

**WYROK**

**z dnia 12 sierpnia 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 10 sierpnia 2021 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2021 roku przez wykonawcę **Veolia Energia Warszawa Spółka Akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółkę Akcyjną w Warszawie**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Veolia Energia Warszawa Spółka Akcyjna w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Veolia Energia Warszawa Spółka Akcyjna w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
3. zasądza od wykonawcy **Veolia Energia Warszawa Spółka Akcyjna w Warszawie** na rzecz zamawiającego – **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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 – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest kompleksowa dostawa oraz dystrybucja energii cieplnej do obiektów Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 23 lipca 2021 roku wykonawca Veolia Energia Warszawa Spółka Akcyjna w Warszawie wniósł odwołanie wobec opisu kryteriów oceny ofert w ramach treści specyfikacji warunków zamówienia (s.w.z.).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, tj.:

- a) art. 16 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez opisanie kryterium „Zatrudnianie osób niepełnosprawnych” w sposób naruszający uczciwą konkurencję tj. w szczególności w sposób dyskryminujący, skutkujący nieporównywalnością złożonych ofert oraz niezapewniający realnej konkurencji pomiędzy wykonawcami;
- b) art. 240 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz poprzez opisanie kryterium „Zatrudnianie osób niepełnosprawnych” w sposób niejednoznaczny oraz niezrozumiały w zakresie określenia, że osoby niepełnosprawne mają być „zatrudnione do realizacji zamówienia”;
- c) art. 241 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez opisanie kryterium „Zatrudnianie osób niepełnosprawnych” w sposób, który w istocie dotyczy właściwości wykonawcy i nie jest związany z przedmiotem zamówienia.

Wobec przedstawionych powyżej zarzutów, na podstawie art. 554 st. 1 pkt. 1 lit. a i b ustawy P.z.p. odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

- 1) nakazanie zamawiającemu zmianę opisu kryteriów oceny ofert poprzez zastąpienie kryterium „Zatrudnienia osób niepełnosprawnych” innym kryterium jakościowym zgodnym z przepisami ustawy P.z.p.
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu od odwołania.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z pkt. 13 s.w.z. zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

1. cena oferty z podatkiem VAT – 95%
2. zatrudnianie osób niepełnosprawnych – 5%

W zakresie opisu kryterium „zatrudnianie osób niepełnosprawnych” w pkt. 13.1.2. zamawiający wskazał, co następuje:

„W zakresie kryterium „zatrudnienie osób niepełnosprawnych” zostaną przyznane punkty za zatrudnienie do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych na podstawie umowy o pracę co najmniej w ½ pełnego wymiaru czasu pracy na podstawie deklaracji złożone w Formularzu ofertowym”.

W zakresie kryterium „zatrudnienie osób niepełnosprawnych” zostaną przyznane punkty wg następującego wzoru:

$$Z = \frac{Z_{of}}{Z_{max}} \times 5$$

gdzie:

Z - uzyskana liczba punktów dla badanej oferty,

Z max - największa liczba osób niepełnosprawnych ze wszystkich nieodrzuconych złożonych ofert,

Z of - liczba osób niepełnosprawnych, do których zatrudnienia zobowiązał się wykonawca w badanej ofercie.

W formularzu oferty zamawiający zawarł treść oświadczenia: „Oświadczam, że przez cały okres realizacji zamówienia zobowiązujemy się do zatrudniania do realizacji zamówienia - na podstawie umowy o pracę co najmniej w ½ pełnego wymiaru czasu pracy - minimum osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (nie wypełnienie niniejszej deklaracji oznaczać będzie, że wykonawca nie zobowiązuje się do zatrudniania

osób niepełnosprawnych i jego oferta otrzyma 0 pkt w kryterium zatrudnianie osób niepełnosprawnych”).

W Istotnych Warunkach Umowy zamawiający przewidział następujący obowiązek wykonawcy (§ 6 ust. 1): Wykonawca oświadcza, że na potrzeby realizacji umowy zobowiązuje się zatrudnić osoby niepełnosprawne w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych w liczbie (liczba zgodnie z ofertą).

W dniu 29 lipca 2021 roku zamawiający dokonał modyfikacji s.w.z. w zakresie kryterium „zatrudnienie osób niepełnosprawnych” w sposób następujący:

pkt 13.1.2 IDW otrzymuje brzmienie:

W zakresie kryterium „zatrudnienie osób niepełnosprawnych” zostaną przyznane punkty za skierowanie przez Wykonawcę do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych na podstawie umowy o pracę co najmniej w ½ pełnego wymiaru czasu pracy na podstawie deklaracji złożonej w Formularzu ofertowym.

