Sygn. akt: KIO 1144/17

WYROK
z dnia 23 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2017 r. przez wykonawcę: **A.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAB-BUD A.Z., ul. Nowosielecka 14a/3, 00-466 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kancelaria Sejmu, ul. Wiejska 4/6/8, 00-902 Warszawa**
przy udziale:
wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Erekta Budownictwo Specjalistryczne Sp. z o.o., ul. Kostki Potockiego 2B/39, 02-958 Warszawa oraz Erekta Budownictwo Sp. z o.o., ul. Kostki Potockiego 2B/39, 02-958 Warszawa**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **A.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAB-BUD A.Z., ul. Nowosielecka 14a/3, 00-466 Warszawa,** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **A.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAB-BUD A.Z., ul. Nowosielecka 14a/3, 00-466 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1144/17

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „przebudowa *i rozbudowa budynku przy ulicy Ludnej 4a".* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 lutego 2017 r. pod numerem 2017/S 027-047027.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Erekta Budownictwo Specjalistyczne Sp. z o.o. oraz Erekta Budownictwo Sp. z o.o. zwane dalej „EREKTA" lub „Przystępujący" jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta złożona przez EREKTA powinna zostać odrzucona, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp;
2) czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu uzyskania wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, od EREKTA w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny pomimo, iż zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia, czym naruszono art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 90 ust 1a

pkt 1 ustawy Pzp;
3) zaniechania czynności odrzucenia oferty EREKTA pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp;
4) zaniechania czynności wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:
a) „unieważnienia czynności wyboru oferty EREKTA jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
b) dokonania powtórnego badania i oceny ofert,
c) wezwania EREKTA do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,
d) odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez EREKTA,
e) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu".

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że zgodnie z opisem kryteriów oceny ofert za kryterium „ceny" wykonawcy mogli uzyskać 60 % wagi skalującej. Wykonawca EREKTA za wykonanie przedmiotowego zamówienia zaoferował cenę w wysokości 27.761.100,00 zł brutto za co otrzymał 60 pkt w kryterium „cena". Odwołujący zaoferował cenę w wysokości 34.470.000,00 zł brutto za co otrzymał 48,32 punktu za kryterium „cena".

Odwołujący podniósł, iż w niniejszym postępowaniu występuje bardzo duża różnica w zaoferowanych cenach w ofertach wykonawców. Złożone zostały, jak wyjaśnił Odwołujący, jedynie dwie oferty, wobec czego, zdaniem Odwołującego, należy porównywać je nawzajem. Tak znaczna różnica finansowa winna, w ocenie Odwołującego, wzbudzić wątpliwość u Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, iż różnica wynosi 6.708.900,00 zł w ofertach, przy szacunkowej wartości zamówienia 29.500.000,00 zł powiększonej o podatek VAT (około 23 %). Taki stan faktyczny, zdaniem Odwołującego, winien wzbudzić u Zamawiającego wątpliwość, co do możliwości realizacji oferowanego przedmiotu przez Wykonawcę.

Odwołujący zwrócił uwagę, że na wzrost ceny oferty EREKTA winno mieć również wpływ zaoferowanie przez owego oferenta spełniania innych kryteriów społecznościowych, w tym między innymi zapewnienie praktyk zawodowych oraz zatrudnienie osób do 30 roku życia oraz po 50 roku życia, posiadających status osób poszukujących pracy, podczas realizacji zamówienia. Odwołujący, jak podał, nie zaoferował spełniania tego kryterium. Spełnienie tych dwóch kryteriów, w ocenie Odwołującego, wiąże się z dodatkowymi kosztami, a zwłaszcza, jeśli chodzi o kryterium polegające na zatrudnieniu osób poszukujących pracy. Wobec czego, analizując wartość zaoferowanej ceny wykonawcy EREKTA, Odwołujący doszedł do wniosku, że winna ona być wyższa.

Odwołujący wskazał również, iż zaoferowany przez wykonawcę EREKTA współczynnik przenikania ciepła w oknach, za który wykonawca otrzymał dodatkowe punkty w ramach kryteriów oceny ofert, jest czynnikiem, który w sposób znaczny wpływa na wartość oferty. Zaoferowanie takich niestandardowych współczynników przenikania ciepła okien, zdaniem Odwołującego, oznacza znaczny wzrost ceny okien, nawet do dwukrotnej jej wartości.

