie podaje merytorycznego uzasadnienia, a jedynie lakoniczną informację o niezgodności z dokumentacją postępowania. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi być oczywista i niewątpliwa, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne. Odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty.

## **Rekapitulacja stanowiska Odwołującego:**

Odwołujący wskazuje jednoznacznie, iż w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym Zamawiający podjął szereg bezpodstawnych i błędnych czynności, które w konsekwencji nie doprowadziły do udzielenia Odwołującemu możliwości udzielenia zamówienia, tj.:

- a) zaniechanie rzetelnego badania i oceny ofert;
- b) bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego;
- c) dokonanie błędnego wyboru oferty pozornie najkorzystniejszej;

Każda z wymienionych wyżej czynności została podjęta bez uzasadnienia (faktycznego lub prawnego) z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 stycznia 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający wskazał, że:

Konsorcjum Hunters wniosło odwołanie, w którym zaskarża czynność odrzucenia jego oferty oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez MSA Security sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

Zarzutem podstawowym, stanowiącym istotę sporu jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 5 ustawy PZP, poprzez jego zastosowanie i niesłuszne zdaniem Odwołującego uznanie, iż jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W ocenie Zamawiającego zarzut naruszenia art. 226 ust. 5 ustawy i w konsekwencji pozostałych przepisów wskazanych w odwołaniu nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy z niżej wyjaśnionych powodów.

Należy potwierdzić, że Zamawiający uznał, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia w wyniku analizy treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień ( z dnia 19.12.2022 r.), do złożenia których Odwołujący został wezwany w związku z wątpliwościami w zakresie zaoferowanej przez niego ceny. Cena wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W toku składania wyjaśnień Odwołujący powołał się na kluczowy czynnik determinujący możliwość złożenia oferty niższej w stosunku do ofert konkurencyjnych

tj. na pomoc publiczną z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w związku z zatrudnieniem 4 osób niepełnosprawnych. („Dotacja ta wynosić będzie 3300,00 zł miesięcznie (2 osoby x 1200,00 zł miesięcznie za pracownika z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności oraz 2 osoby x 450,00 zł miesięcznie za pracownika z lekkim stopniem niepełnosprawności” – str. 3 wyjaśnień).

**Dowód:**

1) Wyjaśnienia Odwołującego z dnia 19.12.2022 r. załączony do Odwołania („dowód nr 3”).

Tym samym Odwołujący oświadczył, że zamówienie będzie realizowane przez niego za pomocą 4 pracowników z orzeczoną niepełnosprawnością, w tym 2 z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności i 2 z lekkim stopniem niepełnosprawności.

W ocenie Zamawiającego zaoferowanie usługi ochrony, która miałyby być świadczona za pomocą 4 pracowników z orzeczoną niepełnosprawnością, w tym 2 z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności – jest niezgodne z warunkami zamówienia. Zgodnie bowiem z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 1 do SWZ (Część I, ust 5 pkt 5.7): „Wszystkie osoby skierowane przez Wykonawcę do realizacji umowy będą posiadały aktualne badania lekarskie i nie będą posiadały ograniczeń psychofizycznych stwierdzonych grupą inwalidzką, uniemożliwiających lub utrudniających wykonanie przedmiotu zamówienia”.

Należy wskazać na znaczenie i istotę tego zapisu, który oznacza, że mając na uwadze wymagania związane z przedmiotem umowy (opisane szczegółowo w dalszej części pisma) osoby skierowane do realizacji umowy nie mogą posiadać ograniczeń uniemożliwiających lub choćby utrudniających wykonanie przedmiotu umowy. Chodzi o takie ograniczenia, których fakt potwierdzony jest przyznaniem grupą inwalidzką. Przyznanie grupy inwalidzkiej (w zakresie umiarkowanej niepełnosprawności) stanowi potwierdzenie wystąpienia ograniczeń uniemożliwiających lub z całą pewnością co najmniej utrudniających realizację przedmiotu umowy przez te osoby. Do końca roku 1997 kwalifikacja do jednej z trzech grup inwalidzkich następowała po odbyciu spotkania z komisją lekarską ds. inwalidztwa i zatrudnienia. Obecnie grupa inwalidzka określana jest pojęciem stopnia niepełnosprawności i od 1998 r. podstawą do uznania osoby za niepełnosprawną jest orzeczenie wydane przez miejski, wojewódzki lub powiatowy zespół do spraw orzekania o niepełnosprawności lub orzeczenie lekarza orzecznika Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

Osobą z niepełnosprawnością, w myśl ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r - o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tekst jedn.: Dz. U z 2021 r. poz. 573) jest osoba, która posiada orzeczenie o niepełnosprawności.