W zakresie kryterium „zatrudnienie osób niepełnosprawnych” zostaną przyznane punkty w następujący sposób:

Liczba osób niepełnosprawnych skierowanych do realizacji zamówienia	Liczba punktów, które otrzyma oferta
20 osób	5 pkt
19 osób	4,75 pkt
18 osób	4,5 pkt
17 osób	4,25 pkt
16 osób	4 pkt
15 osób	3,75 pkt
14 osób	3,5 pkt
13 osób	3,25 pkt

12 osób	3 pkt
11 osób	2,75 pkt
10 osób	2,5 pkt
9 osób	2,25 pkt
8 osób	2 pkt
7 osób	1,75 pkt
6 osób	1,5 pkt
5 osób	1 pkt
4 osób	1 pkt
3 osoby	0,75 pkt
2 osoby	pkt
1 osoba	0,25 pkt
0 osób	0 pkt

Zatrudnienie osoby niepełnosprawnej powinno trwać przez cały okres realizacji zamówienia.

W przypadku wygaśnięcia lub rozwiązania umowy o pracę przed zakończeniem tego okresu, Wykonawca jest obowiązany do zatrudnienia na to miejsce innej osoby niepełnosprawnej w terminie 30 dni.

Jeżeli Wykonawca nie wskaże żadnej liczby osób niepełnosprawnych, które zamierza skierować do realizacji zamówienia, Zamawiający uzna, że Wykonawca nie zamierza skierować osób niepełnosprawnych i przyzna Wykonawcy w tym kryterium 0 pkt.

Przez osobę skierowaną do realizacji zamówienia należy rozumieć następujących pracowników wykonawcy, którzy wykonywali czynności bezpośrednio związane z realizacją Umowy:

- pracowników technicznych wykonujących obowiązki związane z procesem produkcyjnym lub nadzorujących lub kontrolujących proces produkcyjny energii cieplnej (w szczególności

technicy, inżynierowie oraz inne osoby zaangażowane w proces produkcji ciepła od strony technicznej oraz w zakresie kontroli jakości i/lub bezpieczeństwa);

- pracowników technicznych wykonujących obowiązki dystrybucji lub nadzorujących lub kontrolujących proces dystrybucji energii cieplnej (w szczególności technicy, inżynierowie oraz inne osoby zaangażowane w proces dystrybucji ciepła od strony technicznej oraz w zakresie kontroli jakości i/lub bezpieczeństwa);

- pracowników składających się na kadrę administracyjno-organizacyjną odpowiedzialną za obsługę umowy, która zostanie zawarta w wyniku udzielenia niniejszego zamówienia, w zakresie kadrowo-płacowym, finansowym (w szczególności wystawianie faktur) oraz BHP.

pkt II Formularza oferty (załącznika nr 1 do SWZ) otrzymuje brzmienie:

Oświadczamy, że przez cały okres realizacji zamówienia zobowiązujemy się do skierowania do realizacji zamówienia - na podstawie umowy o pracę co najmniej w 1/2 pełnego wymiaru czasu pracy - minimum ..... osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (nie wypełnienie niniejszej deklaracji oznaczać będzie, że wykonawca nie zobowiązuje się do skierowania do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych i jego oferta otrzyma 0 pkt w kryterium „Zatrudnianie osób niepełnosprawnych”).

*Stan faktyczny został ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym: specyfikacji warunków zamówienia oraz wyjaśnień oraz zmian treści swz – pismo z dnia 30 lipca 2021 roku.*

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Zgodnie z art. 242 ust. 1 ustawy P.z.p., najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

- 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;
- 2) ceny lub kosztu.

Stosownie do ust. 2 pkt 2, kryteriami jakościowymi mogą być kryteria odnoszące się

do aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1, w tym osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. 2021 r. poz. 573).

Zamawiający, konstruując kryteria oceny ofert, musi stosować się do treści art. 241 ustawy P.z.p., który w ust. 1 stanowi, że kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. W myśl ust. 2, związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Stosownie zaś do ust. 3, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Wskazany w art. 241 ust. 1 ustawy P.z.p. wymóg, by określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert odnosiły się do przedmiotu zamówienia, oznacza, iż zamawiający nie może stosować dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej.

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, że ustawodawca położył wyraźny nacisk na posługiwanie się kryteriami społecznymi w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający mają prawo wprowadzania do kryteriów oceny ofert klauzul o charakterze społecznym. Zgodnie z tą koncepcją zamawiający nie są zainteresowani jedynie zakupem po najniższej cenie lub o najlepszej relacji jakości do ceny, ale również zapewnieniem, aby zamówienia publiczne przyniosły korzyści społeczne, oraz zapobieganiem niekorzystnym skutkom społecznym podczas realizacji zamówienia lub ich łagodzeniem. Nabywca publiczny może uwzględniać cele społeczne w całej procedurze udzielania zamówienia, pod warunkiem że mają niedyskryminujący charakter i są związane z przedmiotem zamówienia.