Odwołujący, jak podał, również chciał zaoferować okna o obniżonym współczynniku przenikania ciepła, jednak większość producentów nie zaoferowała spełnienia takiego wymogu. Odwołujący nie otrzymał ofert w tym zakresie. Niektórzy producenci wskazali, jak wyjaśnił Odwołujący, iż osiągnięcie takiego współczynnika jest jedynie teoretyczne, natomiast faktycznie w warunkach polskich taki współczynnik nie będzie osiągnięty. Wobec czego, jak Odwołujący wskazał, nie zdecydował się na oferowanie okien, które faktycznie będą niezgodne z zadeklarowanym stanem.

Mając to na uwadze Odwołujący poddał pod wątpliwość rzetelny sposób badania

oferty wykonawcy EREKTA. Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w formularzu ofertowym nie zobowiązał wykonawców do wskazania typu i producenta zaoferowanych okien. Zamawiający nie pytał również wykonawców, w tym wykonawcy EREKTA o to, jakie okna i za jaką cenę oferuje w niniejszym postępowaniu. Zamawiający, jak wskazał Odwołujący, ograniczył się do przyjęcia oświadczenia wykonawcy w tym zakresie, który zadeklarował spełnienie wymagających współczynników, uzyskując tym samym dodatkowe punkty rankingowe. Pytając wykonawcę o czynniki cenotwórcze oferty, Zamawiający miałby szansę, zdaniem Odwołującego, na zweryfikowanie kryterium współczynników przenikania ciepła w przypadku, gdy nie wymagał podania nazwy oferowanego produktu.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy EREKTA do złożenia wyjaśnień elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami. Odwołujący, jak podkreślił, podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie, z którym to na Zamawiającym ciąży obowiązek, a nie uprawnienie do weryfikacji, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, zaprezentowany w wyroku KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 820/16 z dnia 31 maja 2016 r.: *„Przepis art. 90 ust. 1 Pzp in principio zawiera generalne klauzule, zawierające przy tym pewien element subiektywnej oceny zamawiającego, która to subiektywność z natury rzeczy może mieć miejsce, zwłaszcza gdy zamawiający na etapie oceny ofert dysponuje jedynie informacją o wysokości cen (a nie o elementach, które są podstawą jej wyliczania, czy przyczynach pozwalających na zaoferowanie ceny w takiej, a nie innej wysokości). Przepis w dalszej części podaje przykład, który powinien być traktowany, jako sytuacja wypełniająca wskazane na wstępie klauzule generalne. Nie oznacza to,* że *tylko zaistnienie różnicy 30% od wartości zamówienia lub* średniej *arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, może jedynie uprawniać do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Przepis stanowi bowiem na wstępie,* że *zwrócenie się o wyjaśnienia i dowody powinno mieć miejsce, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. „Wydaje się" czy „budzi wątpliwości zamawiającego" są pojęciami nieostrymi i należy uznać,* że *celowo zostały te pojęcia wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego. Jednocześnie należy wskazać,* że *przepis art. 90 ust 1 Pzp nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym zaniechanie tego obowiązku - gdy okoliczności sprawy*

wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp - może być podnoszone w ramach środków *ochrony prawnej."*

Dalej Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 548/17: *„Jak wynika z literalnej wykładni przywołanego przepisu, osiągnięcie arytmetycznych wskaźników obliguje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Użyte przez ustawodawcę słowo „w szczególności" oznacza,* że *pomiędzy pierwszą a drugą częścią hipotezy tego przepisu zachodzi taki stosunek, zgodnie z którym przekroczenie tych wskaźników zawsze ma budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia. Jest to samoistna przesłanka obligująca do uruchomienia procedury wyjaśniającej. W tej sytuacji odwołujący miał prawo powoływać się wyłącznie na tę okoliczność."*

Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że ciężar udowodnienia, iż cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, jednak obowiązek wykazania prawidłowości oceny wyjaśnień wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust 1 i 3 ustawy Pzp, spoczywa na zamawiającym. Ocena tych wyjaśnień, jak wskazał Odwołujący, stanowi bowiem podstawę do uznania zaoferowania rażąco niskiej ceny za potwierdzone.

Odwołujący podał, że zgodnie z treścią opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji" *„celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego*

przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W konsekwencji, należy odrzucić automatyczne przyjmowanie, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską".