Zgodnie z definicją niepełnosprawności zawartą w art. 2 pkt wspomnianego aktu prawnego, *oznacza ona trwałą lub okresową niezdolność do wypełniania ról społecznych z powodu stałego lub długotrwałego naruszenia sprawności organizmu, w szczególności powodującą niezdolność do pracy.* W art. 4 ww. ustawy zawarto z kolei opis stopni niepełnosprawności:

*„Do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej lub wymagającą czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych.” (II grupa inwalidzka).*

*„Do lekkiego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę o naruszonej sprawności organizmu, powodującej w sposób istotny obniżenie zdolności do wykonywania pracy, w porównaniu do zdolności, jaką wykazuje osoba o podobnych kwalifikacjach zawodowych z pełną sprawnością psychiczną i fizyczną, lub mająca ograniczenia w pełnieniu ról społecznych dające się kompensować przy pomocy wyposażenia w przedmioty ortopedyczne, środki pomocnicze lub środki techniczne.” (III grupa inwalidzka).*

Odwołujący posługuje się jako głównym argumentem okolicznością, że wskazane osoby będą dysponowały orzeczeniem lekarskim oraz mogą teoretycznie dysponować wpisem na listę pracowników kwalifikowanych. Choć i w tym wypadku argumentacja nie jest przekonująca ponieważ Odwołujący powołuje się na teoretyczną możliwość świadczenia pracy w usługach ochrony i uzyskaniu wpisu na listę pracowników kwalifikowanych. Swoich teoretycznych rozważań jednak Odwołujący nie odnosi bezpośrednio do warunków tego konkretnego zamówienia.

Zamawiający nie kwestionuje, że osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności mogą dysponować orzeczeniem lekarskim o zdolności do pracy. Zamawiający nie kwestionuje również teoretycznych konstrukcji, czy nawet faktycznych możliwości świadczenia w innych, konkretnych stanach faktycznych usług ochrony przez osoby z orzeczoną grupą inwalidzką. Nie jest też dla niego decydujący fakt możliwości wpisu na listę pracowników kwalifikowanych.

Istotą sprawy oraz powodem odrzucenia oferty jest okoliczność, iż w ramach tego konkretnego

postępowania i w obliczu konkretnych warunków i wymagań zamówienia (jasno i precyzyjnie określonych w SWZ) - niemożliwe jest posługiwanie się pracownikami ze wskazanymi grupami inwalidzkimi. Zamawiający nie przesądza, że tacy pracownicy nie mogą w żadnym wypadku pracować w ramach realizacji jakichkolwiek umów na usługi ochrony. Istotą sformułowań zawartych w OPZ jest warunek, iż usługi nie mogą być wykonywane przez osoby, które będą posiadały ograniczenia psychofizyczne stwierdzone grupą inwalidzką, uniemożliwiające lub utrudniające wykonanie przedmiotu zamówienia.

Właściwości psychofizyczne, które powodowały, że wydano orzeczenie w zakresie grupy inwalidzkiej nr II (umiarkowany stopień niepełnosprawności) oraz III (lekki stopień niepełnosprawności) z uwagi na opis czynności, sposób wykonywania umowy inne okoliczności (o których poniżej) z pewnością co najmniej utrudniają wykonanie przedmiotu zamówienia, a w niektórych przypadkach mogą uniemożliwiać faktyczną realizację usług, co zostanie wykazane poniżej.

