Sygn. akt: KIO 293/17

WYROK
z dnia 27 lutego 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 22 lutego 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Ferrovial Servicios S.A. Madryt, Hiszpania

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich

przy udziale wykonawcy A. Ś., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Ś. A. Ś. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Ferrovial Servicios S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania.

   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie m.st. Warszawy, obejmującą 15 rejonów na terenie dzielnic na ulicach krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych oraz 19 rejon tunele jezdne, kładki i przejścia dla pieszych i znaki D-6 zasilane energią elektryczną,*

---

w okresie 01.12.2016 - 30.11.2020 w zakresie Części IV: *Rejon IV – konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Dzielnicy Praga Południe.*

Nakazuje Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie m.st. Warszawy, obejmującą 15 rejonów na terenie dzielnic na ulicach krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych oraz 19 rejon tunele jezdne, kładki i przejścia dla pieszych i znaki D-6 zasilane energią elektryczną, w okresie 01.12.2016 - 30.11.2020* w zakresie Części IV: *Rejon IV – konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Dzielnicy Praga Południe* odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy A. Ś., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Ś. A. Ś. z siedzibą w Pruszkowie, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu stawki roboczogodziny w kryterium oceny ofert „stawka roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne” poniżej stawek wynikających z przepisów prawa .

W pozostałym zakresie zarzutów odwołania nie uwzględnia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FBSerwis Spółka Akcyjna

z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Ferrovial Servicios S.A. Madryt, Hiszpania tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Ferrovial Servicios S.A. Madryt, Hiszpania kwotę 18 600 gr 00 (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 293/17

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *„Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie m.st. Warszawy, obejmującą 15 rejonów na terenie dzielnic na ulicach krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych oraz 19 rejon tunele jezdne, kładki i przejścia dla pieszych i znaki D-6 zasilane energią elektryczną, w okresie 01.12,2016 - 30.11.2020"*

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 września 2016 roku pod numerem 2016/S 174-312517.

13 lutego 2017 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa") wniósł odwołanie wobec:

- czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach **Części IV Zamówienia** (Rejon IV - konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Dzielnicy Praga Południe,
- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy A.a Ś.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Firma Swięcki" z siedzibą w Pruszkowie (dalej: **„Firma** Ś.") **- w Części IV Zamówienia,**
- zaniechania wezwania wykonawcy Firma Ś. do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.; dalej: **„ustawa ZNK")** przez zaniechanie odrzucenia oferty Firma Ś., pomimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji stawką roboczogodziny za wykonanie prac o charakterze awaryjnym i jej znaczącym zaniżeniu wyłącznie w celu maksymalizacji uzyskanej punktacji (przy prawdopodobnym przesunięciu części kosztów tychże prac do drugiego składnika ceny), a tym samym przez zaoferowanie stawki za roboczogodzinę znacznie niższej, aniżeli faktycznie ponoszone w tym zakresie koszty związane z zatrudnieniem pracowników odpowiednio na podstawie umowy o pracę (gdzie koszt jednej godziny

pracy ustalony z uwzględnieniem przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę w roku 2017 wyniesie co najmniej 11,90 zł, a przy uwzględnieniu obligatoryjnych kosztów pracodawcy, tj. opłacanych przez pracodawcę składek na ubezpieczenie emerytalne, rentowe, wypadkowe, Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych co najmniej **14,36 zł)** albo na podstawie umowy cywilnoprawnej, w którym to przypadku minimalny koszt godziny pracy został określony w obwieszczeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 21 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnej stawki godzinowej i wynosi 13 zł, a po uwzględnieniu obligatoryjnych składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne aż **15,68 zł,** podczas gdy wykonawca Firma Ś. zaoferował Zamawiającemu stawkę roboczogodziny na poziomie **8,30 zł;**

2) **art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ZNK** przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy Firma Ś. w sytuacji, gdy zaoferowali oni Zamawiającemu usługę w zakresie prac awaryjnych i eksploatacyjnych w cenie ustalonej poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, gdyż ustalona przez nich stawka ryczałtowa za jedną roboczogodzinę takich prac jest niższa od kosztów ich wykonania wynikających z minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz z minimalnej stawki godzinowej;
3) **art. 7 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez** zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Firma Ś. pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na oferowaniu usług poniżej kosztów ich świadczenia, gdy w analogicznych okolicznościach został wykluczony inny wykonawca, INS- ELEKTRO Odwołujący i Wspólnicy sp. j. w Białej Podlaskiej, który również zaniżył ww. stawkę roboczogodziny, co świadczy o traktowaniu w sposób nierówny wykonawców w postępowaniu;
4) **art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy** przez zaniechanie wezwania wykonawcy Firma Ś. do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość istotnej części składowej ceny, tj. stawki roboczogodziny za prace awaryjne, pomimo iż zaoferował on zaniżoną stawkę cenową w zakresie jednej z istotnych części składowych całkowitej ceny całkowitej (oczekiwanego całkowitego wynagrodzenia, jakie wykonawca uzyskałby w zamian za realizację zamówienia), tj. stawki roboczogodziny za roboty awaryjne i eksploatacyjne, nie uwzględniającej rzeczywistych kosztów, które wykonawca ten będzie ponosił zgodnie z obowiązującym prawem, tj. wynikających z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę kwot odpowiednio: minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia również;

5) **art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy** przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Firma Ś., pomimo iż zaoferowana przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o:
- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie IV Części Zamówienia,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Firma Ś., ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania określonego w pkt 3 powyżej,
- nakazanie Zamawiającemu wezwanie Wybranego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość istotnej części składowej ceny oraz przedstawienia dowodów w tym zakresie,
- zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem jest zainteresowany udziałem w postępowaniu i złożył w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu. Uwzględnienie odwołania doprowadzić może do eliminacji wykonawcy Firma Ś. i tym samym umożliwienia

Odwołującemu uzyskania zamówienia udzielanego w postępowaniu.

Odwołujący następująco uzasadniał

1. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na przesunięciu kosztów robót awaryjnych i eksploatacyjnych do kosztów prac konserwacyjnych.

W ramach postępowania wykonawcy mieli obowiązek podać w swej ofercie cenę utrzymania jednego punktu świetlnego - ocenianą w ramach kryterium cenowego z wagą 60 punktów procentowych oraz jednostkową stawkę cenową za roboczogodzinę dla robót awaryjnych i eksploatacyjnych, ocenianą w ramach osobnego kryterium z wagą 30 punktów procentowych.
Wykonawca Firma Ś. zaoferował Zamawiającemu ww. stawkę za roboczogodzinę na poziomie znacząco zaniżonym, nieuwzględniającym minimalnych kosztów, które zgodnie z obowiązującym prawem musiałby ponieść wykonując roboty awaryjne lub eksploatacyjne na

---

rzecz Zamawiającego. Koszty wykonywania robót budowlanych muszą być bowiem ustalane z uwzględnieniem obowiązujących przepisów, w tym przede wszystkim przepisów prawa pracy oraz przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz odpowiednich przepisów wykonawczych. Zgodnie z art. 13 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r., poz. 1666, ze zm.; dalej: **„k.p.")** każdy pracownik ma prawo do godziwego wynagrodzenia za pracę, przy czym warunki tego prawa określają przepisy prawa pracy oraz polityka państwa w dziedzinie płac, w szczególności przez **ustalenie minimalnego wynagrodzenia za pracę.**
Stosownie do treści art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008, ze zm.; dalej: **„ustawa MWP"),** wysokość wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia ustalonego w trybie art. 2 i 4 ww. ustawy. Każdy pracodawca ma zatem obowiązek zapłaty pracownikom kwoty wynagrodzenia na poziomie odpowiadającym co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. Brak wypełnienia tego obowiązku naraża pracodawcę na odpowiedzialność karną.
Zgodnie bowiem z art. 282 § 1 pkt 1 k.p. kto wbrew obowiązkowi nie wypłaca w ustalonym terminie wynagrodzenia za pracę lub innego świadczenia przysługującego pracownikowi albo uprawnionemu do tego świadczenia członkowi rodziny pracownika, wysokość tego wynagrodzenia lub świadczenia bezpodstawnie obniża albo dokonuje bezpodstawnych potrąceń, podlega karze grzywny od 1 000,00 do 30 000,00 zł.
Stosownie do treści art. 218 § la ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 2016 r. poz. 1137, ze zm.; dalej: **„k.k."),** kto, wykonując czynności w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, złośliwie lub uporczywie narusza prawa pracownika wynikające ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.
Co więcej, w aktualnym stanie prawnym ustawodawca uregulował również wysokość wynagrodzenia, które osoba zatrudniająca musi wypłacać osobom zatrudnionym na podstawie stosunku zlecenia. Zgodnie bowiem z art. 8a ust. 1 ustawy MWP w przypadku umów, o których mowa w art. 734 kc. (zlecenie) i 750 (umowa o świadczenie usług, do której zgodnie z tym przepisem stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu), wykonywanych przez przyjmującego zlecenie lub świadczącego usługi, wysokość wynagrodzenia powinna być ustalona w umowie w taki sposób, aby wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług nie była niższa niż wysokość minimalnej stawki godzinowej ustalonej zgodnie z art. 2 ust. 3a, 3b i 5 ustawy MWP.
Naruszenie tego obowiązku (podobnie jak naruszenie obowiązku wypłaty co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę) wiąże się dla zleceniodawcy (usługobiorcy) z

---

odpowiedzialnością karną. Zgodnie bowiem z art. 8a ustawy MNW, kto będąc przedsiębiorcą albo działając w imieniu przedsiębiorcy albo innej jednostki organizacyjnej wypłaca przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi wynagrodzenie za każdą godzinę

wykonania zlecenia lub świadczenia usług w wysokości niższej niż obowiązująca wysokość minimalnej stawki godzinowej, podlega karze grzywny od 1 000,00 do 30 000,00 zł.