Odwołujący, jak podał, podziela pogląd, iż w celu dokonania oceny, czy wykonawca zaoferował rażąco niską cenę należy zbadać ofertę i poprosić wykonawcę o szczegółowe wyjaśnienie czynników cenotwórczych. Nawet w sytuacji dużej różnicy pomiędzy cenami owe wyjaśnienia są podstawą do badania i oceny oferty.

W niniejszym stanie faktycznym istotny jest również fakt, iż zaoferowana cena jest ceną ryczałtową, a Zamawiający nie nałożył obowiązku sporządzenia kosztorysu, wobec czego Zamawiający, w ocenie Odwołującego, nie dokonał właściwej oceny ofert.

W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 11 lipca 2016 r., sygn. akt: KIO 1020/16 oraz KIO 994/16: *„Cena ryczałtowa jest pojęciem nie mającym umocowania normatywnego. Na gruncie praktyki w obszarze zamówień publicznych pojęcie to używane jest w znaczeniu „wynagrodzenia ryczałtowego", o którym stanowi art. 632 kc. Zgodnie z przywołanym przepisem umówienie się przez strony o wynagrodzenie ryczałtowe,*

ma taki skutek, że co do zasady wykonawca nie może domagać się od zamawiającego jego podwyższenia. Zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w żaden sposób nie zwalnia więc zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia *oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może się uchylić w żaden sposób. Postanowienia SIWZ nie wskazują, jak chciałby odwołujący na pomocniczy charakter kosztorysu. Izba nie zgadza się, też z twierdzeniem, że pomocniczy charakter kosztorysu, wynika ipso iure z ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Poprzednio obowiązujący 88 Pzp, zgodnie z którym przyjmowało się, że cena o charakterze ryczałtowym jest prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia, został uchylony. Zamawiający zobligowany w obecnym stanie prawnym jest do badania na równych zasadach ofert niezależnie od sposobu jej obliczenia ceny oraz sposobu obliczenia wynagrodzenia wykonawcy, gdyż ustawa nie wyprowadza już w tym zakresie* żadnych *domniemań (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2392/12, KIO 2410/12)."*

Pomimo dokonania nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, jak podkreślił Odwołujący, dorobek orzeczniczy Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie rażąco niskiej ceny pozostaje aktualny. Ustawa w dalszym ciągu nie określa, jak podał Odwołujący, co należy rozumieć przez rażąco niską cenę. W jednej branży, zdaniem Odwołującego, nawet niewielka procentowo w porównaniu do innych ofert różnica w cenach będzie oznaczać ofertę z rażąco niską ceną, w innych branżach różnica będzie duża. Ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek weryfikacji zaoferowanej ceny.

W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z różnego rodzaju materiałami, w tym między innymi sanitarnymi, eklektycznymi, instalacji teleinformatycznej itd. Dodatkowo w ramach kryteriów oceny ofert Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania zróżnicowanych materiałów oraz spełnienie dodatkowych kryteriów społecznych. Wszystko to ma wpływ na cenę, zdaniem Odwołującego, przez co, biorąc pod uwagę zróżnicowanie zakresowe oferty, nawet kilkunastoprocentowa różnica cen wykonawców winna wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości, co możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odwołujący podał, że podziela pogląd wyrażony w poniższym orzecznictwie:
Wyrok KIO z dnia 2 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1984/09:
„Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i wartości prac, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są poprzez postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów na nim działających".
Wyrok KIO z dnia 29 maja 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 466/08:

„O rażąco niskiej cenie można mówić w przypadku, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji

zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku."
Wyrok KIO z 16 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 671/08:
„Obowiązujące przepisy ustawy oraz inne przepisy polskiego prawa, jak też prawa europejskiego oraz orzecznictwa w zakresie zamówień publicznych (zespołów arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych, ETS) nie definiują w sposób jednoznaczny, kiedy mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Nie określają też, np. poprzez wzór matematyczny, sposobu obliczenia ceny rażąco niskiej, bowiem każdorazowo należy tę cenę odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju usług, dostaw, czy robót budowlanych, jak też wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia ustalonej z należytą starannością. W jednym bowiem przypadku różnica cenowa kilkunastoprocentowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może już świadczyć *o cenie rażąco niskiej, w innym zaś wprost przeciwnie."*

Odwołujący podniósł, iż znacznym kosztem oferty każdego wykonawcy startującego w niniejszym przetargu winien być koszt związany z udzieleniem gwarancji na instalacje techniczne i multimedialne. Warunki OPZ w tym zakresie były takie same dla każdego z wykonawców, natomiast koszt wiąże się z zaoferowanym okresem gwarancji. Przy zaoferowaniu maksymalnie punktowanego okresu gwarancji należy wliczyć koszt związany z koniecznością wymiany dużej liczby urządzeń w instalacji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia na poziomie 29.500.000,00 zł (protokół postępowania – DRUK ZP-PN pkt 2 ppkt 4).