Przechodząc do opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ), w tym istotnych wymagań związanych z zadaniami szczegółowymi oraz ze specyfiką ich realizacji przez pracowników wykonawcy, należy wskazać, że zgodnie z SWZ:

1. pracownicy wykonawcy muszą być wykwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej wyposażeni w środki przymusu bezpośredniego podczas wykonywania obowiązków służbowych,
2. pracownicy wykonawcy muszą posiadać zaświadczenie lekarskie do pracy na urządzeniach RTG,
3. pracownicy wykonawcy muszą podejmować interwencje w przypadku ingerencji osób z zewnątrz lub wewnątrz zagrażających zniszczeniem, kradzieżą lub innym naruszeniem chronionego mienia, w tym zabezpieczać przed wniesieniem na teren obiektu przedmiotów niebezpiecznych, materiałów i urządzeń wybuchowych oraz substancji toksycznych, w celu spowodowania zagrożenia życia lub zdrowia osób znajdujących się na jego terenie i/lub w celu zniszczenia mienia znajdującego się w obiekcie,
4. pracownicy wykonawcy muszą dbać o niedopuszczenie do wejścia na teren chronionego obiektu osób nieuprawnionych lub będących pod wpływem alkoholu lub środków odurzających,
5. pracownicy wykonawcy muszą dokonywać ujęć osób stwarzających zagrożenie dla życia, zdrowia, lub nietykalności osobistej, a także dla chronionego mienia obiektu i niezwłocznie przekazać te osoby Policji,

6. pracownicy wykonawcy muszą podejmować próby ugaszenia pożaru przy pomocy podręcznego sprzętu gaśniczego, organizować ewakuację obiektu w przypadku zagrożenia pożarowego zgodnie z instrukcją pożarową obiektu, udzielać pierwszej pomocy przedmedycznej,
7. pracownicy wykonawcy muszą zapewniać wykonywanie wszelkiej usługi związanej z pomocą osobom niepełnosprawnym i osobom o ograniczonej sprawności ruchowej w poruszaniu się terenie obiektu,
8. pracownicy wykonawcy muszą dozorować sygnały przekazywane przez system elektronicznej kontroli dostępu, telewizji przemysłowej, system napadu i włamania oraz systemu ochrony ppoż.
9. pracownicy wykonawcy muszą być gotowi do świadczenia pracy w ciągu całej zmiany dziennej bądź nocnej (bez zamiany pracownika, który np. z uwagi na niepełnosprawność nie może pracować powyżej określonego limitu w ciągu doby). Zamawiający wymagał stałej obsady w czasie doby.
10. w sytuacjach niecierpiących zwłoki, wykonawca zobowiązał się wykonywać usługę zwiększającą liczbę osób ochrony maksymalnie do 48 godzin od momentu zgłoszenia.

**Dowód:**

2) *Specyfikacja warunków zamówienia, w tym opis przedmiotu zamówienia (dostępna pod linkiem: <https://miniportal.uzp.gov.pl/Postepowania/8cb46dcf-5a54-4312-90a0-e5c5c98a99df>*

Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, że zamierza zatrudnić 4 osoby niepełnosprawne (2 z umiarkowanym i 2 z lekkim stopniem niepełnosprawności). O ile można sobie wyobrazić, że osoby z lekką niepełnosprawnością mogą wykonywać nawet w znacznym zakresie czasowym i rodzajowym opisane powyżej zadania, o tyle osoby z umiarkowaną niepełnosprawnością już nie.

Zamiar zatrudnienia osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności stanowi niezgodność z zapisami SWZ. Osoby takie według opisu zawartego w ustawie o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (art. 4 ust. 2) to osoby albo niezdolne do pracy albo zdolne do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej lub wymagające czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych.

Zamawiający ustanowił ograniczenie w możliwości realizacji zamówienia przez osoby z ograniczeniami psychofizycznymi stwierdzonymi grupą inwalidzką właśnie z uwagi na fakt, iż osoby takie nie będą mogły dać rękojmi należytego wykonania usług w pełnym żądanym zakresie. Mówimy tutaj o konieczności interwencji, dokonywania ujęć sprawców kradzieży,

aktów wandalizmu, o konieczności organizowania ewakuacji budynku w trudnym układzie architektoniczno – budowlanym, przystąpienia do gaszenia pożaru i wielu innych wymienionych powyżej czynnościach. Zakres przedmiotu umowy wymaga ponad przeciętnej sprawności psychicznej i fizycznej. Ustanowienie takiego wymogu (przypomnieć należy, że nie był kwestionowany przez Odwołującego na etapie ogłoszenia SWZ) jest niezwykle ważne nie tylko dla poprawnej realizacji przedmiotu umowy, ale również jest wyrazem odpowiedzialnej dbałości o zdrowie ewentualnych pracowników skierowanych do świadczenia usług.