Odwołujący wskazał, że z powyższego wynika, że koszty, jakie obowiązany będzie ponieść wykonawca niniejszego zamówienia przy wykonywaniu robót awaryjnych i eksploatacyjnych (i odstąpić od tych kosztów nie będzie mógł, pod rygorem odpowiedzialności karnej) nie będą niższe, aniżeli wynikające z minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej.
Na rok 2017 kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę została ustalona na poziomie 2 000,00 zł, zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. (Dz. U. poz. 1456). **Ww. kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę była już znana w chwili składania ofert w niniejszym Postępowaniu (rozporządzenie w tej dacie było już opublikowane).**
Kwota ta, w przeliczeniu na jedną godzinę pracy, daje stawkę znacznie wyższą, aniżeli stawka zaoferowana przez wykonawcę Firma Ś..
W roku 2017 łączna liczba godzin pracy wyniesie 2016 (w *tym miejscu w odwołaniu kalendarz oraz tabela)* w przeliczeniu na miesiąc godzin tych będzie **168** (2016:12 = 168).
Odwołujący podniósł, że wykonanie prostego działania matematycznego polegającego na podzieleniu kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę **(2000 zł)** przez średnioroczną liczbę godzin w miesiącu (168) wskazuje na minimalną stawkę za godzinę pracy na poziomie **11,90 zł.**
W przypadku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę wykonawca będzie dodatkowo zobowiązany również do zapłaty tzw. kosztów pracodawcy, tj., części składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, którą zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 963, ze zm.; dalej: **„ustawa SUS")** finansuje płatnik składek (pracodawca). Koszty te w 2017 r. stanowią **20,61%** kwoty wynagrodzenia brutto wynoszą: składka emerytalna:

- 2 000zł x 9,76 % = 195,20 zł,
- składka rentowa: 2 000 zł x 6,50 % = 130,00 zł,
- składka wypadkowa: 2 000 zł x 1,80 % = 36,00 zł,
- składka na FP: 2 000 zł x 2,45 % = 49,00zł,
- składka na FGŚP: 2 000 zł x 0,10 % = 2,00 zł.

W sumie miesięczne minimalne koszty zatrudnienia pracownika wyniosą wykonawców 2,412,20 zł (2 000,00 zł minimalnego wynagrodzenia + 412,20 zł kosztów składek

finansowanych przez pracodawcę), co przy przeliczeniu na 1 godzinę pracy daje kwotę **14,36 zł.**

Minimalne koszty zatrudnienia pracowników byłyby jeszcze wyższe w przypadku, gdyby wykonawca zamierzał zatrudnić osoby wykonujące prace awaryjne i eksploatacyjne na podstawie umów cywilnoprawnych (umów zlecenia lub umów o świadczenie usług). W przypadku takich umów minimalna stawka za godzinę wynosi bowiem **13 zł,** zgodnie z obwieszczeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 21 września 2016 r. (M.P. poz. 934). Stawka ta była już znana w dacie składania ofert w postępowaniu (obwieszczenie zostało **opublikowane przed terminem składania ofert).**
Stawka ta, stosownie do treści art. 16 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy SUS, również musi być powiększona o koszty składek finansowanych przez płatnika (zleceniodawcę lub usługobiorcę) w wysokości **20,61%.** Po takim powiększeniu minimalne koszty, które zgodnie z obowiązującymi przepisami poniesie wykonawca przy powierzeniu wykonywania robót eksploatacyjnych i awaryjnych zleceniobiorcom lub usługodawcom wyniosą **15,67 zł.**
Odwołujący podniósł, każdy z wykonawców składając swą ofertę w ramach postępowania w zależności od przyjętej metody zatrudnienia (umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna), winien był zaproponować stawkę roboczogodziny za wykonanie robót awaryjnych lub eksploatacyjnych co najmniej na poziomie odpowiednio **14,36 zł** lub **15,67 zł.**

Wykonawca Firma Ś. zaproponował jednak Zamawiającemu stawkę znacząco niższą, tj. na poziomie **8,30 zł.**

Odwołujący wskazał, ze wykonawca ten - Firma Ś. zaniżył zatem wartość stawki za godzinę prac awaryjnych lub eksploatacyjnych celem uzyskania korzystniejszej punkcji w ramach opisanego w pkt 16.2.2. SIWZ kryterium oceny ofert „stawka roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne". Koszty te wykonawca uwzględnił zapewne w cenie za konserwację jednej oprawy oświetleniowej, która oceniana była w ramach kryterium oceny ofert opisanego w pkt 16.2.1. SIWZ - cenę tę zaproponował bowiem Zamawiającemu na wyższym niż Odwołujący poziomie.
W konsekwencji, wykonawca Firma Ś. uzyskał wyższą punktację niż Odwołujący, pomimo iż, uwzględniając warunki realizacji zamówienia, wybór jego oferty będzie się wiązał dla Zamawiającego z koniecznością zapłaty wyższego wynagrodzenia, aniżeli miałoby to miejsce w przypadku wyboru oferty Odwołującego.

Opisane działanie Firmy Ś. wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 ustawy ZNK. Zgodnie z tym przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednocześnie w ust. 2 powołanej jednostki redakcyjnej (artykułu 3 ustawy ZNK) wymienione zostały konkretne zachowania, które ustawodawca do katalogu czynów nieuczciwej konkurencji zalicza. Zachowania te zostały zdefiniowane w przepisach art. 5 - 17d ustawy ZNK.
Artykuł 3 ust. 1 ustawy ZNK pełni zarówno funkcję uzupełniającą jak i korygującą. Oznacza to, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zachowanie, którego nie można zakwalifikować zgodnie z art. 5-17d ustawy ZNK, jeżeli jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, a ponadto narusza interes przedsiębiorcy lub klienta bądź mu zagraża. Może też być to zachowanie określone w art. 5-17d ustawy ZNK, (co samo w sobie oznacza sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami) i które ponadto stanowi zagrożenie bądź naruszenie interesu przedsiębiorcy (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r. sygn. akt I CSK 796/10).
Innymi słowy, jeżeli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez ustawę ZNK, należy na podstawie przewidzianej w art. 3 ust. 1 tej ustawy klauzuli generalnej, jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania, z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie (patrz wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 lipca 1995 r., 1A Cr 308/95; por. również wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 maja 2014 r. VI ACa 1478/13).
Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK, do której odsyła ustawa, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17d ustawy ZNK). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą.
Odwołujący w swojej argumentacji powołał się na stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07, zgodnie z którym: "Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i

celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania, jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie konkurencji poprzez rzetelne i niezakłóconego funkcjonowania niezafałszowane współzawodnictwo.” Jednocześnie - jak wskazuje się w piśmiennictwie - o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy "można mówić wówczas, gdy na skutek działania

konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług. W przypadku działań objętych klauzulą generalną, zawartą wart. 3 ust. 1 ustawy ZNK, treść danego działania nie ma znaczenia decydującego" (tak Sąd Okręgowy w Poznaniu sygn. IX Ge 19/07, tak też: P. Sokal: Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje, Monitor Prawniczy nr 24/2011 str. 1322).

Odwołujący wskazał, ze przenosząc powyższe rozważania na grunt stanu faktycznego sprawy należy zauważyć, że działanie Firmy Ś. polegające na zaproponowaniu Zamawiającemu stawki za roboczogodzinę robót awaryjnych lub eksploatacyjnych na poziomie nie uwzględniającym rzeczywistych kosztów, jakie w związku z ich wykonaniem wykonawca ten będzie ponosił, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, dotyczącymi konkurowania przez przedsiębiorców w postępowaniach przetargowych poprzez oferowanie korzystnych dla Zamawiającego warunków.
Pojęcie "dobre obyczaje" jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dobre obyczaje nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (...) oraz ustalone zwyczaje (...) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą (Ewa Nowińska, Michał du VaH, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010).

Na naruszenie dobrych obyczajów w postępowaniu wskazuje w szczególności to, że działanie Firmy Ś. doprowadza do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach gospodarki rynkowej, prowadząc do naruszenia interesów innego przedsiębiorcy na konkurencyjnym rynku (por. również uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1292/15).
W stanie faktycznym sprawy działanie Firmy Ś. nie miało nic wspólnego z rzetelną wyceną wartości tychże robót i nie odzwierciedlało kosztu, które tego rodzaju prace w typowym przypadku (tj. gdyby nie były wykonywane jednocześnie z pozostałymi pracami), realnie by

generowały. W istocie, realizacja robót eksploatacyjnych i awaryjnych za stawkę, którą w swej ofercie zaoferował wykonawca Firma Ś. w ogóle nie byłaby możliwa.
Zaoferowania takiej stawki nie można uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, w szczególności na rynku zamówień publicznych, powinna cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, nie zaś zabiegami czysto matematycznymi nakierowanymi wyłącznie na ustawienie się w pozycji korzystniejszej od innych przedsiębiorców.
Tymczasem, wskazał Odwołujacy, zachowanie Firmy Ś. miało na celu uzyskanie możliwie wysokiej punktacji w ramach kryterium oceny ofert wyłącznie za pomocą prostego zabiegu matematycznego (przesunięcia części ceny prac awaryjnych i eksploatacyjnych do ceny za pozostałe prace konserwacyjne) z pokrzywdzeniem Zamawiającego - który w tym przypadku zostaje doprowadzony do wyboru oferty, która w rzeczywistości nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż **jest w istocie oferta droższa.**
Zaznaczenia przy tym dodatkowo wymaga, że prace awaryjne i eksploatacyjne nie mają charakteru stałego czy pewnego - będą one wykonywane jedynie wówczas, jeżeli zajdzie taka potrzeba (awarie, akty wandalizmu itp.). Zakres ich wykonania nie jest zatem pewny (można jedynie przewidywać, że potrzeba ich wykonywania w zwykłym toku czynności będzie zachodziła). Wykonawca Firma Ś., przenosząc zatem koszty prac z pozycji dotyczącej robót awaryjnych i eksploatacyjnych (zakres „niepewny") do pozycji dotyczącej konserwacji oświetlenia (zakres stały i przewidywalny w najbliżej perspektywie czasowej, niezależny od zaistnienia wypadków „losowych"), naruszył dodatkowo interes Zamawiającego. Zamawiający bowiem, w przypadku zawarcia umowy z Firmą Ś., byłby zmuszony ponosić koszty prac awaryjnych i eksploatacyjnych płacąc stałe wynagrodzenie za konserwację oświetlenia nawet wówczas, gdyby prace awaryjne lub eksploatacyjne w ogóle nie były wykonywane.