Zamawiający przyjął następujące kryteria oceny ofert (pkt 6 ppkt 6.1. SIWZ):

1) *„Cena (C) - waga 60 % - sposób obliczenia wartości punktowej w tym kryterium jest opisany w pkt 6.2;*
2) *Okres gwarancji przedmiotu zamówienia (G) - waga 30 % - sposób obliczenia wartości punktowej w tym kryterium jest opisany w pkt 6.3;*
3) *Współczynnik przenikania ciepła okna (WP) - waga 4 % - sposób obliczenia wartości punktowej w tym kryterium jest opisany w pkt 6.4;*
4) *Izolacyjność dachu (ID) - waga 2 % - sposób obliczenia wartości punktowej w tym kryterium jest opisany w pkt 6.5;*
5) *Zapewnienie praktyk zawodowych (ZP) - waga 2 % - sposób obliczenia wartości punktowej w tym kryterium jest opisany w pkt 6.6;*

6) *Zatrudnienie osób do 30 roku* życia *oraz po ukończeniu 50 roku* życia, *posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia (ZW) - waga 2 % - sposób obliczenia wartości punktowej w tym kryterium jest opisany w pkt 6.7."*

Kryteria oceny ofert zostały przez Zamawiającego opisane w następujący sposób:
„6.2. ***Cena (C) - waga 60 % (60 pkt)***
Zamawiający przyzna 60 punktów ofercie o najniższej cenie, każdej następnej zostanie przyporządkowana liczba punktów proporcjonalnie mniejsza, według wzoru: (…)
6.3. Okres gwarancji przedmiotu zamówienia (G) - waga 30 % (30 pkt)
Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w Rozdziale II SIWZ, Wykonawca będzie zobowiązany do udzielenia 60 miesięcznej gwarancji (na roboty budowlane, zamontowane urządzenia techniczne i jezdne regały magazynowe, z wyłączeniem okablowania strukturalnego, o którym mowa w pkt. VI.3 Rozdziału II). Za przedłużenie wymaganego okresu gwarancji Wykonawca otrzyma:

1) *2 pkt - jeżeli przedłuży okres gwarancji o 12 miesięcy;*
2) *6 pkt - jeżeli przedłuży okres gwarancji o 24 miesiące;*
3) *12 pkt - jeżeli przedłuży okres gwarancji o 36 miesięcy;*
4) *20 pkt - jeżeli przedłuży okres gwarancji o 48 miesięcy;*
5) *30 pkt - jeżeli przedłuży okres gwarancji o 60 miesięcy.*

Maksymalny okres gwarancji wynosi 120 miesięcy (obowiązkowy - 60 miesięcy oraz punktowany w niniejszym kryterium - 60 miesięcy, łącznie 120 miesięcy). Deklarację przedłużenia okresu gwarancji Wykonawca powinien złożyć w pkt 4.5) Formularza oferty. Brak deklaracji (niewpisanie żadnego *okresu) będzie uznane za nieprzedłużenie okresu gwarancji ponad wymagany okres 60 miesięcy.W przypadku nieprzedłużenia wymaganego okresu gwarancji, Wykonawca otrzyma 0 pkt w tym kryterium.*

6.4. Współczynnik przenikania ciepła okna (WP) - waga 4 % (4 pkt)
*Wykonawca otrzyma 1,0 pkt za każde zmniejszenie wartości współczynnika przenikania ciepła dla oferowanych okien U_{max} o 0,1 W/m ^{2} *K poniżej projektowanego (U_{max} = 0,9W/m ^{2} *K).*
*Zamawiający przyzna maksymalnie 4 pkt (za deklaracje zmniejszenia współczynnika U_{max} do 0,5 W/m ^{2} *K lub poniżej tej wartości).*
W przypadku niezaoferowania współczynniku przenikania ciepła okien poniżej projektowanego, Wykonawca otrzyma 0 pkt w tym kryterium.
***6.5. Izolacyjność dachu (ID) - waga 2 % (2 pkt)** (…)*
6.6. Zapewnienie praktyk zawodowych (ZP) - waga 2 % (2 pkt)
Wykonawca otrzyma 0,4 pkt za zaoferowanie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę podczas wykonywania robót budowlanych osób odbywających praktykę zawodową zgodnie z przepisami prawa budowlanego niezbędną do uzyskania

