

WYROK

z dnia 19 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2018 r. przez A. W. i M. W. - wspólników spółki cywilnej W. s.c. w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Jastrzębie

- Zdrój,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe TOM-ELEKTRO 1 M. T. oraz A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Elektrycznych TOM-ELEKTRO A. T. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 204/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Miastu Jastrzębie - Zdrój unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe TOM-ELEKTRO 1 M. T. oraz A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Elektrycznych TOM-ELEKTRO A. T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp;

2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne;

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Miasto Jastrzębie - Zdrój i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących -

A. W. i M. W. - wspólników spółki cywilnej W. s.c. tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego - Miasta Jastrzębie-Zdrój na rzecz Odwołujących - A. W. i M. W. - wspólników spółki cywilnej W. s.c. kwotę 18 923 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset dwadzieścia trzy złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 204/18

Zamawiający - Miasto Jastrzębie - Zdrój [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na eksploatację

i konserwację oświetlenia ulic, placów i dróg na terenie Miasta Jastrzębie Zdrój (znak postępowania: IKI.271.95.2017).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 listopada 2017 r. pod numerem 2017/S 210-436303.

W dniu 5 lutego 2018 r. A. W. i M. W. - wspólnicy spółki cywilnej W. s.c. [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołujących jest niezgodna z ustawą Pzp i treścią SIWZ;
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez to, iż nie wybrał zgodnie z brzmieniem tego przepisu oferty Odwołujących, choć to ona była najkorzystniejsza, zgodna z ustawą Pzp i zgodna z SIWZ, a z naruszeniem ww. przepisu Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy, która nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu tego przepisu;
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;
4. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe TOM-ELEKTRO 1 M. T. oraz A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Elektrycznych TOM-ELEKTRO A. T. jest zgodna z ustawą Pzp i treścią SIWZ i nieodrzućenie oferty wykonawców (a to na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów).

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołujących;
 - b) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
 - c) ponowne dokonanie badania i oceny oferty Odwołujących;
 - d) dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołujących na wykonanie zamówienia, jako najkorzystniejszej.

Nadto w przypadku uwzględnienia zarzutu numer 4 Odwołujący wnieśli

o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

b) odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ;

c) unieważnienia postępowania, w przypadku gdy zostanie uznane, że

w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

2. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania na rzecz Odwołujących.

Interes prawny Odwołujących wyrażał się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik postępowania, a Odwołujący pozyskaliby zamówienie w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ ich oferta zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp została przez Zamawiającego najwyżej oceniona (pismo Zamawiającego z 19.12.2017 r.), a w przypadku uwzględnienia odwołania jest ofertą najkorzystniejszą.

W przedmiotowym stanie faktycznym podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą prowadzenia niniejszego postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności poprzez odrzucenie oferty Odwołujących, nieuznanie, że oferta Odwołujących jest najkorzystniejsza dla Zamawiającego, a w konsekwencji sprzecznie z Pzp dokonanie wyboru oferty wykonawcy. Podnoszone przez Odwołujących naruszenia wskazują wprost na uszczerbek w ich interesie prawnym, poprzez realne ryzyko pozbawienia ich szans na uzyskanie zamówienia. Zatem w przypadku, gdyby Zamawiający zachował się zgodnie z literą prawa, Odwołujący uzyskaliby zamówienie. Tym samym interes Odwołujących w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku w sferze praw wykonawcy oraz interesu gospodarczego, objawiającego się w możliwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków.

Odwołujący podnieśli, że cenę oferty skalkulowali zgodnie z wytycznymi Zamawiającego i obowiązującymi przepisami, w tym w zakresie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, czy też wartości minimalnej stawki godzinowej obowiązującej od 01.01.2018 r. Wskazali, że cena oferty Odwołujących jest zbliżona do ceny oferty, która została z naruszeniem przepisów ustawy Pzp uznana za najkorzystniejszą. W ofercie Odwołujący oświadczyli, że czynności, o których mowa w pkt 3 ust. 2 c SIWZ wykonywane będą przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę. W załączniku nr 6 do oferty Odwołujący wskazali osoby, które będą uczestniczyć przy realizacji zamówienia, przy czym dla czynności określonych w pkt 3 ust. 2 c SIWZ były przewidziane osoby zatrudnione na umowę o pracę oraz Odwołujący A. W. i M. W. .