Być może są miejsca, gdzie pracownicy z orzeczoną umiarkowaną niepełnosprawnością mogą gwarantować poprawne wykonywanie usług ochrony, jednakże placówka Zamawiającego do nich nie należy.

Nie tylko ze względu na zakres żądanych czynności, czy wymagań ale również ze względu na specyfikę działalności Zamawiającego. Obiekt z racji swojej działalności jest narażony na większe zagrożenia niż inne obiekty kultury (przejawy antysemityzmu). Na teren obiektu mogą wchodzić osoby agresywne, dokonujące zniszczenia mienia, czy atakujące inne osoby, znajdujące się w obiekcie. Zadaniem pracownika ochrony jest m.in. ujęcie takiej osoby i przekazanie Policji. Takie sytuacje mogą mieć miejsce i miały miejsce w przeszłości, chociażby w ubiegłym roku. W załączeniu przedkłada się potwierdzenia, czyli notatkę służbową dot. zniszczenia mienia, kradzieży oraz dot. wejścia do obiektu i zniszczenia mienia.

**Dowód:**

3) *Notatka służbowa dot. zniszczenia mienia Zamawiającego.*

4) *Zawiadomienie dot. popełnienia przestępstwa zniszczenia mienia Zamawiającego z dnia 21.04.22 r.,*

5) *Potwierdzenia złożenia zawiadomienia dot. zniszczenia mienia i kradzieży mienia Zamawiającego z dnia 05.12.2022 r.*

Kontynuując opis okoliczności i charakterystykę świadczenia usług ochrony w tym konkretnym przypadku wskazać trzeba, że budynek będący siedzibą ŻIH-u jest tylko częściowo dostosowany dla osób z niepełnosprawnościami. O ile wewnątrz jest winda, którą można poruszać się, ale tylko po części budynku, to do wejścia głównego prowadzą schody.

Jednocześnie należy w tym miejscu wskazać także fakt, że część systemu przeciwpożarowego, który zabezpiecza najcenniejsze zbiory ŻIH-u (m.in. tzw. Archiwum Ringelbluma) umiejscowiony jest w magazynie na drugim piętrze, do którego prowadzą

wąskie, kręte, metalowe schody, a drzwi wejściowe zamknięte są na klucz i dodatkowo zabezpieczone Systemem Kontroli Dostępu (do jego odblokowania należy użyć specjalnej karty). Pamiętać także należy, że w razie wywołania alarmu ppoż. ochrona ma obowiązek sprawdzić to osobiście, a powierzchnia siedziby ŻIH-u jest relatywnie duża, co wymaga dobrej sprawności fizycznej (w takiej sytuacji nie powinno korzystać się z windy).

Nawiązując do powyższego – Zamawiający poddawał w wątpliwość, czy osoby z ograniczeniami psychofizycznymi byłyby w stanie w pełni obsłużyć systemy ppoż. zainstalowane w budynku. Budynek Zamawiającego posiada plan ochrony, który zawiera opis zagrożeń. Plan Ochrony nie jest dokumentem publicznym, a z niego wynikają szczególne oczekiwania wobec wykonawcy.

Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z art. 15 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych czas pracy osoby niepełnosprawnej nie może przekraczać 8 godzin na dobę i 40 godzin tygodniowo. Czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo. Ponadto osoba niepełnosprawna nie może być zatrudniona w porze nocnej i w godzinach nadliczbowych.

Wszystkie te ustawowe wymagania trudno pogodzić z warunkami świadczenia usług ochrony ustanowionymi w SWZ, tj.:

*Usługa świadczona będzie przez pracowników ochrony w systemie:*

*- całodobowo – 24/7 w tygodniu, w zmianach 12 godzinnych, w zależności od możliwości Wykonawcy i uzgodnień z Zamawiającym, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zmiana dzienna w godz. 08:00-20:00 – dwóch pracowników ochrony, zmiana nocna w godz. 20:00-08:00 – jeden pracownik ochrony.*