uprawnień budowlanych. Każda z zadeklarowanych osób winna być zatrudniona na umowę o pracę na cały etat przez co najmniej 6 miesięcy. Zamawiający przyzna maksymalnie 2 pkt (5 osób). W przypadku niezaoferowania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę osób odbywających praktykę zawodową, Wykonawca otrzyma 0 pkt w tym kryterium.
***6.7. Zatrudnienie osób do 30. roku** życia **oraz po ukończeniu 50. roku** życia,*
posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia (ZW) - waga 2 % (2 pkt).
Wykonawca otrzyma 0,2 pkt za zaoferowanie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę każdej osoby spełniającej powyższe kryteria na umowę o pracę przez okres co najmniej 1 roku na cały etat. Zamawiający przyzna maksymalnie 2 pkt (10 osób). W przypadku niezaoferowania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę w/w osób, Wykonawca otrzyma 0 pkt w tym kryterium."

Ze zbiorczego zestawienia ofert wynika, że Odwołujący zaoferował za wykonanie przedmiotu zamówienia cenę 34.470.000,00 zł brutto (28.024.390,24 zł netto), zaś Przystępujący cenę 27.761.100,00 zł brutto (22.570.000,00 zł netto). Obaj wykonawcy zadeklarowali przedłużenie okresu gwarancji o 60 miesięcy (łączny okres gwarancji 120 miesięcy). Odwołujący w ramach kryteriów oceny ofert zadeklarował spełnianie kryterium ID – izolacyjność dachu, natomiast Przystępujący zaoferował spełnianie: WP – współczynnik przenikania ciepła okna - 0,5; ID – Izolacyjność dachu – 0,10; ZP – Zapewnienie praktyk zawodowych – 5; ZW – Zatrudnienie osób do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia – 10. Powyższe ustalono na podstawie *Zbiorczego zestawienia ofert* oraz oferty Przystępującego.

W Formularzu ofertowym w pkt 4 Przystępujący złożył następujące oświadczenie: *„Oferujemy:*

1) *Współczynnik przenikania ciepła okna poniżej projektowanego Umax = 0,9 [W/m2*K] tj. 0,5 W/m ^{2} *K,*
2) *Izolacyjność dachu poniżej projektowanego U_{max} = 0,14 W/m2*K tj.: 0,10 W/m ^{2} *K,*
3) *Zatrudnienie osób do 30. roku* życia *oraz po ukończeniu 50. roku* życia, *posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia tj. 10 osób,*
4) *Zatrudnienie podczas wykonywania robót budowlanych osób odbywających praktykę zawodową zgodnie z przepisami prawa budowlanego niezbędną do uzyskania uprawnień budowlanych tj. 5 osób,*
5) *Deklarujemy przedłużenie okresu gwarancji o 60 miesięcy."*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności dostrzec należy, że argument podnoszony przez Odwołującego, a mianowicie, iż występuje, jak twierdzi, duża różnica pomiędzy cenami zaoferowanymi przez Odwołującego i Przystępującego, a także pomiędzy wartością

szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT a ceną oferty Przystępującego nie może być podstawą do stwierdzenia naruszenia przepisów art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Należy bowiem zauważyć, że ustawodawca obowiązek prowadzenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny ustanowił jedynie co do zasady w dwóch sytuacjach, kiedy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Oznacza to, że występującą różnicę 30% ustawodawca uznał za bagatelną i w przypadku jej stwierdzenia przez zamawiającego powstaje domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Natomiast różnice, które tego progu nie przekraczają, należy przyjąć, że ustawodawca co do zasady uznał za element konkurencji występującej na rynku. Zdaniem ustawodawcy, nie mają one istotnego znaczenia, bowiem z wystąpieniem tej sytuacji nie wiąże się domniemanie rażąco niskiej ceny, choć oczywiście i te różnice mogą wzbudzić wątpliwości zamawiającego i być podstawą prowadzenia postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Jednakowoż w takiej sytuacji, zdaniem Izby, stwierdzenie występowania różnic poniżej 30%, o których była mowa wyżej, jest niewystarczające do wdrożenia procedury, o której mowa w powołanym przepisie. Konieczne jest, w ocenie Izby, stwierdzenie okoliczności, które przemawiałyby za tym, iż podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny występuje.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego uznać należy, że skoro w niniejszej sprawie, w świetle art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp nie zaktualizował się obowiązek wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, to samo stwierdzenie występowania różnic pomiędzy cenami ofert oraz wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT, które nie osiągają progu 30% nie powoduje powstania po stronie Zamawiającego obowiązku wyjaśnienia ceny oferty, w tym wypadku Przystępującego.