Odwołujący podali, iż Zamawiający tak ukształtował SIWZ w zakresie robót nieobjętych eksploatacją, że wskazał jedynie, że istnieje możliwość w okresie realizacji zamówienia zlecenie wykonawcy poza robotami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia także robót nieobjętych eksploatacją do wartości 105.000 zł brutto. Prace nieobjęte eksploatacją, zgodnie z § 9 wzoru umowy (załącznika do SIWZ), w okresie prowadzenia eksploatacji mają być realizowane w oparciu o poniższe składniki kosztorysowe: stawka Rg (zł), koszty pośrednie (%), zysk (%) oraz koszty zakupu do materiałów (%). Zamawiający nie wskazał w SIWZ wytycznych w jaki sposób wyszacować ww. składniki kosztorysowe. Zamawiający nie określił też zakresu, ilości prac, ich specyfiki, czy też dat kiedy miałyby zostać zrealizowane. Zamawiający także nie wskazał, że wymaga dodatkowo zatrudnienia do tych prac osób o określonych kwalifikacjach, ani też liczby tych osób. Zamawiający jedynie określił ile maksymalnie zamierza zapłacić wykonawcy umowy za realizację robót nieobjętych eksploatacją. Taki sposób sformułowania SIWZ w tym zakresie - dał pełną swobodę wykonawcy do skalkulowania tych składników kosztorysowych wg własnego uznania, wiedzy, doświadczenia i pomysłu na realizację prac objętych umową, w tym prac nieobjętych eksploatacją w przypadku ich zlecenia stosownie do ich przedmiotu, zakresu, ilości, specyfiki, terminów wykonania.

Odwołujący wyjaśnili, że stawka Rg z narzutami (bez podatku VAT) na roboty nieobjęte eksploatacją jest obliczona i przewidziana jako premia dla pracownika, który jest przewidziany do realizacji zadań polegających na eksploatacji i konserwacji oświetlenia u Zamawiającego.

Zdaniem Odwołujących, skoro w SIWZ nie wskazano wytycznych jak ustalić stawkę Rg z narzutami (bez podatku VAT) na roboty nieobjęte eksploatacją to bezpodstawnie Zamawiający założył, że stawka Rg z narzutami (bez podatku VAT) na roboty nieobjęte eksploatacją musi wynosić co najmniej minimalną stawkę godzinową w 2018 r. tj. 13,70 zł i bezpodstawnie zignorował w tym zakresie wyjaśnienia Odwołujących.

Nadto Zamawiający pominął i ten istotny fakt, że zgodnie z załącznikiem nr 6 do oferty Odwołujący A. W. i M. W. są wskazani jako osoby przeznaczone do realizacji umowy, posiadają stosowne w tym zakresie kwalifikacje i umiejętności, a tym samym nie mają do nich zastosowania przepisy rozporządzenia z 12.09.2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. ponieważ nie mają oni statusu ani pracownika ani zleceniobiorcy. Tym samym, stosownie do obowiązujących przepisów prawa i postanowień SIWZ mogą też sami, bez udziału pracowników, wykonywać roboty nieobjęte eksploatacją, jeżeli zostałyby zlecone i w tym zakresie stawianie ww. wymogu przez Zamawiającego jest także nieuzasadnione.

W związku z powyższym podnieść należy, że skoro Zamawiający zaniechał określenia w SIWZ zasad wyznaczania składników kosztorysowych do ustalenia wynagrodzenia za roboty nieobjęte eksploatacją, nie wskazał też w SIWZ wymaganych warunków dotyczących realizacji tych robót, to wykonawcy, w tym Odwołujący, mogli sobie koszty te wyliczyć wg własnej oceny, wiedzy i doświadczenia, w tym, w przypadku Odwołujących wieloletniego doświadczenia nabytego przy realizacji takich robót dla Zamawiającego w poprzednich okresach. Z doświadczeń Odwołujących wynika, że nie zachodziła potrzeba zatrudniania dodatkowych pracowników w związku ze zleceniami robót nieobjętych eksploatacją. Obowiązujące przepisy prawa nie określają wymogu minimalnej premii wypłacanej dla pracownika, nie określają też minimalnego wynagrodzenia za pracę świadczoną przez samych wykonawców przy realizacji umowy.