*- obsada posterunków w czasie pracy: w dni powszednie oraz niedziele: zmiana dzienna w godz. 08:00-20:00 – dwóch pracowników ochrony, zmiana nocna w godz. 20:00-08:00 – jeden pracownik ochrony. W soboty oraz w dni ustawowo wolne od pracy (za wyjątkiem niedziel): zmiana dzienna i nocna – jeden pracownik ochrony.*

*- zapewnienie w razie potrzeby grupy interwencyjnej w składzie co najmniej dwuosobowym (pracownicy kwalifikowani), zdolnej dotrzeć do obiektu w czasie nie dłuższym niż: w godzinach 08:00-20:00 nie dłuższym niż 15 minut w godzinach 20:01-07:59\ nie dłuższym niż 10 minut.*

*- Zamawiający wymaga, aby usługa realizowana była przez stałą obsadę w ciągu doby, Zamawiający ma prawo do zwiększenia składu stale lub doraźnie (wg. potrzeb),*

Reasumując powyższe – zasady doświadczenia życiowego oraz logicznego rozumowania potwierdzają, że osoby ze stwierdzonym umiarkowanym stopniem niepełnosprawności i związanych z tym ograniczeniach psychofizycznych - nie tylko mogą mieć utrudnione wykonywanie opisanych usług, ale mogą także w sytuacjach kryzysowych stanowić zagrożenie dla siebie i innych. Zamawiający nie może ryzykować zdrowiem i życiem pracowników wykonawcy nawet jeśli ten niejako „ręczy” za nich albo argumentuje, że co do zasady niepełnosprawność nie jest czynnikiem z mocy prawa wyłączającym możliwość pracy w usługach ochrony.

Niemożliwe jest też ryzykowaniem zdrowiem, czy życiem pracowników i osób odwiedzających siedzibę Zamawiającego. Stąd też ustanowiono przedmiotowy warunek, którego oferta Odwołującego nie spełnia.

Oceny czy dany poziom niepełnosprawności umożliwia realizację przedmiotu umowy, powinien

dokonywać nie tylko lekarz, ale i Zamawiający w oparciu o wcześniej ustanowione i jasno sformułowane warunki, co zdaniem Zamawiającego miało tutaj miejsce.

Zamawiający podtrzymuje zatem dokonaną ocenę oferty Odwołującego ponieważ ze złożonych przez niego wyjaśnień wynika wprost, że treść złożonej oferty jest niezgodna z wymaganiami zamówienia.

#### **Stan faktyczny ustalony przez Izbę:**

Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 8 grudnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych o numerze 2022/BZP 00485611.

W dniu 28 grudnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: **HOLDING HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim (Lider Konsorcjum) oraz GREEN HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum), BLUE HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum), HUNTERS24 Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim (Partner konsorcjum), HUMAN HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie (Partner konsorcjum), HUNTERS OCHRONA PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (Partner konsorcjum)** wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu czynności i zaniechania polegające na wadliwym wyborze oferty pozornie uznanej jako najkorzystniejsza, złożoną przez wykonawcę MSA Security Sp. z o.o. oraz

bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów PZP:

- art. 204 ust.1, art.17 ust. 2 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) i art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty pozornie uznanej za najkorzystniejszą i zaniechaniu przeprowadzenia procedury rzetelnego badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: **HOLDING HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim (62-065), ul. Bukowska 114 (Lider Konsorcjum) oraz GREEN HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie (02-326 ) przy Alejach Jerozolimskich 151 lok.4U (Partner Konsorcjum), BLUE HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie (02-326) przy Alejach Jerozolimskich 151 lok.4U (Partner Konsorcjum), HUNTERS24 Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim (62-065), ul. Bukowska 114 (Partner konsorcjum), HUMAN HUNTERS Sp.z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie (02-326) przy Alejach Jerozolimskich 151 lok.4U (Partner konsorcjum), HUNTERS OCHRONA PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (97-300) przy ul. Sulejowskiej 45, (Partner konsorcjum), Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.**

#### **Stan prawny ustalony przez Izbę:**

Zgodnie z art. 204 ust. 1 ustawy PZP, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy PZP, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 204 ust. 1 ustawy PZP, art. 17 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP i art. 16 pkt 1 ustawy PZP, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba zważa, że istotą sporu było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP (pismo Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 grudnia 2022 r.), ponieważ w wyniku złożonych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny Odwołujący zawarł informację, że „[...] Czynności ochrony osób i mienia będące przedmiotem tego postępowania będą wykonywane w części przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności [...]”, a tym samym jest to sprzeczne z wymaganiami zapisanymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załączniku nr 1 do SWZ – Część I, ust 5 pkt 5.7).