Istnieje, zdaniem Izby, potrzeba wykazania okoliczności, które wskazywałyby, że Zamawiający powinien mieć wątpliwości, co do ceny oferty. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że obowiązek wykazania tych okoliczności spoczywa na Odwołującym. Przypisanie Zamawiającemu zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny wymaga podjęcia przez Odwołującego skutecznej inicjatywy dowodowej.

Odwołujący wskazał pewne okoliczności, które w jego ocenie, mają wpływ na cenę oferty i stanowią o tym, że cena oferty Przystępującego powinna być wyższa. Pierwszą z tych okoliczności, na którą zwrócił uwagę Odwołujący jest spełnianie kryteriów zaoferowanie społecznościowych. Zdaniem Odwołującego, przez Przystępującego zatrudnienia osób odbywających praktykę zawodową, zgodnie z przepisami prawa budowlanego, niezbędną do uzyskania uprawnień budowalnych oraz zobowiązanie się do zatrudnienia osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia, w sposób istotny podwyższa cenę oferty. Niemniej jednak dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący na tej konstatacji poprzestał. W żaden sposób nie wykazał, że czynniki te mają duży wpływ na cenę oferty. Biorąc pod uwagę oświadczenie Odwołującego, złożone na rozprawie, iż koszty zatrudnienia pracowników wynoszą około 5% ceny oferty, w ogóle nie można mówić w odniesieniu do tych okoliczności, że stanowią istotny czynnik cenotwórczy.

Twierdzenie to nie przekonuje i z tej przyczyny, że chodzi o zaoferowanie zatrudnienia osób, którym można powierzyć konkretne czynności w takcie realizacji zamówienia. Mowa więc o wykonaniu pracy, którą w toku wykonywania zamówienia i tak ktoś musiałby wykonać.

Stanowisko, że wykonanie tej pracy przez osoby odbywające praktyki zawodowe, czy też przez osoby poszukujące pracy, bez zatrudnienia, znajdujące się we wskazanym przedziale wiekowym, podraża koszty pracy, wydaje się być nietrafne. Doświadczenie życiowe wskazuje, że osoby odbywające praktyki zawodowe, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie generują dodatkowych, istotnych kosztów, tylko z tego powodu, że pracują pod nadzorem i zdobywają pewne doświadczenie zawodowe. Nie sposób, zdaniem

Izby, twierdzić, że inżynierowie budownictwa, odbywający praktyki zawodowe są na tyle niesamodzielni, iż efekty ich pracy przewyższają koszty nadzoru czy szkolenia. Chodzi przecież o zdobycie doświadczenia wymaganego do uzyskania uprawnień budowlanych, stąd też, jak wskazuje doświadczenie życiowe, są to osoby mocno zaangażowane, chociażby już z tego względu, że jest to pewien etap ich rozwoju zawodowego, stanowiący niezbędny element do uzyskania prawa do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie. Zresztą poziom wykształcenia osób mających odbywać praktyki zawodowe również nie przemawia za przyjęciem, że w istocie są to osoby bezproduktywne, generujące jedynie koszty.

Natomiast co do osób bezrobotnych, zdaniem Izby, również nieuzasadnione jest twierdzenie, że ich zatrudnienie istotnie podwyższa cenę oferty. Nie należy zapominać, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. W toku realizacji przedmiotowego zamówienia zaistnieje konieczność wykonania szeregu prac o niekomplikowanym charakterze. Są to, jak wskazywał Zamawiający, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył, prace

porządkowe, rozbiórkowe, ziemne, które można powierzyć tym osobom. Jednocześnie nie ma żadnych podstaw, żeby twierdzić, że wykonanie tych prac przez wskazane osoby podwyższy koszt realizacji zamówienia.