Odwołujący podkreślili, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ musi mieć charakter nieusuwalny i dotyczyć niezgodności zobowiązania określonego w SIWZ oraz zobowiązania proponowanego w ofercie. Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla Odwołujących skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 jeżeli SIWZ nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty.

Dodatkowo na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący podnieśli, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2016 r. (sygn. akt: KIO 1111/16) zgodna z ustawą jest oferta, której cena za jeden ze składników przedmiotu zamówienia tj. cenę roboczogodziny wynosi 0 zł, a wartość roboczogodzin w ciągu trzech lat 0.

Nadto z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia ww. argumentacji, Odwołujący wskazali, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa stawka minimalna za godzinę pracy od 01.01.2018 r. wynosi 13,70 zł. Oferta, która z naruszeniem przepisów ustawy Pzp uznana została przez Zamawiającego za najlepszą, stawkę za Rg z narzutami (bez podatku VAT) na roboty nieobjęte eksploatacją określa na 13 zł. Tym samym, gdyby Zamawiający chciał być konsekwentny w swoim postępowaniu wobec wykonawców oraz równo traktować wykonawców tj. wymagać od wszystkich wykonawców, aby stawka ta wynosiła co najmniej minimalną wysokość stawki godzinowej (ponieważ tak sobie bezpodstawnie na etapie oceny oferty Odwołujących założył Zamawiający, jednocześnie nie określając takiego wymogu w SIWZ), to powinien i tę ofertę odrzucić jako sprzeczną z przepisami prawa jak też SIWZ. Tymczasem Zamawiający uznał, że ta oferta jest najlepsza. Postępowanie Zamawiającego naruszyło w tym zakresie także art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiadali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępujących odnośnie braku po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia ani poniesienia, względnie możliwości poniesienia szkody w związku z zarzucanymi naruszeniami. Przystępujący na potwierdzenie swojego stanowiska w piśmie procesowym z dnia 13 lutego 2018 r. przywołał wyrok KIO z dnia 21 listopada 2016 r. (sygn. akt: KIO 2094/16), w którym Izba odwołała się do wyroku z dnia 24 maja 2012 r. (sygn. akt: KIO 956/12), a w którym stwierdzono, że „Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do oferty wykonawcy, który złożył ofertę niżej ocenioną (tu: droższą) nie rzutują na sytuację odwołującego w sposób, który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody - wykluczenie bądź pozostawienie w postępowaniu innego wykonawcy, którego oferta okazała się droższa od oferty odwołującego pozostaje dla niego indyferentne. O ile zdoła wykazać niezasadność własnego wykluczenia, okoliczność czy wykonawca droższy, pierwotnie wybrany przez zamawiającego, pozostanie w postępowaniu nie wpływa na możliwość uzyskania przez odwołującego zamówienia. Natomiast w razie nieuwzględnienia zarzutów wobec odwołującego i potwierdzenia prawidłowości czynności zamawiającego okoliczność czy dotychczasowy wykonawca wybrany - droższy - utrzyma swój status również pozostaje bez wpływu na możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego. Także okoliczność, iż wybór takiego wykonawcy, w sytuacji gdy podlega on również wykluczeniu, skutkuje wadą postępowania nie przesądza o istnieniu po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia..”.

W tym miejscu przywołać należy orzeczenie Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie C-689/13, w której Trybunał wyraził pogląd, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem miałyby być unieważnienie postępowania, gdyż wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o to zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu.