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy PZP, 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.

Izba zważa, że Zamawiający pismem z dnia 19 grudnia 2022 r. na podstawie art. 224 ust. 1 PZP wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych w szczególności w odniesieniu do:

1. oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę,
2. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r., poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,
3. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, Odwołujący złożył wyjaśnienia, w tym samym dniu, tj. 19 grudnia 2022 r. powołując się na pomoc publiczną z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w związku z zatrudnieniem czterech osób niepełnosprawnych, stwierdzając, iż: *„Dotacja ta wynosić będzie 3300,00 zł miesięcznie (2 osoby x 1200,00 zł miesięcznie za pracownika z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności oraz 2 osoby x 450,00 zł miesięcznie za pracownika z lekkim stopniem niepełnosprawności, informacja o wartości dofinansowań dostępna jest pod linkiem:*

<https://www.pfron.org.pl/pracodawcy/dofinansowanie-wynagrodzen/wysokosc-dofinansowania-do-wynagrodzen-pracownikow-niepelnosprawnych/>”.

Powyższe wyliczenie Odwołującego znalazło swój wyraz również w kalkulacji kosztów oraz zatrudnienia pracownika na umowę o pracę w 2023 r. dla średniorocznej wartości wynagrodzenia: 3545,00 zł brutto, która to kalkulacja została dołączona do wyjaśnień.

Izba zważy, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (OPZ), stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, Zamawiający wskazał w części I (Ogólna charakterystyka zamówienia) w pkt 1.1, że przedmiotem zamówienia jest ochrona fizyczna osób i mienia, przez koncesjonowanego Wykonawcę w oparciu o postanowienia Ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz.U.2021.0.1995 z późn. zm.), a w czasie realizacji zadań ochrony, Wykonawca realizował będzie przedmiot zamówienia w oparciu o dwóch kwalifikowanych pracowników ochrony przypadających na dzienną zmianę roboczą oraz jednego kwalifikowanego pracownika ochrony na nocną zmianę roboczą, posiadających doświadczenie oraz wiedzę niezbędną do właściwego wykonywania powierzonych obowiązków (pkt 4.1. Części I OPZ).

Natomiast zgodnie z ust. 5 pkt 5.7. Części I OPZ, Zamawiający wymagał, aby wszystkie osoby skierowane przez Wykonawcę do realizacji umowy będą posiadały aktualne badania lekarskie i nie będą posiadały ograniczeń psychofizycznych stwierdzonych grupą inwalidzką, uniemożliwiającą lub utrudniającą wykonanie przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe zapisy OPZ, a także oświadczenie Odwołującego, że zamówienie będzie realizowane za pomocą czterech pracowników z orzeczoną niepełnosprawnością, w tym dwóch z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności i dwóch z lekkim stopniem niepełnosprawności, w ocenie Izby, wynika po pierwsze, że do realizacji przedmiotu zamówienia mogą być skierowane tylko osoby posiadające wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, a po drugie osoby te nie będą posiadały ograniczeń psychofizycznych stwierdzonych grupą inwalidzką, uniemożliwiającą lub utrudniającą wykonanie przedmiotu zamówienia.

Izba zważy, że kwalifikacja do jednej z trzech grup inwalidzkich do końca 1997 roku następowała po odbyciu spotkania z komisją lekarską ds. inwalidztwa i zatrudnienia. W obecnym stanie prawnym grupa inwalidzka określana jest pojęciem stopnia niepełnosprawności.

Zgodnie z art. 2 pkt 10 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, przez niepełnosprawność należy rozumieć trwałą lub okresową niezdolność do wypełniania ról społecznych z powodu stałego lub długotrwałego naruszenia sprawności organizmu, w szczególności powodującą niezdolność do pracy.