Niezależnie od tego, że okoliczności tej Odwołujący nie udowodnił, to trudno przyjąć, że realizacja prac niezbędnych do wykonania zamówienia przez osoby, które mają być aktywizowane na rynku pracy będzie wiązała się z poniesieniem wyższych kosztów niż w przypadku osób spoza tej grupy. Tym bardziej, że w przypadku takich osób można skorzystać z instrumentów rynku pracy, o których mowa w art. 44 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t.j. Dz. U. 2016 r., poz. 645 ze zm.), jak chociażby 1) finansowanie kosztów przejazdu do pracodawcy zgłaszającego ofertę pracy lub do miejsca pracy, 2) finansowanie kosztów zakwaterowania w miejscu pracy osobie, która podjęła zatrudnienie lub inną pracę zarobkową, staż, przygotowanie zawodowe dorosłych poza miejscem stałego zamieszkania, w przypadku skierowania przez powiatowy urząd pracy, 3) dofinansowanie wyposażenia miejsca pracy, 4) refundowanie kosztów poniesionych z tytułu opłaconych składek na ubezpieczenia społeczne w związku z zatrudnieniem skierowanego bezrobotnego, 50 finansowanie dodatków aktywizacyjnych. Są to instrumenty, które mają pomóc bezrobotnym w znalezieniu zatrudnienia i zachęcić pracodawców do zatrudnienia takich osób, twierdzenie więc na tym tle, że osoby te będą generować wyłącznie koszty nie znajduje uzasadnienia.

Nadto, Odwołujący nie dostrzegł, że sporne zobowiązanie do zatrudnienia wskazanych osób może być realizowane zarówno przez wykonawcę, jak i podwykonawcę i nie ma obowiązku zatrudnienia tych osób przez cały okres realizacji zamówienia. W przypadku osób odbywających praktyki zawodowe wymóg zatrudnienia dotyczy 6 miesięcy, zaś w przypadku wskazanych osób bezrobotnych jest to okres 1 roku.

Jeśli chodzi o współczynnik przenikania ciepła okna, to na podstawie oświadczeń 2 producentów okien nie sposób stwierdzić, że okien o zaoferowanym przez Przystępującego współczynniku ciepła nie da się wyprodukować. Tym bardziej, że Odwołujący na etapie SIWZ nie kwestionował tego wymogu, jako niemożliwego do spełnienia, a z całą pewnością w jego interesie było podnoszenie tej okoliczności, skoro wiedział, że okien spełniających przez Zamawiającego współczynnik przenikania ciepła na poziomie, który pozwoli wykonawcy na uzyskanie dodatkowych punktów, nie jest w stanie zaoferować.

Co więcej, twierdzenia Odwołującego, że nie ma obiektywnej możliwości zaoferowania okien o podanym przez Przystępującego współczynniku przenikania ciepła pozostają irrelewantne w kontekście zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Miałyby one znaczenie, gdyby Odwołujący postawił zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp z takim

uzasadnieniem faktycznym, iż Zamawiający nie miał podstaw do przyznania Przystępującemu dodatkowych punktów za zaoferowanie współczynnika ciepła na poziomie 0,5 W/m ^{2} *K, bowiem nie jest możliwe jego spełnienie. Tymczasem Odwołujący podniósł

zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp tylko w zakresie nieuprawnionego wyboru oferty najkorzystniejszej z tej przyczyny, że zaktualizowały się przesłanki do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i ewentualnie, jak należy domniemywać, w oparciu o zgłoszone zarzuty, że wybór ten jest przynajmniej przedwczesny z uwagi na obowiązek zbadania, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

Zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący również nie zgłosił, zatem Izba nie ma podstaw do weryfikowania, czy w tym przedmiocie oferta Przystępującego jest zgodna z SIWZ (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Odwołujący stoi na stanowisku, że zaoferowanie *„niestandardowych współczynników ciepła okien oznacza znaczny wzrost ceny okien nawet do dwukrotnej ich wartości”* co po pierwsze, pokazuje, że stanowisko Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne, albo bowiem jest tak, że okien o zaoferowanym przez Przystępującego współczynniku przenikania ciepła nie można zaoferować z przyczyn obiektywnych albo też, że zaproponowanie tego współczynnika wiąże się ze znacznym wzrostem ceny okien.

Po drugie, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że koszt okien stanowi istotny koszt ceny oferty, który powoduje, że wykonanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego powinno budzić wątpliwości.

Trudno na podstawie oświadczenia Odwołującego, jaki koszt w jego ofercie stanowią okna, domniemywać, że ten koszt jest chociażby na zbliżonym, czy dwa razy wyższym poziomie, skoro Odwołujący w tym zakresie zaniechał jakiejkolwiek inicjatywy dowodowej.