Zważywszy zatem, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyło wyłącznie dwóch wykonawców, tj. Odwołujący, których oferta została odrzucona oraz Przystępujący, których ofertę wybrano, istnieje potencjalna możliwość unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z podniesionymi w odwołaniu zarzutami. W sytuacji bowiem nieuwzględnienia zarzutów dotyczących oferty Odwołujących i jednoczesnego potwierdzenia się zarzutów względem oferty Przystępujących brak będzie w postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający w dniu 5 lutego 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe TOM ELEKTRO 1 M. T. oraz A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Elektrycznych TOM-ELEKTRO A. T. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 8 lutego 2018 r. po stronie Zamawiającego. Przystępujący złożyli pismo procesowe z dnia 13 lutego 2018 r., w którym przedstawili uzasadnienie prawne i faktyczne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiot ww. zamówienia obejmował utrzymanie i eksploatację urządzeń sieciowych i odbiorczych służących do stałego oświetlenia ulic, mostów, placów, skwerów, otwartych parków i zieleńców oraz przejść będących ciągami dla pieszych, stanowiących majątek Zleceniodawcy w latach 2018 - 2020. Na ww. przedmiot zamówienia składały się m.in.: 1) wykaz szacunkowych średniamięсяcznych prac eksploatacyjno - konserwacyjnych określonych w załączniku nr 1 do umowy, 2) wykaz prac bieżących oraz 3) prace według każdorazowego pisemnego polecenia Zamawiającego, w którym to poleceniu zostanie określony przez Zamawiającego krańcowy termin jego wykonania. W załączniku nr 1a do SIWZ Zamawiający wskazał, iż wartość robót nieobjętych eksploatacją wynosi 105 00 zł brutto.

W punkcie 13 ppkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia. Nadto Zamawiający podał, że wykonawca winien skalkulować cenę oferty z uwzględnieniem przepisów powszechnie obowiązujących w zakresie minimalnego wynagrodzenia.

Kryteriami oceny ofert w postępowaniu były: 1) cena o wadze 60%, w tym cena całości zadania brutto o wadze 50% oraz ceny stawek (narzutów) na roboty nieobjęte eksploatacją o wadze 10%, w tym: a) stawka RG z narzutami na roboty nieobjęte eksploatacją - 5%,

b) stawka Kp (%) na roboty nieobjęte eksploatacją - 2%, c) stawka zysku na roboty nieobjęte eksploatacją - 2% oraz d) stawka kosztów zakupu do „M” na roboty nieobjęte eksploatacją - 1%, a także 2) czas usuwania awarii o wadze 40%.

W ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący, którzy za całość zadania zaoferowali kwotę 934 420,06 zł brutto oraz Przystępujący, którzy za całość zadania zaoferowali kwotę 969 565,21 zł brutto.

Ponadto w pkt. 1.6 Formularza ofertowego - Stawka Rg z narzutami (bez podatku VAT) na roboty nieobjęte eksploatacją Odwołujący wskazali kwotę 10 zł, w pkt. 1.7 Stawka Kp (%) na roboty nieobjęte eksploatacją - 25%, a w pozycji 1.8 Stawka Zysku (%) - 5%. Z kolei Przystępujący w pozycji 1.6 Formularza ofertowego podali kwotę 13 zł, w pozycji 1.7 - 14%, a w pozycji 1.8 - 3%.

Jak wynika z protokołu posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 5 stycznia 2018 r. Zamawiający pod pojęciem „narzutów”, o którym mowa w punkcie 1.6 Formularza ofertowego

rozumiał koszty pośrednie oraz zysk.

W dniu 5 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołujących w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w celu wykazania, iż podana wysokość rg (10,00 zł za roboty nieobjęte eksploatacją) odpowiada wymaganiom rozporządzenia z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. (Dz. U z 2017 r. poz. 1747) [dalej „rozporządzenie”].

Pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. Odwołujący wyjaśnili, że „zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego kwota przeznaczona na te roboty to 105 000 zł brutto w okresie trwania umowy (trzy lata) bez podania zakresu robót, specyfiki oraz konkretnych dat. Trudno więc zatrudnić pracowników do bliżej nieokreślonych prac w bliżej nieokreślonym czasie.

W momencie wskazania przez Zamawiającego robót nieobjętych eksploatacją skorzystamy (w razie potrzeby) z systemu zadaniowego czasu pracy (art. 140 Kodeks pracy), lub umów zlecenie uwzględniając wymiar czasu pracy wynikający z norm. W poprzednich okresach prowadzenia przez nas eksploatacji oświetlenia w mieście prace te wykonywali pracownicy obsługujący eksploatację (kwestie wyłączeń, dopuszczeń, uprawnień, pomiarów, czy też prac na wysokości), za które otrzymują wynagrodzenie z tytułu zatrudnienia, a roboty dodatkowe traktowane są niejako „premia”. W miarę potrzeby zatrudniamy dodatkowych pracowników, lecz na chwilę obecną nie widzimy potrzeby zatrudnienia dodatkowych osób. To w gestii Zleceniobiorcy jest organizacja pracy i ilość koniecznego personelu aby powierzone prace zostały wykonane sumiennie i z należytą starannością zgodnie z podpisaną umową. Oświadczamy, że wszyscy pracownicy naszej firmy wynagradzani są znacznie powyżej obowiązującej minimalnej stawki godzinowej, otrzymują też premię i gratyfikacje finansowe z racji stażu czy pełnionych funkcji.”