Ww. ustawa wprowadziła trzy stopnie niepełnosprawności, tj. znaczny, umiarkowany oraz lekki (art. 3 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych). Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej lub wymagającą czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych (w poprzednim stanie prawnym stanowiła II grupę inwalidzką), zaś do lekkiego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę o naruszonej sprawności organizmu, powodującej w sposób istotny obniżenie zdolności do wykonywania pracy, w porównaniu do zdolności, jaką wykazuje osoba o podobnych kwalifikacjach zawodowych z pełną sprawnością psychiczną i fizyczną, lub mająca ograniczenia w pełnieniu ról społecznych dające się kompensować przy pomocy wyposażenia w przedmioty ortopedyczne, środki pomocnicze lub środki techniczne (art. 4 ust. 3 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych) - w poprzednim stanie prawnym stanowiła III grupę inwalidzką.

Izba zważa, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie kwestionował, że osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności mogą dysponować orzeczeniem lekarskim o zdolności do pracy ani możliwości świadczenia usług ochrony przez osoby z orzeczoną grupą inwalidzką.

Jednakże, co istotne, Odwołujący skupił się na wpisie osób z lekkim czy umiarkowanym stopniem niepełnosprawności na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, pomijając zapisy OPZ w części I i II.

I tak, zgodnie z OPZ, Izba wskazuje na niektóre obowiązki pracowników ochrony:

- pracownicy wykonawcy muszą być wykwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej wyposażeni w środki przymusu bezpośredniego podczas wykonywania obowiązków służbowych (pkt 6.1 Część I OPZ),

- pracownicy wykonawcy muszą posiadać zaświadczenie lekarskie do pracy na urządzeniach RTG (pkt 6.4 Część I OPZ),
- pracownicy wykonawcy muszą podejmować interwencje w przypadku ingerencji osób z zewnątrz lub wewnątrz zagrażających zniszczeniem, kradzieżą lub innym naruszeniem chronionego mienia, w tym zabezpieczać przed wniesieniem na teren obiektu przedmiotów niebezpiecznych, materiałów i urządzeń wybuchowych oraz substancji toksycznych, w celu spowodowania zagrożenia życia lub zdrowia osób znajdujących się na jego terenie i/lub w celu zniszczenia mienia znajdującego się w obiekcie (pkt 1.3, 1.5 Część II OPZ),
- pracownicy wykonawcy muszą dbać o niedopuszczenie do wejścia na teren chronionego obiektu osób nieuprawnionych lub będących pod wpływem alkoholu lub środków odurzających (pkt 3.1 Część II OPZ),
- pracownicy wykonawcy muszą dokonywać ujęć osób stwarzających zagrożenie dla życia, zdrowia, lub nietykalności osobistej, a także dla chronionego mienia obiektu i niezwłocznie przekazać te osoby Policji (pkt 4.16 Część II OPZ),
- pracownicy wykonawcy muszą podejmować próby ugaszenia pożaru przy pomocy podręcznego sprzętu gaśniczego, organizować ewakuację obiektu w przypadku zagrożenia pożarowego zgodnie z instrukcją pożarową obiektu, udzielać pierwszej pomocy przedmedycznej zgodnie z posiadanymi umiejętnościami (pkt 4.12 – 4.14 Część II OPZ).

Izba wzięła również pod uwagę, iż budynek będący siedzibą Zamawiającego jest tylko częściowo dostosowany dla osób niepełnosprawnych, a w szczególności, że tylko po części budynku można poruszać się windą, do wejścia głównego prowadzą schody oraz część systemu przeciwpożarowego, który zabezpiecza najcenniejsze zbiory Zamawiającego (m.in. tzw. Archiwum Ringelbluma) umiejscowiony jest w magazynie na drugim piętrze, do którego prowadzą wąskie, kręte, metalowe schody, a drzwi wejściowe zamknięte są na klucz i dodatkowo zabezpieczone Systemem Kontroli Dostępu, na co zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że opis czynności, jakich ma dokonywać pracownik ochrony, powoduje, że osoba z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności może mieć co najmniej trudności w wykonywaniu przedmiotu zamówienia, a w pewnych przypadkach może nawet spowodować niemożliwość jego wykonania.