Co istotne w ocenie Odwołującego, działanie Firmy Ś. naruszyło nie tylko interes Zamawiającego, ale również innych wykonawców ubiegających się o zamówienie (w tym przypadku interes Odwołującego), bowiem było nakierowane na zmniejszenie ich szansy na uzyskanie zamówienia w postępowaniu.
W tym przypadku działanie Firmy Ś. miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania, skutkując tym, że to właśnie oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza. Gdyby ww. wykonawca zaproponował Zamawiającemu stawkę roboczogodziny za prace awaryjne lub eksploatacyjne na poziomie chociażby odpowiadającym stawce minimalnego wynagrodzenia za pracę (tj. stawkę 14,36 zł netto), jego oferta byłaby ofert drugą w kolejności w rankingu ofert. Przyznać wprawdzie należy, że w takim przypadku punktacja

jego oferty pozostałaby na tym samym co dotychczas poziomie (59,25 w kryterium „cena netto za konserwację 1 oprawy oświetleniowej"; 30 pkt w kryterium „stawka roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne" oraz 10 pkt w kryterium „liczba wyeksploatowanych słupów betonowych lub stalowych wymienionych w każdym roku obowiązywania umowy, w ramach stawki za konserwację 1 oprawy oświetleniowej" 10 pkt, łącznie **99,25** pkt).
Inaczej jednak wówczas kształtowałaby się punktacja uzyskana przez Odwołującego. Otrzymałby on wówczas: w ramach kryterium „cena netto za konserwację 1 oprawy oświetleniowej: jak dotychczas - 60 pkt; w ramach kryterium „stawka roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne": znacznie więcej niż dotąd - aż 29,31 pkt (jako wynik działania: 14,36 / 14,70 * 30); w ramach kryterium „liczba wyeksploatowanych słupów betonowych lub stalowych wymienionych w każdym noku obowiązywania umowy, w ramach stawki za konserwację 1 oprawy oświetleniowej": jak dotychczas, 10 pkt. Łącznie Odwołujący uzyskałby zatem **99,31 pkt** - co jest wartością wyższą, aniżeli **99,25 pkt** uzyskaną przez Firmę Ś..
Powyższe jednoznacznie świadczy o tym, że zaniżenie przez Firmę Ś. stawki za roboczogodzinę było działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, które naruszyło interes Odwołującego. Służyło ono wyłącznie swoistej manipulacji punktacją uzyskaną w ramach oceny kryteriów oceny ofert, nie zaś jakiejkolwiek konkurencji pomiędzy wykonawcami.
Zaznaczenia wymaga, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej taka sytuacja jest jednoznacznie kwalifikowana jako czyn nieuczciwej konkurencji. Tytułem przykładu można tutaj wskazać na następujące orzeczenia Izby:

- uchwała z dnia 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO/KD 17/15: „stawka roboczogodziny (...) stanowiła w niniejszym postępowaniu nie tylko element kalkulacyjny, ale także podkryterium oceny ofert, oceniane w ramach kryterium ceny i będzie - zgodnie z postanowieniami SIWZ - stanowiła podstawę do rozliczania i wypłaty wynagrodzenia umownego za faktycznie wykonane prace. (...) Tak więc poprzez nieuwzględnienie w ramach stawki roboczogodziny faktycznych kosztów związanych z realizacją usług objętych tym zakresem zamówienia i w konsekwencji zaniżeniem wartości tej stawki wykonawca podjął w postępowaniu nieuprawnione działania w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców",
- wyrok z dnia 24 września 2014 r. sygn. akt KIO 1844/14: „przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego. Celem powyższego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków czy konkurowanie ceną, a jedynie wykorzystanie przyjętych w SIWZ

założeń obliczenia ceny - służących jedynie porównaniu zaoferowanych cen - do podwyższenia wynagrodzenia ze szkodą dla zamawiającego",
- wyrok z dnia 3 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2553/15: „Działanie wykonawcy - profesjonalisty obowiązanego do należytego działania - polegające na przyjęciu wartości dla poszczególnych zadań, z pominięciem realności ponoszonych kosztów stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami",
- wyrok z dnia 24 sierpnia 2016 r. sygn. akt KIO 1449/16; KIO 1501/16: „Manipulowanie kryteriami oceny ofert, w tym zaoferowanie nierealnych okresów

gwarancji, uznaje się za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy ZNK";

- wyrok z dnia 23 maja 2016 r. sygn. akt KIO 547/16; KIO 550/16; KIO 552/16: „Działanie wykonawcy polegające na "przerzucaniu" kosztów między odrębnie rozliczanymi usługami płatnymi ryczałtem miesięcznie i usługami, których ilość zleceń nie jest gwarantowana i budowaniu ceny w ten sposób, że cena za część stałą jest wygórowana, a cena za część, która może zostać niezlecona jest znacznie zaniżona, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim zamawiającego".

W tej sytuacji, zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Firmy Ś. stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK.

2. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego zaoferowania ceny rażąco niskiej

Opisane w poprzednim punkcie odwołania zaniżenie stawki roboczogodziny dla robót awaryjnych i eksploatacyjnych winno być również kwalifikowane jako zaoferowanie ceny rażąco niskiej.

Na gruncie zamówienia cena ofertowa (wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą Zamawiający obowiązany będzie zapłacić wykonawcy za wykonaną usługę) składa się z dwóch składników:

- ceny za konserwację punktów oświetleniowych (stanowiącej iloczyn ceny jednostkowej wskazanej w ofercie oraz liczby punktów świetlnych podlegających konserwacji w okresie wykonywania umowy) oraz
- wynagrodzenia za wykonane roboty awaryjne i eksploatacyjne, stanowiącego iloczyn podanej w ofercie stawki za jedną roboczogodzinę takich robót oraz liczby przepracowanych przez wykonawcę godzin w tym zakresie.

Wykonawca Firma Ś. zaoferował wprawdzie cenę (w ujęciu globalnym) na zbliżonym do Odwołującego poziomie (cenę za konserwację opraw nieco wyższą, jednak stawkę za roboczogodzinę dla robót awaryjnych i eksploatacyjnych znacznie niższą), jednak w rażący sposób zaniżył drugą z części składowych tejże ceny (stawkę roboczogodziny dla robót awaryjnych i eksploatacyjnych).

W tym zakresie Odwołujący podniósł, że choć w przypadku instytucji rażąco niskiej ceny zasadą jest badanie charakteru ceny dla całego zamówienia (ceny globalnej), to jednak w określonych sytuacjach faktycznych badanie elementów składowych takiej ceny jest nie tylko dopuszczalne, lecz wręcz konieczne. Sytuacja, która ma miejsce na gruncie tego postępowania, z całą pewnością taki sposób badania przesłanek rażąco niskiej ceny uzasadnia.

Co istotne, w aktualnym stanie prawnym możliwość badania składników ceny pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny została dodatkowo przez ustawodawcę wyeksponowana w treści art. 90 ust. 1 ustawy. Aktualnie przepis ten wprost wskazuje, iż część składowa ceny ofertowej może stanowić przesłankę uznania ceny za rażąco niską. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub **ich istotne cześć składowe,** wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W świetle przywołanego przepisu zasadnicze znaczenia dla ustalenia, czy element składowy ceny może być badany pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny ma zatem ustalenie, czy ów składnik cenowy ma charakter istotny.

W tym zakresie należy zauważyć, że przepisy ustawy pojęcia „istotnej" części składowej ceny nie definiują.

Zgodnie z definicją słownikową pojęcie to oznacza „1. główny, podstawowy; 2. duży, znaczny; 3. Rzeczywisty, prawdziwy" (Słownik Języka Polskiego Wydawnictwa PWN, www.sjp.pwn.pl oraz „taki, który ma duże znaczenie lub duży wpływ na coś" (Wielki Słownik Języka Polskiego PAN, www.wsip.pl). Wydaje się zatem, że za podstawowe kryteria

determinujące możliwość badania składnika ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej winny być uznane okoliczności takie jak to, czy badany składnik stanowi znaczną część całej ceny ofertowej lub też czy składnik ten miał duży wpływ na ww. cenę oraz na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Stanowisko takie znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, które wprawdzie zostało ukształtowane jeszcze przed wejściem w życie ustawy nowelizującej ustawę Prawo zamówień publicznych (ustawy z dnia 22 czerwca 2016

r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw; Dz. U. poz. 1020) tym niemniej, jak się wydaje, również w aktualnym stanie prawnym może stanowić zasadniczą wskazówkę dla ustalenia, w jakich sytuacjach zaniżenie elementu składowego ceny świadczy o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej. W orzecznictwie za takie okoliczności uznaje się m.in.:

- przypadki, gdy wysokość wynagrodzenia jest ustalana **na zasadzie obmiaru,** kiedy określone przez wykonawcę ceny jednostkowe będą decydowały o wartości ostatecznie wypłaconego wynagrodzenia, gdy są „cenami do zapłaty";
- przypadki, gdy zaniżone ceny jednostkowe są **oceniane odrębnie w ramach kryteriów oceny ofert** - i tym samym ich zaniżenie niejako automatycznie ma wpływ na wynik postępowania.

Tytułem przykładu, Odwołujący wskazał na uzasadnienia wyroków Izby:

- z dnia 10 sierpnia 2016 sygn. akt KIO 1295/16 KIO 1309/16; KIO 1311/16, zgodnie z którym „Mając na uwadze odrębny sposób obliczenia ceny oferty: Etap I **-** jednorazowa opłata za wykonanie zakresu objętego zamówieniem; Etap II - wynagrodzenie za jedną roboczogodzinę za sukcesywnie pełniony nadzór w ilości 5000 roboczogodzin (w złączniku nr 7 zostało zmieszczone oświadczenie wykonawcy co do stawki za 1 roboczogodzinę w odniesieniu do ilości 5000 roboczogodzin) - Izba podzieliła stanowisko przedstawione w wynikach kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, mających swój wyraz w przywołanych w uzasadnieniu uchwałach Krajowej Izby Odwoławczej - o zasadności oceny ofert w trybie art. 90 ust 1 ustawy odrębnie dla każdego z etapów realizacji przedmiotu zamówienia",
- z dnia 9 marca 2015 r. sygn. akt KIO 343/15: „wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust 1 P.z.p. Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń, co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia. (...) Co prawda można zgodzić się z twierdzeniem, że tak niewielki procent zamówienia nie może zadecydować o rentowności dla całego kontraktu i co najmniej dziwnym byłoby wymaganie od wykonawców, aby tak skalkulowali poszczególne stawki, aby kwota ryczałtowa za dyżur pozwoliła im na osiągnięcie zysku z umowy. Tym niemniej, zwłaszcza w obliczu przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert jeżeli w przyszłej umowie przyjęto sposób rozliczenia przy użyciu stawek godzinowych za doradztwo i pełnienie dyżuru, to każda z podanych stawek winna odrębnie uwzględniać realia rynkowe i odzwierciedlać koszty rzeczywiście przez wykonawcę ponoszone, za które może żądać od Zamawiającego zapłaty. Miarą bowiem

kontraktu będzie cena za usługi rzeczywiście wykonywane, bez względu na to w jakiej proporcji w odniesieniu do poszczególnych elementów kontraktu (odrębnie doradztwo i dyżur) usługi te będą przez Zamawiającego zlecane do wykonania. Izba w złożonych wyjaśnieniach i prezentowanej przez Odwołującego na rozprawie argumentacji nie znalazła podstaw, aby uznać, że kwota 25 zł netto za godzinę dyżuru specjalisty pokrywa rzeczywiste koszty tego dyżuru. Co więcej, nie można zapominać, iż stawka za pełnienie dyżuru stanowiła jedno z kryterium oceny ofert w ramach ogólnego kryterium ceny. Wysokość tej stawki, wbrew twierdzeniom Odwołującego, mogła mieć znaczący wpływ na uzyskaną punktacje, a tym samym mogła przełożyć się na większe szanse wykonawcy na uzyskanie kontraktu.",
- z dnia 24 września 2014 r. sygn. akt KIO 1844/14: „Z uwagi na to, że to ceny

jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. Z uwagi na powyższe analizowanie zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest w pełni uprawnione";

- z dnia 24 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1734/12: „ceną za wykonanie zamówienia nie będzie wyłącznie łączna cena podana w ofercie za wykonanie dostawy w pakiecie nr 18 w ilościach wymaganych i wskazanych w formularzu, ale cena za dostawę rzeczywiście wykonaną. W tych okolicznościach należy uznać, że ceny jednostkowe mają, zatem cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych dostaw składających się na złożone zamówienie. Wobec powyższego, ceny jednostkowe, jako ceny do zapłaty, mona być rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do danego elementu dostawy".