W dniu 26 stycznia 2018 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż oferta była niezgodna z ustawą oraz jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji Zamawiający podał, że wykonawca zaoferował stawkę rg z narzutami (bez podatku VAT) na roboty nieobjęte eksploatacją w wysokości 10,00 zł. Zaoferowana stawka rg, która zawiera już w sobie narzuty jest zbyt niska i nie odpowiada wymaganiom zawartym w pkt 13 ppkt 1 SIWZ oraz rozporządzenia z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie jednakże nie wykazał on, iż stawka rg z narzutami zaoferowana na poziomie 10 zł jest stawką spełniającą wymogi ustawowe. Za najkorzystniejszą w postępowaniu Zamawiający uznał ofertę Przystępujących.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołujących jest niezgodna z ustawą Pzp i treścią SIWZ, zdaniem Izby, nie zasługiwały na uwzględnienie.

Izba wypowie się w zakresie ww. zarzutów łącznie z uwagi na okoliczność, iż zostały oparte na tych samych ustaleniach faktycznych.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę odpowiednio, jeżeli jest niezgodna z ustawą lub jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, z zastrzeżeniem

Ponadto zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, 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 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 2017 r. Zgodnie zaś z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r., ich wysokość od dnia 1 stycznia 2018 r. została ustalona na minimalnym poziomie odpowiednio na kwotę 2100 zł oraz 13,70 zł (Dz. U. z 2017 r. poz. 1747).

W ocenie Izby wyjaśnienia Odwoływających z dnia 9 stycznia 2018 r. nie rozwiewały wątpliwości, iż zaoferowana w punkcie 1.6 Formularza ofertowego stawka roboczogodzinny z narzutami na roboty nieobjęte eksploatacją uwzględniała przy kalkulacji ceny przepisy ww. rozporządzenia. Zdaniem Izby, Odwoływający nie podjęli nawet próby wykazania, że zaoferowana stawka roboczogodzinny w wysokości 10 zł brutto została skalkulowana z uwzględnieniem wymogów wynikających z powyższych przepisów, bowiem nie przedstawili żadnego wyliczenia, czy też żadnych konkretnych danych odnoszących się do zaoferowanej stawki roboczogodzinny. Podkreślić należy, iż to na wykonawcy składającym wyjaśnienia, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, spoczywa ciężar wykazania, iż złożona przez niego oferta jest zgodna z ustawą Pzp, jak również z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym wykonawca będący przecież profesjonalistą, co niejednokrotnie uwypuklane jest w orzecznictwie Izby, powinien dołożyć należytej staranności i złożyć jasne, konkretne, szczegółowe wyjaśnienia, a przede wszystkim wyjaśnienia odnoszące się do meritum zadanego przez Zamawiającego pytania.

Co więcej, Odwoływający w złożonych wyjaśnieniach oraz podczas rozprawy przed Izbą nie twierdzili, że zaoferowana ww. stawka roboczogodzinny została oszacowana z uwzględnieniem przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Odwoływający wskazywali, że uwzględnili ww. przepisy podczas kalkulacji ceny za całość zadania, a zaoferowana zaś stawka rg z narzutami na roboty nieobjęte eksploatacją została obliczona i przewidziana jako premia dla pracownika, który został przewidziany do realizacji zadań polegających na eksploatacji i konserwacji oświetlenia u Zamawiającego. Słusznie zdaniem Izby zauważył Zamawiający, że premia wypłacana pracownikowi nie zastępuje wynagrodzenia zasadniczego, nie jest elementem samodzielnym czy też oderwanym od wynagrodzenia zasadniczego. Skoro zatem Odwoływający twierdzili, że wymogi wynikające z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę zostały uwzględnione podczas kalkulacji ceny za całość zadania, a do realizacji robót nieobjętych eksploatacją rozliczanych m.in. na podstawie stawki roboczogodzinny dedykowanej będą pracownicy obsługujący eksploatację, którzy otrzymują wynagrodzenie z tytułu zatrudnienia, zaś roboty dodatkowe traktowane są jak premia, to przy takich założeniach wykonawców stawka roboczogodzinny bez narzutów winna wynosić co najmniej 22,50 zł brutto (12,50 zł zgodnie z metodą obliczeniową podaną przez Zamawiającego, o której mowa poniżej powiększone o wysokości premii w kwocie 10 zł).