W ocenie Izby, zakwestionowane kryterium nie narusza zasad uczciwej konkurencji. Każdy z wykonawców ma dowolność co do przyjętej przez siebie polityki zatrudnienia i strategii budowania przez siebie treści oferty. Jednocześnie kryterium nie uniemożliwia zainteresowanym podmiotom wzięcia udziału w postępowaniu. Wykonawca, który nie zatrudnia osób niepełnosprawnych bądź też zatrudnia ich nieznaną ilość, może tak skonstruować pozostałe oceniane elementy oferty, by jego oferta była nadal konkurencyjna. Sama istota ustalania kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opiera się bowiem na założeniu, że każdy wykonawca zaoferuje wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach, które odpowiadają zasadom oceny ofert w większym



bądź mniejszym stopniu. Dopiero stosunek jakości do ceny lub kosztu decyduje o tym, czy złożona oferta jest najkorzystniejsza, czy też nie.

Na podobną praktykę zezwolono również w wyroku Krajową Izbę Odwoławczą z 15.06.2015 r., KIO 1040/15; KIO 1043/15 wskazano w nim, że: „(...) W myśl art. 91 ust. 2 Pzp kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. (...) W żadnym stopniu postawione kryterium nie może być postrzegane jako utrudnienie konkurencji. (...) Zamawiający w oparciu o przepisy ustawy Pzp nie ma obowiązku precyzowania kryteriów oceny ofert w taki sposób, aby w równym stopniu spełniać oczekiwania każdego z wykonawców na danym rynku usług. Przyjęta przez Zamawiającego waga przedmiotowego kryterium nie jawi się, jako nadmierna. (...) Naturalnym stanem rzeczy jest sytuacja, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy konkurują ze sobą na zasadach uczciwej konkurencji, w oparciu o różne kryteria oceny ofert opisane przez Zamawiającego (...)”.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego, iż zakwestionowane kryterium nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, Izba wskazuje, że argumentacja odwołującego wskazana w odwołaniu utraciła swą aktualność w związku z dokonaną przez zamawiającego modyfikacją s.w.z. z dnia 29 lipca 2021 roku kryterium odnosi się do przedmiotu zamówienia, w której zamawiający w sposób dokładny i precyzyjny wskazał, w jaki sposób zatrudnianie osób niepełnosprawnych odnosi się do przedmiotu zamówienia, poprzez stwierdzenie, iż osoby niepełnosprawne mają być zatrudnione przy procesie produkcyjnym lub dystrybucyjnym oraz obsłudze administracyjno-organizacyjnej. W ten sposób zamawiający powiązał kryterium z przedmiotem zamówienia, jednocześnie wychodząc naprzeciw twierdzeniom odwołującego, iż w przedmiotowym postępowaniu wziąć mogą udział jedynie 2 podmioty – odwołujący jako dystrybutor energii cieplnej oraz PGNiG Termika jako jej producent.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby zakwestionowane przez niego kryterium było dyskryminujące z uwagi na różnicę w ilości osób zatrudnionych przez obydwa wskazane wyżej podmioty. Odwołujący złożył dowody w postaci zaświadczenia z dnia 9 sierpnia 2021 roku oraz wydruku ze strony internetowej <https://termika.pgnig.pl/pracownicy>, na podstawie których wykazał, że odwołujący zatrudnia ogółem 711 osób, natomiast PGNiG Termika – około 1052. W ocenie Izby dysproporcja w ilości osób zatrudnionych nie jest na tyle duża, by stawiała odwołującego w pozycji na tyle gorszej wobec konkurenta, że można by mówić o naruszeniu uczciwej konkurencji przez zamawiającego. Wskazać należy, że zatrudnienie osób niepełnosprawnych jest tylko jednym z kryteriów oceny ofert, w dodatku o znaczeniu niewielkim wobec pozostałych kryteriów (5%). Jak już wyżej wskazano,

wykonawca winien zatem zaoferować takie warunki wykonania przedmiotu zamówienia, by inne oceniane kryteria stanowiły o jego przewadze konkurencyjnej w postępowaniu.

Izba zwraca również uwagę na fakt, iż kryterium społeczne oceny ofert w postaci ilości zatrudnionych osób niepełnosprawnych zostało wskazane przez Urząd Zamówień Społecznych jako dobry przykład zamówień zrównoważonych (patrz: „Dobry przykład społeczny Urząd Miasta Łodzi” - Obsługa i utrzymanie szaletów komunalnych zlokalizowanych na terenie miasta Łodzi w 2017 roku).

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....