Izba zgadza się z Odwołującym, że „nie każda dysfunkcja czy niesprawność fizyczna wyklucza możliwość uzyskania wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony”, jednakże Odwołujący całkowicie pomija fakt, jak już wcześniej Izba zważyła, że warunki opisane w OPZ w ust. 5 pkt 5.7 Część I, jednoznacznie wskazują, że: „wszystkie osoby skierowane przez Wykonawcę do realizacji umowy będą posiadały aktualne badania lekarskie i nie będą posiadały ograniczeń psychofizycznych stwierdzonych grupą inwalidzką, uniemożliwiającą lub utrudniającą wykonanie przedmiotu zamówienia”, patrząc właśnie przez pryzmat przedmiotu zamówienia opisanego w OPZ w części I i II.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że Odwołujący nie wykazał, iż „osoby będą posiadały orzeczenie lekarskie o zdolności do pracy dla stanowiska pracy którego dotyczy niniejsze zamówienie, a orzeczone schorzenie nie będzie uniemożliwiało lub utrudniało wykonanie przedmiotu zamówienia o którym mowa w SWZ”, tym samym Izba uznała powyższe stwierdzenia Odwołującego jako gołosłowne, nie mające pokrycia w materiale dowodowym.

Co istotne, w przedmiotowym postępowaniu wymogi określone przez Zamawiającego nie były kwestionowane przez Odwołującego na etapie ogłoszenia SWZ, jak również nie były składane żadne pytania dotyczące rozumienia treści SWZ, w tym OPZ, co zresztą potwierdził sam Odwołujący na rozprawie.

Na marginesie Izba zważa, że powołany przez Zamawiającego art. 15 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, zgodnie z którym czas pracy osoby niepełnosprawnej nie może przekraczać 8 godzin na dobę i 40 godzin tygodniowo (ust. 1), czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo (ust. 2) oraz osoba niepełnosprawna nie może być zatrudniona w porze nocnej i w godzinach nadliczbowych (ust. 3), nie dotyczy osób zatrudnionych przy pilnowaniu oraz gdy, na wniosek osoby zatrudnionej, lekarz przeprowadzający badania profilaktyczne pracowników lub w razie jego braku lekarz sprawujący opiekę nad tą osobą wyrazi na to zgodę (art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych).

Nadto Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 555 ustawy PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym twierdzenia Odwołującego w piśmie z dnia 9 stycznia 2023 r., że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 6 pkt 2

w zw. z art. 33 ust. 2 ustawy o ochronie osób i mienia, poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż fakt posiadania orzeczenia o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności uniemożliwia uzyskania statusu kwalifikowanego pracownika ochrony, nie mogły być wzięte pod uwagę przez Izbę, ze względu na to, iż zarzuty te nie były objęte zakresem zaskarżenia pierwotnie w treści odwołania.

Izba nie odnosiła się również do innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż przedmiotem rozpoznania przed Izbą są wyłącznie czynności i zaniechania Zamawiającego w danym, konkretnym postępowaniu. Dlatego też, w ocenie Izby dowody wniesione przez Odwołującego w postaci dowodu nr 5 (SWZ Muzeum Wojska Polskiego) dołączony do odwołania, a także dowody w postaci SWZ Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi oraz ogłoszenie o zamówieniu z dnia 1 lutego 2022 r., jak i wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 4 lutego 2022 r. dotyczące innego postępowania, jak również dowody wniesione przez Zamawiającego w postaci notatki służbowej dotyczącej zniszczenia mienia Zamawiającego, zawiadomienie dotyczące popełnienia przestępstwa zniszczenia mienia Zamawiającego z dnia 21 kwietnia 2022 r. i potwierdzenie złożenia zawiadomienia dotyczącego zniszczenia mienia i kradzieży mienia Zamawiającego z dnia 5 grudnia 2022 r., nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Poza tym również dowód w postaci kalkulacji minimalnych kosztów w ramach zatrudnienia pracownika na umowę o pracę w 2023 r. dla średniorocznej wartości wynagrodzenia: 3545,00 zł brutto wniesiony przez Odwołującego na posiedzeniu, w ocenie Izby, nie ma znaczenia na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy.

Konkludując, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, w szczególności zapisy OPZ i materiał dowodowy, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP prawidłowo dokonując odrzucenia oferty Odwołującego jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, jak również Zamawiający nie naruszył art. 204 ust. 1 ustawy PZP ani art. 17 ust. 2 ustawy PZP i art. 16 pkt 1 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 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 pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....