Z kolei Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opinii prawnej pt. „Badanie rażąco niskiej ceny po nowelizacji" (opinia zamieszczona na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem www.uzp.aov.pl: opinia dostępna w zakładce Urząd Zamówień Publicznych / Repozytorium Wiedzy / Interpretacja przepisów / Opinie prawne dotyczące nowelizacji ustawy P ZP /) wskazuje, że: Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita łub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowymi. (...)Niewątpliwie istotna częścią składowa a zarazem przykładowym elementem oferty mającym wpływ na wysokość ceny łub kosztu, które mogą wydawać sie rażąco niskie, mogą w szczególności być koszty

pracy. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że z dniem 1 września 2016 r. ustawa z dnia 22 łipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1265) zmieniła brzmienie art. 90 ust. pkt 1 ustawy Pzp w ten sposób, że wykonawca udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy nie może wykazywać, że do ustalenia ceny oferty przyjął koszty pracy niższe 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265). Przepis ten swoim zakresem objął tym samym również kwestie wynagrodzenia dla osób wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia oraz umowy o świadczenie usług. Niezależnie od powyższego, należy zaznaczyć, że przepisy określające wysokość minimalnej stawki godzinowej wchodzą w życie z dniem 1 stycznia 2017 r."

Odwołujący podał uwzględniający powyższe, że zaoferowana przez wykonawców stawka za roboczogodzinę dla robót awaryjnych i eksploatacyjnych jako „istotna" część składowa ceny winna zostawać zakwalifikowana.
Po pierwsze bowiem, jest ona odrębnie oceniana przez Zamawiającego jako kryterium oceny oferty. Już sama ta okoliczność wskazuje, że Zamawiający ww. składnik cenowy uznał za istotny na gruncie niniejszego postępowania. Stawka ta ma wpływ na wysokość przyznawanej punktacji w ramach oceny ofert - wpływa zatem bezpośrednio na wynik postępowania. Co więcej, w stanie faktycznym sprawy - co zostało wykazane w pkt 1 uzasadnienia Odwołania, fakt zaniżenia przez Firmę Ś. stawki roboczogodziny za prace awaryjne był czynnikiem decydującym o tym, że to właśnie jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (gdyby wykonawca Firma Ś. stawki roboczogodziny nie zaniżył, wówczas Odwołujący uzyskałby wyższą od niego punktację o 0,06 pkt - zatem w takim przypadku to jego oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu).
Po wtóre, wysokość zaproponowanej przez wybranego wykonawcę stawki za roboczogodzinę dla robót awaryjnych będzie miała bezpośredni wpływ na wysokość rzeczywiście wypłacanego temu wykonawcy wynagrodzenia. Roboty te będą rozliczane po stawce przyjętej w ofercie wykonawcy - zatem zaniżona stawka oznacza niższe całościowe wynagrodzenie. Gdyby wykonawca Firma Ś. zaoferował Zamawiającemu stawkę roboczogodziny na poziomie rynkowym, globalna cena jego oferty byłaby znacząco wyższa (zdaniem Odwołującego nawet wyższa, aniżeli analogiczna cena zaproponowana przez

Odwołującego).
Po trzecie, zaniżenie dotyczy elementu wprost wskazanego w art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy - kosztów pracy - który to element został uznany za istotny przez samego ustawodawcę. W tym zakresie nie może budzić najmniejszych wątpliwości, że stawka roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne, jako:

- element oceniany odrębnie od drugiego składnika cenowego w ramach osobnego kryterium oceny ofert,
- mający bezpośredni wpływ na wynik postępowania,
- determinujący wysokość wynagrodzenia, jakie rzeczywiście zostanie wypłacone wybranemu wykonawcy,
- stanowiący istotny element decydujący o tym, która z ofert złożonych w Postępowaniu jest w ujęciu globalnym droższa,

winna być uznana za istotną część składową ceny ofertowej i tym samym jej znaczące zaniżenie winno skutkować przeprowadzeniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej określonej w art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający takiej procedury nie zastosował - co czyni zasadnym sformułowanie zarzutu dotyczącego naruszenia przez niego art. 90 ust. 1 ustawy.
Negatywny wynik takiej procedury powodować będzie konieczność odrzucenia oferty Firmy Ś. (odpowiednio, w zależności od treści złożonych wyjaśnień, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy bądź art. 90 ust. 3 ustawy), co uzasadnia sformułowanie zarzutu również w zakresie naruszenia ww. dwóch przepisów.
Nadmienił Odwołujący, że prowadzenie procedury wyjaśniającej określonej w art. 90 ust. 1 ustawy nie jest celowe w przypadku, gdy oferta wykonawcy Firma Ś. podlega odrzuceniu na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z dokonaną przez niego manipulacją częściami składowymi ceny (vide: pkt 1 powyżej). W przypadku uwzględnienia tego ostatniego zarzutu (czyn nieuczciwej konkurencji) zasadne będzie nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Firmy Ś. z pominięciem procedury wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

3. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na ofertowaniu usług poniżej kosztów ich wytworzenia

Odwołujący argumentował, że jak zostało wykazane w pkt 1 powyżej, Firma Ś. zaoferowała wykonanie robót eksploatacyjnych oraz awaryjnych w zamian za stawkę nie uwzględniającą minimalnych kosztów świadczenia tychże robót, wynikających z minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej za zlecenie.
Powodem zaproponowania takich warunków cenowych była wyłącznie chęć uzyskania zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania z pokrzywdzeniem innych wykonawców, w tym Odwołującego, który ukształtował swą ofertę cenową rzetelnie i uwzględnił w obu istotnych częściach składowych ceny wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Działanie takie w sposób oczywisty było nakierowane na eliminację innych wykonawców z rynku usług konserwacji oświetlenia na obszarze miasta stołecznego Warszawy. Brak jest podstaw do uznania, aby takie działanie było motywowane innymi względami, takimi jak

chociażby próba wejścia wykonawcy Firma Ś. na rynek - bowiem wykonawca ten na rynku warszawskim już obecnie jest obecny (świadczy usługę konserwacji oświetlenia w dzielnicach Wawer (Rejon nr 5), Rembertów (Rejon nr 6) i Wilanów (Rejon nr 10), ponadto świadczy tego samego rodzaju usługi w gminach okolicznych - np. Pruszków, Michałowice, Jaktorów).
W tym zakresie nie może zatem budzić najmniejszych wątpliwości, że Firma Ś. składając swą ofertą dążyła do sprzedaży usług stanowiących przedmiot zamówienia poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.
Powyższe wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ZNK - co winno prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.
Zamawiający w postępowaniu prawidłowo zidentyfikował okoliczność dotyczącą popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w tym zakresie przez innego wykonawcę - tj. INS-ELEKTRO

O. i Wspólnicy sp.k. z siedzibą w Białej Podlaskiej (dalej: **„INS-ELEKTRO").** Z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę stawki roboczogodziny na poziomie 1 grosza Zamawiający dokonał jego wykluczenia właśnie w oparciu o dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy ZNK w zw. z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ZNK.
W tych okolicznościach niezrozumiałym pozostaje, dlaczego Zamawiający podobnie nie ocenił zaproponowania zaniżonej stawki roboczogodziny przez wykonawcę Firmę Ś.. Wykonawca ten zaproponował wprawdzie stawką znacznie wyższą, niż INS-ELEKTRO, jednak w dalszym ciągu znacznie zaniżoną w stosunku do minimalnego kosztu świadczenia usług. Brak wykluczenia Firmy Ś. z tych samych powodów, z których wykluczony został wykonawca INS-ELEKTRO świadczy dodatkowo o nierównym traktowaniu wykonawców, co stanowi o naruszeniu wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy PZP zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw,

opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku (dalej: „ustawa").

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 lutego 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zamawiający w dniu 14 lutego 2017 roku powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego w dniu 16 lutego 2016 roku przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego tj. wykonawcę A. Ś., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Ś. A. Ś. z siedzibą w Pruszkowie

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie na rozprawie, do protokołu.
Izba uwzględniła również stanowiska pisemne zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 222 lutego 2017 roku *Odpowiedź na odwołanie* oraz w piśmie uczestnika postępowania odwoławczego z dnia 21 lutego 2017 roku *Pismo przystępującego.*

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez uczestnika postępoania odwoławczego:

- dowód nr 2/1 – Zaświadczenie z dnia 17 lutego 2017 roku wystawione przez Onninen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (1 karta),
- dowód nr 2/2 – Oświadczenie z dnia 20 lutego 2017 roku wystawione przez A. A.

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SEA z siedzibą w Piasecznie (1 karta).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania.

Izba, na podstawie art. 190 ust. 2 ustawy dopuściła z urzędu dowód z dokumentu – Kosztorysowe Normy Nakładów Rzeczowych Katalog nr 5 Instalacje Elektryczne i Sieci Zewnętrzne (2 karty – strona tytułowa oraz str. 9)

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie dotyczy Części IV: *Rejon IV – konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Dzielnicy Praga Południe* w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie m.st. Warszawy, obejmującą 15 rejonów na terenie dzielnic na ulicach krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych oraz 19 rejon tunele jezdne, kładki i przejścia dla pieszych i znaki D-6 zasilane energią elektryczną, w okresie 01.12.2016 - 30.11.2020.*

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Ustawa Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa"):

- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

- art. 90 ust. 1 ustawy - *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:*

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

- art. 90 ust. 3 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień*

lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

- art. 91 ustawy:
1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:
1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
3) aspekty środowiskowe, *w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;*
4) aspekty innowacyjne;

---

5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Ustawia z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 ze zm.; dalej ustawa z.n.k.):

- art. 1 ustawy z.n.k - *Ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolnej, budownictwie, handlu i usługach – w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów.*

- art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k.- *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta,*

- art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z.n.k. – *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub* świadczenia *albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego

wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…).*

III.

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów jakie zostały określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ustępie 2 ww. artykułu ustawodawca wskazał otwarty katalog kryteriów oceny ofert jakimi może posłużyć się Odwołujący w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Zaznaczyć należy, że wskazane w przepisie kryteria mają jedynie charakter przykładowy. Zgodnie z brzmieniem ustawy to Zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Zasadą jest, że kryteria jakie stosuje Zamawiający muszą być

obiektywne i niedyskryminacyjne jak również nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 ustawy). Wskazać należy, że w wyniku wskazanej na wstępie stanowiska Izby nowelizacji przepisów ustawy, jak również nowelizacji z 28 sierpnia 2014 roku, o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Obecnie Zamawiający będą poszukiwać różnych rozwiązań, które z jednej strony pozwolą im na określenie kryteriów oceny ofert zgodnie z wymaganiami ustawy a jednocześnie będą pozwalały na określenie realnych wymagań pozwalających na zmaksymalizowanie dokonania wyboru oferty odpowiadającej potrzebą w zakresie przedmiotu zamówienia. Określone przez Zamawiającego wymagania w przedmiocie zamówienia to w zasadzie niekończąca się możliwość doboru kryteriów, bowiem to przedmiot zamówienia, jego charakter i potrzeby Zamawiającego wskazane w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kreują budowę kryterium oceny ofert, którego kształt i charakter zdeterminowane są w szczególności rodzajem zamówienia. Poszukiwanie przez Zamawiających kryteriów oceny ofert winno stanowić stały element postępowań, bowiem każde z zamówień w zasadzie jest inne, jak również inne są potrzeby każdego Zamawiającego. Podkreślenia wymaga także, że ustawowe wymagania co do kryteriów pozacenowych są szersze, czego efektem mogą być ukształtowane przez Zamawiających kryteria oceny ofert nieznane, niestosowane dotychczas. W tym miejscu warto wskazać jako przykład rozwoju kształtowania kryteriów oceny ofert kryterium – termin płatności, którego dopuszczalność została potwierdzona w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 roku sygn. akt III CZP 52/02.

Izba wskazuje, że kryteria oceny ofert, ich waga i sposób oceny znane są wykonawcom od momentu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający ukształtował w rozdziale 16 Specyfikacji Istotnych

Warunków Zamówienia – *Opis kryteriów oceny ofert oraz aukcja elektroniczna* następujące kryteria oceny ofert:

16.1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie dwa kryteria oceny oferty:

- *cena netto za konserwację 1 oprawy oświetleniowej : 60%*
- *stawka roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne : 30%*
- *liczba wyeksploatowanych słupów betonowych lub stalowych wymienionych w każdym roku obowiązywania umowy, w ramach stawki za konserwację 1 oprawy oświetleniowej: 10%*

Oferta spełniająca w najwyższym stopniu wymagania kryterium otrzyma najwyższą ilość punktów. Pozostałym Wykonawcom przypisana zostanie odpowiednio mniejsza ilość punktów.

16.2. Ocena ofert w zakresie przedstawionego kryterium zostanie dokonana według następujących zasad

16.2.1. W zakresie kryterium „cena netto za konserwację 1 oprawy oświetleniowej ” oferta może uzyskać max 60 punktów.

Ocena punktowa dokonana zostanie zgodnie z formułą:

$$Wc = \frac{\text{Cena minimalna}}{\text{Cena ofertowa}} \times 60 \text{ pkt}$$

16.2.2. W zakresie kryterium „stawka roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne ” oferta może uzyskać max 30 punktów.

Ocena punktowa dokonana zostanie wg wzoru:

$$Wc = \frac{\text{Stawka minimalna netto}}{\text{Stawka ofertowa netto}} \times 30 \text{ pkt}$$

Uwaga: stawka ofertowa nie może być większa niż średnia *stawka roboczogodziny netto dla Warszawy w kwartale poprzedzającym otwarcie ofert dla robót elektrycznych z sekocenbudu. W przeciwnym przypadku Wykonawca z automatu otrzymuje za to kryterium 0 pkt.*

W przypadku nie wskazania w pkt 6 formularza oferty stawki roboczogodziny wykonawca otrzyma 0 pkt i w jego ofercie zostanie przyjęte 0 zł.

16.2.3. W zakresie kryterium „stawka roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne ” oferta może uzyskać max 30 punktów.

W zakresie kryterium „liczba wyeksploatowanych słupów betonowych lub stalowych wymienionych w każdym roku obowiązywania umowy, w ramach stawki za konserwację 1 oprawy oświetleniowej” oferta może uzyskać max 10 punktów.

Ocena punktowa dokonana zostanie zgodnie z poniższym:

Wymiana 15 szt lub powyżej – 10 pkt, Wymiana 14 szt. – 9 pkt Wymiana 13 szt. – 8 pkt Wymiana 12 szt. – 7 pkt Wymiana 11 szt. – 6 pkt Wymiana 10 szt. – 5 pkt Wymian 9 szt. – 4

pkt Wymian 8 szt. – 3 pkt Wymiana 7 szt. – 2 pkt Wymiana 6 szt. – 1 pkt Wymian 5 szt. i mniej – 0 pkt.

W przypadku braku deklaracji/nie zaznaczenia w formularzu oferty w pkt 5 pozycji, wykonawca otrzyma 0 pkt

Kryterium oceny ofert ukształtowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu niewątpliwie nie należy do standardowych kryteriów oceny ofert jak termin gwarancji, czy realizacji czy ocena koncepcji np. sprzątania. Jednakże w ocenie Izby są owe kryteria jednoznaczne i czytelne.

Odwołujący w treści odwołania w zakresie zarzutu naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w**

zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k. wskazał na zaniechanie odrzucenia oferty Firma Ś. z uwagi na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji stawką roboczogodziny za wykonanie prac o charakterze awaryjnym lub eksploatacyjnym i jej znaczącym zaniżeniu w celu maksymalizacji uzyskanej punktacji - zarzut ten Izba uznała za zasadny.

W ocenie Izby wykonawca składający oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jak również Zamawiający, który jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, są związani obowiązującymi przepisami prawa.
W ramach kryterium *stawka roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne* Zamawiający w SWIZ w punkcie 16.2.2 jednoznacznie określił górną granicę stawki za roboczogodzinę, która będzie uprawniała wykonawcę do uzyskania punktów w tym kryterium - *stawka ofertowa nie może być większa niż* średnia *stawka roboczogodziny netto dla Warszawy w kwartale poprzedzającym otwarcie ofert dla robót elektrycznych z sekocenbudu.* Jednocześnie Zamawiający prawidłowo i poprawnie określił sytuację, w której zaoferowana przez wykonawcę stawka za roboczogodzinę będzie większa niż średnia stawka roboczogodziny netto dla Warszawy w kwartale poprzedzającym otwarcie ofert dla robót elektrycznych z sekocenbudu, wskazując, że *w przeciwnym przypadku Wykonawca z automatu otrzymuje za to kryterium 0 pkt.* Tym samym, Zamawiający jednoznacznie wskazał co będzie punktował oraz zakreślił wykonawcom biorącym udział w postępowaniu ten zakres, w który był uprawniony ingerować (a nawet był zobowiązany określając górną granicę przyznawania punktów).
Jednocześnie Zamawiający nie wskazał drugiej z granic, czyli minimalnej stawki jaką wykonawcy mogą zaoferować za jedną roboczogodzinę. W ocenie Izby fakt tego, że Zamawiający nie wskazał tej minimalnej granicy, nie oznacza, że granica ta nie jest określona. Szczególny rodzaj kryterium jakie zostało przyjęte przez Zamawiającego w tym

postępowaniu, tj. stawka roboczogodziny, regulowany jest bowiem obowiązującymi przepisami prawa.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom zawartym w piśmie z dnia 22 lutego 2017 roku „Odpowiedź na odwołanie", nie wynika z dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, że „roboczogodzina", do której odnosi się kryterium ma być rozumiana przez wykonawców w ten sposób, że stawka roboczogodziny jest „stawką roboczogodziny kosztorysowej, opartej na KNNR-ach (…) która ma charakter normatywny i obejmuje znaczenie szerszy zakres czynności, niż niezbędne do wykonania wymaganych w SIWZ prac awaryjnych lub eksploatacyjnych, a przede wszystkim nie jest odpowiednikiem godziny zegarowej pracy pracownika." Nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, bowiem z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, że Zamawiający będzie dokonywał rozliczenia roboczogodziny zgodnie z KNNR-ami.
Podkreślenia wymaga, że zgodnie z postanowieniami Wzoru umowy w § 9 ust.5 Zamawiający wymagał „Każdorazowo do sprawy winien być załączony (…) kosztorys, sporządzony według średnich stawek SEKOCENBUD (za materiały, sprzęt i robociznę) obowiązujących w kwartale poprzedzającym wystąpienie awarii lub robót eksploatacyjnych, za wyjątkiem stawki roboczogodziny, której wartość przyjmuje się zgodnie z ust.6. (…)" Natomiast zgodnie z ust. 6 „do rozliczenia kosztów robocizny za wykonanie prac awaryjnych bądź eksploatacyjnych przez cały okres obowiązywania niniejszej umowy, przyjmuje się stawkę roboczogodziny, zgodnie z ofertą Wykonawcy w wysokości … zł netto." Tym samym, Zamawiający wyłączył jeden z elementów, składowych ceny zrealizowanej roboty i w tym zakresie będzie posługiwał się zaoferowaną stawką roboczogodziny – stałą i jednakową dla wszystkich robót.
Izba wskazuje również na kolejne postanowienie tego paragrafu umowy, gdzie w ust. 7 Zamawiający określił, że „w przypadku gdy użyte materiały nie będą znajdowały się w cenniku SEKOCENBUD podstawą do zwrotu ich kosztów będzie faktura VAT wystawiona przez producenta/dostawcę, opiewająca na kwoty nieodbiegające jednak od cen rynkowych danych materiałów/urządzeń." Wskazuje to na przyjęcie przez Zamawiającego innego, kolejnego sposobu określenia cen materiałów za zrealizowane usługi.
W ocenie Izby nadal z tych postanowień SIWZ nie sposób wyczytać, że *stawka roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne,* która stanowiła określone kryterium,

stanowi stawę roboczogodziny kosztorysowej opartej na KNNR-ach. Sam Zamawiający w złożonym piśmie wskazał, że „nie określił zasad, które powinny mieć zastosowanie do określenia stawki roboczogodziny (…)".
Dla podkreślenia Izba wskazuje, że Izba nie ocenia w tym postępowaniu zasadności czy też niezasadności stosowania do rozliczeń stawki roboczogodziny kosztorysowej opartej

na KNNR-ach lecz dokonuje oceny tego, jak należało w takim stanie faktycznym, w zakresie przyjętych postanowień SIWZ wyliczyć stawkę za roboczogodzinę, która jednocześnie jest kryterium oceny ofert.
Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie wskazał, że „roboczogodzina (r-g) powszechnie stosowana w rozliczeniach kosztorysowych, w szczególności przy rozliczaniu prac awaryjnych i eksploatacyjnych jest miarą wykonywanej pracy tj. jest to przeciętna ilość pracy, która powinna zostać wykonana przez jedną osobę podczas jednej godziny zegarowej; na podstawie roboczogodziny ustala się plany, harmonogramy pracy i kosztorysy." Nie sposób nie zgodzić się z tym stanowiskiem Zamawiającego, jednakże choć wskazuje Zamawiający na Załącznik nr 1 do wzoru umowy – Wykaz obowiązków wykonawcy (pkt 27: „w ciągu 2 dni roboczych po wystąpieniu awarii, Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia przedstawicielowi Zamawiającego dokumentacji jednoznacznie określającej miejsce i zakres awarii (protokół konieczności awaryjny). Dokumentacja powinna zawierać, co najmniej dwie fotografie z naniesioną datą, prezentujące miejsce i zakres awarii, protokół pomiarów rezystancji izolacji w przypadku awarii kabli oświetleniowych oraz kosztorys powykonawczy sporządzony według zasad określonych w § 9 ust. 9 umowy."), w którym odnosi się do sporządzenia kosztorysu powykonawczego (brak we wzorze umowy ust. 9, odniesienie do sposób sporządzenia kosztorysu znajduje się w ust. 6 wzoru umowy) to jednocześnie podkreśla, że stawka roboczogodziny będzie stała, taka jaka została przedstawiona w ofercie (§ 9 ust. 6 wzoru umowy), co również podkreślał na rozprawie. W tym miejscu Izba zaznacza, że w zakresie robót awaryjnych i eksploatacyjnych został przewidziany różny zakres prac, a proponowana stawka w ofercie, jednocześnie będąca jednym z kryteriów oceny ofert, jest jednolita dla wszystkich prac awaryjnych lub eksploatacyjnych. Zamawiający wskazywał na doświadczenie Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego w realizacji tego typu robót w latach poprzednich jak również dotychczasową praktykę opartą na KNNR- ach w rozliczaniu tych robót, która jak wskazywał Zamawiający jest znana wszystkim wykonawcom ubiegającym się o zamówienie. Jednakże ta argumentacja nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania, a w stosunku do poprzednio prowadzonych postępowań wprowadzono diametralną zmianę, tj. podanie stawki roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne, która wcześniej nie była określana, natomiast w obecnie prowadzonej procedurze o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wymaga podania tej stawki jednocześnie kształtując w oparciu o tą stawkę kryterium oceny ofert. Jednocześnie Izba podkreśla, że to nie ogólna wiedza o dotychczasowym sposobie rozliczania robót awaryjnych i eksploatacyjnych stanowi podstawę złożenia oferty, lecz określone przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania zasady i ewentualny sposób rozliczania się z wykonawcą realizującym zamówienie. Należy podkreślić, że w zakresie robót awaryjnych i eksploatacyjnych nie były

składane na etapie składania ofert żadne kosztorysy ofertowe, a do określenia stawki roboczogodziny nie zostały określone żadne zasady w dokumentacji postępowania. Sąd Okręgowy w Rzeszowie, w wyroku z dnia 27 maja 2010 roku I C 3/09 roku wskazał, że : *1. O ocenie czy postępowanie prowadzone jest zgodnie z zasadami ustalonymi ustawą decyduje treść dokumentów, bowiem jedną z najważniejszych cech postępowania w sprawach udzielenia zamówienia publicznego jest pisemność i jawność. 2. Wola stron postępowania o udzielenie zamówienia jest jego istotnym elementem, ale nie jest dopuszczalne interpretowanie zgodnego zamiaru stron czy dokonywanie interpretacji złożonych oświadczeń wbrew ich treści. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i ze względu na swój charakter musi takim pozostać dla zapewnienia maksymalnej kontroli realizacji celów gospodarczych za* środki *publiczne.*
Dlatego też uzasadnienia istnienia konieczności danego postępowania przy rozliczaniu robót nie może być oparte na tym jak to było dotychczasowo u Zamawiającego, lecz musi być

zgodne z postanowieniami dokumentacji. Izba wskazuje, że nawiązywanie do poprzednich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest niezasadne, bo jak zauważył sam Zamawiający, w poprzednich stawka roboczogodziny za roboty awaryjne i eksploatacyjne nie była określana. Natomiast sposób i zakres robót awaryjnych i eksploatacyjnych zlecany był w inny sposób.

Podkreślenia wymaga również, że posłużenie się wskazaniem, że rozliczenie robót będzie wykonane w oparciu o kosztorys powykonawczy również nie przesądza, nie stanowi podstawy do przyjęcia, że stosowane będą KNNR-y. Zobowiązanie wykonawcy do przedstawienia kosztorysu powykonawczego powinno również wskazywać podstawy dokonania obliczeń i sporządzenia kosztorysu powykonawczego – w rozpoznawanej sprawie nie ma mowy o tym, aby do sporządzenia kosztorysu stosowane były KNNR-y. Kosztorys powykonawczy, w tym przypadku, stanowić będzie zestawienie faktycznie wykonanej pracy ze wskazaniem czasu w jakim ona została wykonana oraz stawkę roboczogodziny jaką zaoferował wykonawca, natomiast w zakresie sprzętu i materiałów wykorzystanego do robót zostaną zastosowane określone przez Zamawiającego średnie ceny sekocenbudu, a w przypadku, gdy sekocenbud nie przewiduje danych cen materiałów w oparciu o faktury ich zakupu. Izba wskazuje w tym miejscu, że Zamawiający na rozprawie wskazał, że wynagrodzenie za roboty awaryjne i eksploatacyjne *co należy podkreślić, jest ono inne, niż wynagrodzenie kosztorysowe.*

Odnosząc się do postanowienia SIWZ: *W przypadku nie wskazania w pkt 6 formularza oferty stawki roboczogodziny wykonawca otrzyma 0 pkt i w jego ofercie zostanie przyjęte 0 zł,* Izba wskazuje, że również i ta informacja Zamawiającego nie zmienia faktu, że uczestnicy rynku

zamówień publicznych nie są związani przepisami powszechnie obowiązującym w zakresie minimalnego wynagrodzenia pracowników. Należy wskazać, że gdyby przypisać ww. zdaniu znaczenie inne poza uporządkowaniem postępowania (Zamawiający w sposób prawidłowy w SWIZ określił sytuację, co się wydarzy gdy nie zostanie podana stawka roboczogodziny), mielibyśmy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający musiałby przyjąć ofertę ze stawką 0 zł, co oczywiście nie byłoby możliwe z uwagi na obowiązujące przepisy. Izba wskazuje, że na podstawie decyzji Zamawiającego jeden z wykonawców, który zaoferował stawkę roboczogodziny 1 gr został odrzucony z postępowania „2) z uwagi na złożenie oferty (…), której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie stawki roboczogodziny za roboty awaryjne i eksploatacyjne, 3) z uwagi na złożenie oferty z rażąco niską ceną w postaci 1 grosza za roboty awaryjne i eksploatacyjne". To pokazuje, że sam Zamawiający w trakcie prowadzenia postępowania prawidłowo odczytał treść SWIZ, tym bardziej niezrozumiała jest argumentacja Zamawiającego przedstawiona na rozprawie, że „w pkt 6 formularza oferty wskazanie 0 punktów i 0 zł pojawiło się dlatego, żeby nie pozostawały puste miejsca, natomiast gdyby jakiś wykonawca złożył ofertę i nic tam nie wpisał, to Zamawiający uzupełniłby, że tam jest 0 zł i dostałby 0 punktów, natomiast gdyby wpisał 0 zł wykonawca, to Zamawiający wezwałby go do wyjaśnienia, dlaczego zaoferował stawkę roboczogodziny 0 zł." Nie sposób uznać za prawidłowe takie rozumienie, które w zależności od tego, czy wykonawca poda stawkę roboczogodziny czy nie, skutkuje wykonaniem w stosunku do niego danych czynności.

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie i w pismach procesowych, a odnosząca się do tego, że z przyjętego sposób rozliczenia wynika jako rzecz oczywista, że w wartościach materiału i sprzętu wycenianych według średniej ceny sekocenbudu, co wynika z umowy, wykonawca będzie mógł generować oszczędności, co wynika z doświadczenia Zamawiającego, bowiem stawki, za które wykonawca uzyskują materiały i sprzęt do realizacji, są niższe niż średnie stawki z sekocenbudu, również nie zasługuje na uwzględnienie, a w zasadzie stanowi potwierdzenie tezy Odwołującego wskazującą na swoistą inżynierię cenową w kształtowaniu wysokości stawki roboczogodziny. Argumentacja Zamawiającego wskazywała również na to, że czas pracy przy realizacji robót awaryjnych i eksploatacyjnych wynika z KNNR-u, czyli taka wartość czasu, jaka została określona dla danej roboty w KNNr-ach, taka będzie przyjmowana przez Zamawiającego dla rozliczenia wynagrodzenia. W uzupełnieniu Zamawiający wskazał, że KNNR-y powstały w latach 80-

tych kiedy to efektywność pracy była mniejsza, dzisiaj szybciej wykonywane są te prace. W efekcie skutkuje to tym, że jeżeli dane prace będą trwały krócej, niż przewiduje to KNNR, to niezależnie od tego wykonawca będzie miał wypłacone zgodnie z normami KNNR.

32

Zamawiający i uczestnik wskazywali, że pozwoli to na gromadzenie środków, z których może być wypłacane wynagrodzenie. W piśmie Zamawiający wskazał przykład zgodnie z którym, „faktyczna liczba roboczogodzin potrzebna do wymiany słupa betonowego jest o około 50% mniejsza liczby roboczogodzin wynikających z ww. katalogów KNNR". Izba wskazuje, że również uczestnik postępowania odwoławczego w złożonym piśmie w sposób jednoznaczny określił, że w związku z tym, że przez cały okres obowiązywania umowy Zamawiający nie gwarantuje wykonawcy realizacji choćby jednej godziny realizacji robót awaryjnych i eksploatacyjnych, a wykonawca musi mieć personel, to oczywiste jest, że wynagrodzenie personelu osobowego zostanie pokryte z innych źródeł np. ceny a oprawę, materiałów, sprzęt – natomiast wynagrodzenie za roboty awaryjne lub eksploatacyjne będzie „wartością dodaną i tylko dodaną powiększającą już wcześniej założony zysk". Taka argumentacja w sposób jednoznaczny potwierdza, że koszty pracownika zostały ujęte w zupełnie innych pozycjach i stawka roboczogodziny nie ma nic wspólnego z wynagrodzeniem a jedynie służy podnoszeniu zysku wykonawcy, co w efekcie prowadzi do wniosku, że zaoferowana stawka roboczogodziny nie była w ogóle powiązana z wynagrodzeniem pracowników, a została potraktowana przez wykonawcę jako narzędzie do uzyskania przedmiotowego zamówienia i uzyskania w tym kryterium najwyższej punktacji w wyniku zaoferowania najniższego jej poziomu.
W ocenie Izby niezbędne jest w tym miejscu postawienie pytania, czy Zamawiający w obliczu powyższego faktycznie chciał rozliczać w taki sposób roboty, co niewątpliwie byłoby działaniem co najmniej niefrasobliwym i finansowo nieuzasadnianym, czy też z uwagi na złożenie w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia – na co zwrócił Zamawiający uwagę w piśmie – tylko przez Odwołujący ofertę ze stawką roboczogodziny powyżej minimalnego wynagrodzenia, argumentacja przyjęta przez Zamawiającego na etapie oceny ofert stanowi swoisty sposób argumentacji na etapie postępowania odwoławczego, a która to nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji.
Podsumowując tą część uzasadnienia Izba podkreśla, że zarówno Zamawiający i uczestnik postępowania odwoławczego w swej argumentacji podkreślali, że wynagrodzenie pracownika nie jest jednoznaczne ze stawką roboczogodziny i może zostać sfinansowane z pozostałych, innych pozycji tym również niezwiązanych z realizacją robót awaryjnych i eksploatacyjnych, co w ocenie Izby, w obliczu postanowień SWIZ, ustawy Prawo zamówień publicznych jak również powszechnie obowiązujących przepisów prawa stanowił argumentację niezasługującą na uwzględnienie. Swoistym przykładem inżynierii cenowej jest przenoszenie wynagrodzenia pracowników do zupełnie innej części postępowania (zakup opraw), a samo wskazanie na takie działania, jak również zabezpieczanie środków na pokrycie kosztów pracy, kosztów roboczogodziny w materiałach i sprzęcie do realizacji robót awaryjnych i eksploatacyjnych potwierdza zasadność argumentacji Odwołującego.

33

Izba dopuściła w trakcie rozprawy zawnioskowane przez uczestnika postępowania odwoławczego jak również zawnioskowane przez Zamawiającego dowody oraz Izba dopuściła dowód z urzędu. Jednakże w wyniku reasumpcji przedstawionych wniosków dowodowych oraz ustalonego w wyniku przeprowadzenia rozprawy stanu faktycznego Izba uznała dowody za nieistotne dla rozstrzygnięcia tego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając powyższa argumentację, Izba stoi na stanowisku, że *stawka roboczogodziny za roboty awaryjne i eksploatacyjne* musiała zostać określona na poziomie minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Izba ustaliła, że termin składania ofert został wyznaczony na 24 października 2017 roku, a przewidywany termin rozpoczęcia realizacji umowy został określony na 1 grudnia 2016 roku. Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 11 września 2015 roku *w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r.* (§ 1.) *Od dnia 1 stycznia 2016 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 1850 zł.* Izba wskazuje,

że zgodnie z obowiązującymi przepisami koszty pracy jakie przyjmuje się do wyliczenia ceny oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Uczestnik postępowania odwoławczego wskazał w piśmie procesowym na minimalne wynagrodzenie brutto. Izba wskazuje w tym miejscu, że ustawa Kodek pracy nie zawiera rozróżnienia na wynagrodzenie brutto czy netto, nie wskazał na istnienie takiego rozróżnienia również uczestnik postępowania odwoławczego. W doktrynie przedmiotu przyjmuje się jednoznacznie, że wynagrodzeniem pracownika *jest także np. odprowadzana przez pracodawcę składka na ubezpieczenie zdrowotne dzięki której pracownik może korzystać z bezpłatnej opieki medycznej – co również jest pewnego rodzaju gratyfikacją i wynagrodzeniem za codzienne* świadczenie *pracy*. Znajduje to odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, uchwała SN z dnia 7 sierpnia 2001 r. III ZP 13/01, w której czytamy: *Wynagrodzenie za pracę, jako niezbędny element stosunku pracy (art. 22 § 1 KP), jest pojęciem określonym przepisami prawa pracy. Z przepisów tych w sposób niewątpliwy wynika, że wynagrodzenie za pracę należy się pracownikowi, stanowiąc całość obejmującą także tę część, którą pracodawca może (ma obowiązek) potrącić (odliczyć). Nie można więc w ogóle konstruować takiej definicji wynagrodzenia za pracę, w której będzie się wyróżniać część wynagrodzenia za pracę należną pracownikowi (wynagrodzenie netto) i część, która pracownikowi nie przysługuje. Wynagrodzenie za pracę należy się pracownikowi w całości i takie wynagrodzenie wyznaczone jest przez treść stosunku pracy, a więc w takiej wysokości należy je zasądzać w sporze sądowym między stronami stosunku pracy. Pojęcie wynagrodzenia "brutto" w ogóle nie występuje w*

przepisach prawa pracy i ma raczej znaczenie potoczne. Prawo pracy posługuje się bowiem tylko pojęciem wynagrodzenia za pracę jako takiego. Potoczne znaczenie ma też pojęcie wynagrodzenia "netto", przez które należy rozumieć część wynagrodzenia za pracę wypłacaną pracownikowi, ale tylko wtedy, gdy pracodawca dokona stosownych odliczeń na podstawie innych przepisów prawa. (…) To, że *określone kwoty pieniężne odliczane przez pracodawcę na poczet zaliczki na podatek dochodowy (składki na ubezpieczenie społeczne) stanowią część należnego pracownikowi wynagrodzenia za pracę jest przyjmowane w orzecznictwie. Wskazać tu należy przede wszystkim uzasadnienie uchwały z dnia 20 września 1990 r., III PZP 14/90 (OSNCP 1991 r. z. 2-3, poz. 29; OG 1991 r. nr 1, poz. 17 z komentarzem S. Dalki; OSP 1991 r. z. 11-12, poz. 296 z glosą J. Brola; POP 1993 r. nr 2, poz. 73 z glosą M. Kalinowskiego).*
Stanowisko takie również prezentuje Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 lipca 2014 roku sygn. akt I PK 250/13, który wskazał, odwołując się do wymienionej wyżej uchwały: *Jeżeli pracodawca wynagrodzenia za pracę nie wypłaci, to w ogóle nie można mówić o jakimkolwiek odliczeniu, a więc tym samym także o wypłacie części wynagrodzenia (nazywanej wynagrodzeniem netto). Powyższe stwierdzenia mają oparcie w art. 87 § 1 k.p., według którego z wynagrodzenia za pracę - po odliczeniu zaliczki na podatek dochodowy od osób fizycznych - podlegają potrąceniu określone należności. A więc mamy wynagrodzenie za pracę, od którego odliczamy zaliczkę na podatek. Jest więc oczywiste,* że *część podlegająca odliczeniu jest częścią wynagrodzenia za pracę.*
Natomiast Sąd Najwyższy w Uchwale z 19 września 2002 r., sygn. akt III PZP 18/02, stwierdził, że *wynagrodzenie za pracę, jako niezbędny element treści stosunku pracy, jest określone przepisami prawa pracy, z których niewątpliwie wynika,* że *należy się w całości, a więc również w części, którą pracodawca ma obowiązek potrącić (odliczyć). Nie do pomyślenia jest zatem koncepcja, która w sferze wynagrodzenia za pracę odróżniałaby część należną (wynagrodzenie „netto") i część nieprzysługującą pracownikowi. Kwoty wynagrodzenia, które pracodawca oblicza i pobiera jako płatnik podatku czy składek, są zatem również częścią pracowniczego wynagrodzenia, nie zaś kwotami należnymi ex lege Skarbowi Państwa czy innemu publicznoprawnemu podmiotowi.*
Powyższe poglądy zostały przyjęte w późniejszym orzecznictwie (zob. np. wyroki Sądu Najwyższego z: 24 października 2006 r., II PK 126/06, OSNP 2007 nr 19-20, poz. 277; 6 stycznia 2009 r., II PK 117/08, LEX nr 738349; 23 czerwca 2009 r., III PK 18/09, OSNP 2011 nr 3-4, poz. 35; 17 kwietnia 2009 r., I UK 333/08, OSNP 2010 nr 23-24, poz. 292, a także wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z 15 lutego 2008 r., I SA/Po 1484/07 i wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 30 sierpnia 2005 r., I SA/Wr 432/04, LEX nr 808493).

Izba w tym miejscu wskazuje, że Zamawiający nie określił jak należy rozumieć „stawkę minimalną netto" oraz „stawkę ofertową netto", tym samym w związku z brakiem definicji ustawowych, za podstawę do wyliczeń należało przyjąć stawkę, zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 11 września 2015 roku *w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r.* tj. stawkę minimalną wynikającą z ustalonego na rok 2016 minimalnego wynagrodzenia za pracę w wysokości 1850 zł podzielonego przez średnią ilość godzin w miesiącu, czyli 168 co w efekcie daje 11,01 zł. Izba zaznacza również, że uczestnik postępowania odwoławczego i Zamawiający nie wskazali konkretnego miejsca (punkt, rodzuiał itd.) w dokumentacji postępowania, w którym zostało określone przez Zamawiającego co rozumieć należy przez sformułowania „stawkę minimalną netto" oraz „stawkę ofertową netto". Podkreślić należy, że w związku z brakiem uregulowania w przepisach jak i w dokumentacji postępoania tego co należy rozumieć przez wartość „netto" stawki każdy z wykonawców powinien przyjąć do kalkulacji co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę, bowiem inny sposób rozumienia jest nieuprawnionych chociażby z tego powodu, że nie zostało określone przez Zamawiającego, co też w tej stawce nie miało zostać uwzględnione i w konsekwencji dlaczego była to dla Zamawiającego stawka netto (np. koszt odzieży roboczej).