Nie można jednocześnie pominąć, że Przystępujący na rozprawie przyznał, że zaoferowany współczynnik przenikania ciepła dotyczy szyb, a nie okien, co czyni całą argumentację Odwołującego w powyższym zakresie bezprzedmiotową.

Natomiast skutki tego oświadczenia nie podlegają ocenie Izby, bowiem Izba rozpoznaje odwołanie jedynie w granicach zarzutów tam zawartych (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Jedynie na marginesie należy wskazać, że Zamawiający winien rozważyć, wobec takiego oświadczenia Przystępującego, czy zachodzą podstawy do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tym bardziej, że jak wynika z odpowiedzi na odwołanie i stanowiska Zamawiającego, oczekiwał on zaoferowania współczynnika przenikania ciepła okien, a nie szyb, na odpowiednim poziomie i jak się wydaje, przyznał Przystępującemu dodatkowe punkty za zaoferowanie współczynnika przenikania ciepła okien na wskazanym przez Przystępującego w ofercie poziomie.

Odwołujący wskazał również, że realizacja zamówienia wymaga użycia różnorodnych materiałów, co ma wpływ na cenę. Trudno odmówić racji temu twierdzeniu. Niemniej jednak Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób rzeczone materiały mają wpływ na cenę i, że przy uwzględnieniu ich kosztów nie ma możliwości wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego.

Analogiczne należy ocenić argumentację związaną z kosztami udzielenia gwarancji na instalacje techniczne i multimedialne. Rację ma Odwołujący, że zakres tej gwarancji jest szeroki, a okres, na który została udzielona, długi. Niemniej jednak Odwołujący zaniechał jakiejkolwiek inicjatywy dowodowej na okoliczność, jaki wpływ ma gwarancja jakości na zaoferowaną cenę i, że jej wpływ jest na tyle istotny, iż realizacja zamówienia za podaną przez Przystępującego cenę nie jest możliwa. Okoliczność, że u Odwołującego ten koszt jest wysoki nie daje podstaw do przyjęcia, że u Przystępującego musi być równie wysoki, tym bardziej, że Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób to skalkulował oraz, że wiąże się to z koniecznością wymiany dużej liczby urządzeń.

Reasumując stwierdzić należy, że zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp należało uznać za chybiony, bowiem nie zaktualizowały się przesłanki wskazane w powołanym przepisie, aktualizujące obowiązek Zamawiającego wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp również należało uznać za nieuzasadniony, bowiem Odwołujący nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił, że realizacja zamówienia za cenę zaproponowaną przez Przystępującego powinna budzić wątpliwości. Podanie przez Odwołującego kilku okoliczności, których istotny wpływ na cenę

jest wątpliwy albo nie wykazano, jaki jest, stanowi niewystarczającą, zdaniem Izby, argumentację, aby można było Zamawiającemu przypisać zaniechanie czynności wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Natomiast zarzuty naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp czy też art. 90 ust. 3 ustawy Pzp są bezprzedmiotowe. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny jest bowiem możliwe tylko na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w tym przedmiocie (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Skoro w niniejszym stanie faktycznym Przystępujący nie został wezwany do złożenia rzeczonych wyjaśnień, to tym samym brak substratu do oceny w zakresie rażąco niskiej ceny i w konsekwencji brak podstaw do stwierdzenia, że oferta zawiera cenę rażąco niską.

Co do ciężaru dowodu, to wskazywany przez Odwołującego przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obciąża inicjatywą dowodową wykonawcę wezwanego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Oznacza to, że gdyby Przystępujący został wezwany do złożenia przedmiotowych wyjaśnień, to jego obciążałby dowód, że zaoferowana przez niego cena ma charakter realny. Natomiast z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie, stąd też oczekiwanie, że to Przystępujący przejmie tę inicjatywę dowodową jest nieuzasadnione.

W tym postępowaniu ciężar dowodu obciąża Odwołującego, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro zaś Odwołujący tego ciężaru nie udźwignął i tym samym nie wykazał trafności podniesionych zarzutów, również zarzut najdalej idący, a mianowicie naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, z powodu wybrania oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej pomimo, że powinna zostać odrzucona, okazał się chybiony.

Tym samym brak podstaw do uznania, wobec niepotwierdzenia się ww. zarzutów, że Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie dokonując wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł.

Przewodniczący: ……