Izba nie podzieliła poglądu Odwoływających, iż brak wskazania przez Zamawiającego szczegółowych założeń co do sposobu kalkulacji roboczogodzinny zwalniał wykonawcę z obowiązku stosowania powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym wynikających z ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Idąc tokiem rozumowania Odwoływających równie dobrze można byłoby przyjąć, iż brak w treści SIWZ postanowienia dotyczącego obowiązku uwzględnienia podczas kalkulacji ceny oferty w zakresie kosztów pracy przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, pozwalałby wykonawcom na odstąpienie od ich stosowania. Nie sposób również zgodzić się z poglądem Odwoływających, iż brak szczegółowych wytycznych Zamawiającego w zakresie sposobu wyceny roboczogodzinny na roboty nieobjęte eksploatacją dawał wykonawcom całkowitą swobodę podczas ich wyceny. Zgodzić należy się z Odwoływającymi, że wykonawca posiada swobodę podczas kalkulacji ceny oferty, w tym jej poszczególnych elementów składowych, jednakże granice tej swobody wyznaczają zarówno postanowienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również przepisy ustawy Pzp oraz innych aktów prawnych.

Za niezrozumiałe również należy uznać twierdzenia Odwoływających zawarte w wyjaśnieniach, iż w miarę potrzeby wykonawcy zatrudnią dodatkowych pracowników, lecz na chwilę obecną nie widzieli potrzeby zatrudniania dodatkowych osób. Wskazać należy, iż przepisy ustawy Pzp nie wymagają od wykonawców zatrudnienia wszystkich pracowników

dedykowanych do realizacji zamówienia już przed upływem terminu składania ofert czy też w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, iż obowiązkiem wykonawców, w rozpoznawanej przez Izbę sprawie, było jedynie wskazanie Zamawiającemu przyjętej stawki roboczogodziny za roboty nieobjęte eksploatacją, która oceniana była w ramach kryteriów oceny ofert, jak również stanowiła podstawę do rozliczenia ww. usług zgodnie z postanowieniami § 9 ust. 2 wzoru umowy, jeżeli na etapie realizacji zamówienia zaistniałaby konieczność ich wykonania.

Izba podzieliła natomiast spostrzeżenia Zamawiającego i Przystępującego, iż argumentacja podnoszona przez Odwołujących, jakoby ww. zamówienie było realizowane przez Odwołujących, tj. wspólników spółki cywilnej, którzy nie mają statusu pracownika czy zleceniobiorcy, a tym samym nie mają do nich zastosowania przepisy ww. rozporządzenia nie została zawarta w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia 2018 r. Powyższe bowiem czyniło niemożliwym wzięcie ww. stanowiska pod uwagę, zważywszy na okoliczność, iż Izba ocenia czynności lub zaniechania Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym nie można poddać ocenie ww. stanowiska Odwołujących, w oparciu o które Zamawiający nie podejmował decyzji o odrzuceniu oferty wykonawców.