Izba uznała, że doszło do naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k. oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez Zamawiającego w zakresie oceny w kryterium oceny *stawka roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne,* bowiem posłużenie się stawką roboczogodziny odbiegającą znacząco od minimalnego wynagrodzenia z jednoczesnym podnoszeniem przez Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego, że źródłem wynagrodzenia będą oszczędności poczynione w innych obrębach realizowanych robót (materiały, sprzęt,), albo jak twierdził uczestnik postępowania odwoławczego zostały one skalkulowane w zupełnie innych obszarach zamówienia, a ewentualne wypłacenie wykonawcy stawki roboczogodziny będzie stanowiło tylko zysk potwierdza ponad wszelką wątpliwość, że działania w obrębie szacowania stawki roboczogodziny, będącej kryterium oceny ofert, potraktowane zostało jako narzędzie do kształtowania wyniku postępowania. Takie działanie wykonawców należy uznać za nieuprawnione, w konsekwencji należy określić, że są to działania sprzeczne z prawem, dobrymi obyczajami i naruszają interes innych przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie sposób bowiem uznać, że profesjonalny wykonawca nie dostrzega braków SWIZ w zakresie zasad, które powinny mieć zastosowanie do określenia stawki roboczogodziny, jak również braku wskazania sposobu sporządzenia kosztorysu powykonawczego z odniesieniem do KNNR-ów.

Zaznaczyć należy w tym miejscu, że *Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26).
Sąd Najwyższy w wyroku z 9 grudnia 2011 roku sygn. akt III CSK 120/11 wskazał, że *art. 3 ust. 1 u.z.n.k., jak trafnie podnosi się w literaturze oraz w judykaturze (por. m.in. wyroki SN: z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97, OSNC 1999, nr 5, poz. 97, z dnia 9 maja 2003 r., V CKN 219/01, OSP 2004, nr 7, poz. 54, z dnia 30 maja 2006 r., I CSK 85/06, OSP 2008, nr 5, poz. 55), pełni niewykluczające się trzy funkcje, określane powszechnie jako funkcja definiująca, uzupełniająca i korygująca.*
Pierwsza polega na określeniu, a więc na zdefiniowaniu czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie narusza to zasadniczo stypizowanych, konkretnych czynów nieuczciwej konkurencji, które zostały zawarte w art. 5-17 u.z.n.k. (a przykładowo wymienione w art. 3 ust. 2 u.z.n.k.) i wskazanych tam definicji, lecz – jako klauzula generalna – pozwala na ich właściwe odczytanie. Funkcja

uzupełniająca polega na uzupełnieniu katalogu czynów nieuczciwej konkurencji, nie jest bowiem możliwe skatalogowanie i stypizowanie wszystkich zachowań, które mogą być zakwalifikowane jako naruszające zasady uczciwego obrotu, dlatego takie zachowania, które nie podpadają pod hipotezy przepisów rozdziału drugiego ustawy, ale są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i przy tym zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, również stanowią czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 u.z.n.k. Funkcja korygująca polega na tym, że w sytuacji, w której zachowanie podpada pod hipotezę któregoś z przepisów rozdziału 2 ustawy, ale nie jest to zachowanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, to nie jest czynem nieuczciwej konkurencji.
Niewątpliwie w rozpoznawanej sprawie stykamy się z funkcją uzupełniającą art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k. Sąd Najwyższy w wyroku z 30 maja 2006 roku sygn. akt I CSK 85/06 wskazał, że *Trzeba podkreślić, że termin „czyn nieuczciwej konkurencji" jest pewnym skrótem myślowym, pod którym – jak wskazuje się w doktrynie - kryje się wiele, często znacznie różniących się od siebie, zachowań przedsiębiorców. Treść klauzuli wskazuje na te cechy, które pozwalają na wyodrębnienie zachowań interesujących z punktu widzenia celu ustawy, wyłożonego w jej art. 1.*
W ocenie Izby działanie wykonawcy A.a Ś., będącego niewątpliwie profesjonalistą na rynku usług stanowiących przedmiot zamówienia - profesjonalisty obowiązanego do należytego działania - polegające na pominięciu przy obliczaniu stawki roboczogodziny obowiązujących

regulacji prawnych odnoszących się do minimalnego wynagrodzenia za pracę, przy jednoczesnym braku określonych w tym zakresie w SWIZ wymagań, stanowiło również działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami. *Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie* ścisłym) *od sprzeczności z dobrymi obyczajami. (…). Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedne i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje (…), jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców albo klienta lub klientów* (Szwaja J., *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2006).* Pojęcie „dobre obyczaje" jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dobre obyczaje *nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (…) oraz ustalone zwyczaje(…) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą* (Ewa Nowińska, Michał du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010).*

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z.n.k.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z.n.k., bowiem Odwołujący nie powołał konkretnych okoliczności faktycznych, które uzasadniałby celowe działania uczestnika postępowania odwoławczego w celu eliminacji Odwołującego z postępowania o zamówienie. Odwołujący wskazywał na uchybienia w wycenie, które pozwoliły na uznanie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k, niemniej nie wykazał Odwołujący, że taka właśnie prezentacja elementów ceny oferty miała prowadzić do uniemożliwienia uzyskania zamówienia innym wykonawcom. Odwołujący nie wykazał, że działania uczestnika postępowania odwoławczego miały na celu eliminację Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia **art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy**
Izba podkreśla, że **w zakresie tego zarzutu pozostaje aktualna w całości argumentacja zaprezentowana przez Izbę odnośnie kosztów pracy i wyliczenia stawki roboczogodziny stanowiącej jednocześnie kryterium oceny ofert tj. dotycząca**

rozpoznaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k.
W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wzywał wykonawców do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy. Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy wskazał, że Zamawiający wzywa wykonawców do składania wyjaśnień w sytuacji, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów Z tej części przepisu wynika jednoznacznie, że to cena oferty lub koszt albo ich istotna część składowa ma wydawać się rażąco niska i budzić wątpliwości Zamawiającego, aby wzywał on do złożenia wyjaśnień. Warto w tym miejscu podkreślić, że w wyniku nowelizacji z czerwca 2016 roku przepis ten uległ zmianie, jego treść uzupełniono koszt i istotne części składowe kosztu lub ceny. W rozpoznawanej sprawie niewątpliwie stawka roboczogodziny stanowi istotną część składową, bowiem sam Zamawiający uczynił z nie kryterium oceny ofert. Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji, należy pamiętać, że obecnie Zamawiającemu musi „wydawać się", że zaoferowana cena jest rażąco niska i jednocześnie musi „budzić wątpliwość" Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za tą zaoferowaną cenę. Pierwszą z przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia Zamawiającego, jednakże uprawnienia z którego Zamawiający nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienia rozpoznawanego w danych realiach rynkowych, to nie może „wydawać się" Zamawiającemu pozornie co do istnienia, bądź pozornie nie „wydawać się". Pierwsza z przesłanek stanowiących podstawę zwrócenia się Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie zaoferowanej ceny oferty zaistnieć musi wespół z drugą przesłanką tj. zaoferowana cena musi budzić wątpliwości Zamawiającego tzn.: że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem tego zamówienia wskazanym w SIWZ, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa jak również że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej np.: przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych z zachowaniem określonych standardów.
Zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niska ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego". Inny sposób dokonania badania zaoferowanej

w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego innych wykonawców działania Zamawiającego. Zamawiający, co potwierdziła argumentacja przedstawiona na rozprawie, w zupełności pomija postanowienia SWIZ i opiera swoje działania na dotychczasowym schemacie postępowania. Jakby w zupełności nie zauważa, że jeden ze elementów tj. stawka roboczogodziny za roboty awaryjne i eksploatacyjne stanowi obecnie istotny element wyboru oferty najkorzystniejszej. Pomija również Zamawiający w swoich rozważaniach, a co przyznaje na rozprawie, że nie określił żadnego sposobu szacowania stawki roboczogodziny, tym samym winien odnieść się do powszechnie obowiązujących regulacji prawnych.
W ocenie Izby podnoszone przez Odwołującego naruszenie przez Zamawiającego **art. 90 ust. 1 ustawy jest zasadne. Warto wskazać w tym miejscu,** że **istnieje prawdopodobieństwo,** że **gdyby uczestnik postępowania odwoławczego został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej stawki roboczogodziny, to Zamawiający uzyskałby informacje, które pozwoliłyby mu na szerszą ocenę zaoferowanej stawki za roboczogodzinę, również w oparciu o inne przepisy.**
W ocenie Izby Odwołujący uzasadnił konieczność, wypełnienie przesłanek, które skutkowałyby koniecznością wezwania uczestnika postępowania odwoławczego do złożenia stosownych wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy, w tym zakresie Odwołujący wykazał zaniechanie czynności przez Zamawiającego. Ze wskazanych w zdaniu poprzednim powodów zarzut ten Izba uznała za zasadny, jednakże Izba go nie uwzględniła z uwagi na to, że uznała również za zasadny zarzut zaniechania odrzucenia oferty uczestnika

postępowania odwoławczego na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k., który to zarzut z uwag na skutki jego uwzględnienia jest dalej idącym.

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy**
Izba wskazuje, że odwołanie zawierało zarazem naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy jak również wskazane powyżej naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy. Przy takiej konstrukcji odwołania wyłącznie jeden z tych zarzutów mógł potencjalnie okazać się zasadny. Jak zostało wykazane powyżej Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 90 ustawy, jednakże Izba go nie uwzględniła z uwagi na to, że uznała również za zasadny zarzut zaniechania odrzucenia oferty uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k., który to zarzut z uwag na skutki jego uwzględnienia jest dalej idącym.
Jedynie na marginesie Izba wskazuje, ze każda czynność Zamawiającego związana z ewentualnym odrzuceniem oferty wykonawcy z powody rażąco niskiej ceny, uwzględniając w tym zakresie zarówno przepisy prawa (art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 ustawy

---

Pzp), orzecznictwo Izby, sądów okręgowych, jak też TS UE, powinna być poprzedzona przeprowadzeniem przez niego procedury weryfikacji ceny ofertowej przez złożenie wyjaśnień przez wykonawcę. Nadal pozostaje aktualne stanowisko przedstawione w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 8 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 59/09 w którym czytamy: *Skorzystanie z określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. sankcji musi zostać poprzedzone* żądaniem *wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 p.z.p.*

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……