W końcu odnosząc się do wysokości zaoferowanej przez Odwołujących stawki roboczogodziny z narzutami na roboty nieobjęte eksploatacją na poziomie 10 zł brutto wskazać należy na przyjętą przez Zamawiającego i niezakwestionowaną przez Odwołujących w toku rozprawy, metodę kalkulacji polegającą na ilorazie kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w roku 2018, tj. kwoty 2100 zł brutto przez średnią liczbę godzin pracy w miesiącu, tj. 168, co daje wynik 12,50 zł/h (Zamawiający na rozprawie wskazał, iż wynik ww. działania matematycznego daje kwotę 12,57 zł albo 12,55 zł zgodnie z inną metodą). W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, iż zaoferowana przez Odwołujących stawka roboczogodziny z narzutami na roboty nieobjęte eksploatacją w kwocie 10 zł brutto nie uwzględniała ani poziomu minimalnego wynagrodzenia za pracę zgodnie z metodą kalkulacji Zamawiającego (12,50 zł/h brutto) ani wysokości minimalnej stawki godzinowej (13,70 zł/h brutto). Co więcej, zaoferowana przez Odwołujących stawka 10 zł brutto zawierała w sobie również narzuty, tj. koszty pośrednie i zysk, które zostały przyjęte przez Odwołujących na poziomie 30%, co dodatkowo pomniejszało przyjęty przez wykonawców poziom wynagrodzenia za pracę.

W świetle powyższego wskazać należy, iż przepis art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

wprost wskazuje, że wysokość przyjętych przez wykonawców do ustalenia ceny kosztów pracy 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 2017 r.). Nadto w okolicznościach przedmiotowej sprawy, konieczność wykonania ww. obowiązku znalazła swoje odzwierciedlenie w postanowieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazujących, że wykonawca winien skalkulować cenę oferty z uwzględnieniem przepisów powszechnie obowiązujących w zakresie minimalnego wynagrodzenia.

Powyższe powodowało zatem, że w ww. zakresie oferta Odwołujących sprzeciwiała się przepisom ustawy Pzp oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym podniesione przez Odwołujących zarzuty dotyczące złożonej przez nich oferty należy uznać za nieuzasadnione.

Z kolei przechodząc do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 podniesionych względem oferty Przystępujących, wskazać należy, iż w ocenie Izby, zasługiwały one na uwzględnienie.

Za aktualną dla rozpoznania przedmiotowych zarzutów uznać należy argumentację prawną przedstawioną powyżej w zakresie dotyczącym obu przesłanek odrzucenia oferty.

Przeprowadzone postępowanie odwoławcze potwierdziło, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny i wyboru oferty przystępujących po jego stronie wykonawców, a to z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający nie dostrzegł, że w punkcie 1.6 Formularza ofertowego wymagał podania przez wykonawców stawki roboczogodziny za roboty nieobjęte eksploatacją wraz z narzutami, pod pojęciem których rozumiał koszty pośrednie (punkt 1.7 Formularza ofertowego) i zysk (punkt 1.8 Formularza ofertowego). Mając na uwadze zatem, że wskazana przez Przystępujących w punkcie 1.6 Formularza oferty kwota 13 zł brutto obejmowała zarówno kwotę uwzględniającą poziom wynagrodzenia za pracę oraz narzuty, tj. koszty pośrednie i zysk, treść oświadczenia woli złożonego przez Przystępujących w ww. zakresie należało odczytać w sposób odmienny aniżeli uczynił to Zamawiający. Zgodnie ze wskazaną powyżej metodą kalkulacji Zamawiającego wysokość roboczogodziny za roboty nieobjęte eksploatacją, uwzględniając poziom minimalnego wynagrodzenia za pracę, stanowiła kwotę 12,50 zł/h brutto (12,55 zł/h brutto albo 12,57 zł/h brutto zgodnie z inną metodą

obliczeniową). Z kolei koszty pośrednie i zysk, w kalkulowane w stawkę 13 zł brutto, zostały przyjęte przez Przystępujących na poziomie 17%. Tym samym nie dokonując nawet szczególnych wyliczeń matematycznych nie sposób uznać, by kwota 50 gr (czy też 43 gr lub 45 gr zgodnie z wyliczeniami Zamawiającego) odpowiadała przyjętym przez Przystępujących 17% kwoty przewidzianej na narzuty. Powyższe ustalenia Izby, oparte na oświadczeniu Przystępujących w punkcie 1.6 Formularza oferty i niezakwestionowane przez Strony i Uczestnika postępowania odwoławczego prowadzą zatem do wniosku, iż Przystępujący nie oszacowali stawki roboczogodziny z narzutami na roboty nieobjęte eksploatacją z uwzględnieniem poziomu minimalnego wynagrodzenia za pracę zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa.

Izba nie podzieliła argumentacji podniesionej przez Przystępujących i powielonej przez Odwoływających jakoby w okolicznościach niniejszej sprawy istniała możliwość poprawienia ofert ww. wykonawców w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. że złożone przez wykonawców oferty zawierały inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W ocenie wykonawców możliwym było poprawienie treści złożonych przez nich ofert w zakresie punktu 1.6 Formularza ofertowego poprzez dodanie do stawki roboczogodziny za roboty nieobjęte eksploatacją (która zgodnie z wymogami Zamawiającego miała obejmować również narzuty), kosztów pośrednich i zysku stanowiących narzuty, co nie skutkowało istotną zmianą treści oferty.

Podkreślić należy, iż intencją ustawodawcy na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy, tj. na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. Podkreśla się również, iż Izba podziela ten pogląd, że poprawienie omyłek w trybie przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw.

W ocenie Izby argumentacja wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne o dopuszczalności poprawy ich ofert w ww. zakresie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp została podniesiona wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego. Powyższe potwierdza fakt, iż Odwoływający w treści odwołania nie podnieśli w ogóle zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podobnie

Przystępujący w treści pisma procesowego z dnia 13 lutego 2018 r. nie podnieśli ww. argumentacji i zrewidowali swoje stanowisko w skutek ujawnionych podczas rozprawy okoliczności faktycznych dotyczących konieczności uwzględnienia w punkcie 1.6 Formularza ofertowego wysokości stawki roboczogodziny wraz z narzutami, tj. z kosztami pośrednimi i zyskiem. W opinii Izby poprawienie ofert Przystępujących i Odwoływających w ww. trybie stanowiłoby w istocie rekonstrukcję złożonych przez wykonawców w ww. punkcie oświadczeń woli dotyczących wysokości oferowanej stawki roboczogodziny wraz z narzutami za roboty nieobjęte eksploatacją, po to by dostosować treść ofert do wymagań treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co też w żadnej mierze zdaniem składu orzekającego nie mieści w katalogu omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż oświadczenia złożone przez wykonawców w punkcie 1.6 Formularza ofertowego, iż podane przez nich kwoty stanowią stawkę roboczogodziny wraz z narzutami były jednoznaczne, jak również stanowiły one przedmiotowo istotny element zawieranej umowy, bowiem były podstawą rozliczenia zakresu prac zleconych przez Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia.

Nadto w ocenie Izby nie sposób uznać, by takie „omyłki” wykonawców nie skutkowały istotną zmianą treści oferty w zakresie cen stanowiących bazę do rozliczenia zakresu świadczonych usług. Poprawienie ofert wykonawców we wskazanym trybie w zakresie kalkulacji stawki roboczogodziny uwzględniającej narzuty, zdaniem Izby, skutkowało zmianą pierwotnie złożonego oświadczenia woli zawartego już w ofercie, po upływie terminu składania ofert i wytworzeniem nowej treści oferty, co w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępujących jako niezgodnej z ustawą Pzp i treścią SIWZ w świetle powyższych okoliczności.

W konsekwencji powyższego stwierdzić również należy, iż zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdziły się, a to z uwagi na okoliczność, iż nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie skutków wyrażonego przez nich oświadczenia woli dotyczącego stawki roboczogodziny z narzutami na roboty nieobjęte eksploatacją doprowadziło do wyboru oferty przystępujących po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia, których oferta podlegała odrzuceniu.

Za niezasadny uznano zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia, gdyż postępowanie znajduje się na etapie poprzedzającym podpisanie umowy (po ocenie i badaniu ofert). Wyrażona w powyższym przepisie norma prawna może być wzorcem kontroli w przypadku udzielenia zamówienia i zawarcia umowy w celu ustalenia, czy zostały spełnione przesłanki skutkujące jej unieważnieniem (np. w przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki lub w innych trybach niekonkurencyjnych). Tym samym nie sposób wskazać, iż doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, a zatem by doszło do naruszenia uregulowanego w ww. przepisie wymogu.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 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 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołujących uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł na podstawie złożonego do akt rachunku, kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę w kwocie 289 zł zgodnie ze złożonymi biletami PKP oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw w kwocie 34 zł stanowiące łącznie kwotę 18 923 zł.

Przewodniczący: