

**WYROK**

**z dnia 21 kwietnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie **20 kwietnia 2017 r.** w Warszawie odwołań wniesionych **6 kwietnia 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

**A. K.-G. R.G., S. (sygn. akt KIO 679/17)**

**B. I.D. D.K., Z. (sygn. akt KIO 680/17)**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie m. st. Warszawy, obejmująca 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 r.* (nr postępowania DPZ/85/PN/73/16)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołania.**
- 2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 679/17 obciąża odwołującego K.-G. R.G. z S. i:**
  - 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego K.-G. R.G. z S.** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2.** zasądza od **odwołującego K.-G. R.G. z S.** na rzecz **zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawy – Zarządu Dróg Miejskich** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

3. Kosztami postępowania **w sprawie o sygn. akt KIO 680/17** obciąża **odwołującego I.D. D.K. z Z.** i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – I.D. D.K., Z.** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **odwołującego I.D. D.K. z Z.** na rzecz **zamawiającego – Miasta Stołecznego Warszawy – Zarządu Dróg Miejskich** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

{KIO 679/17, KIO 680/17}

Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich {dalej również: „ZDM”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie m. st. Warszawy, obejmująca 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 r.* (nr postępowania DPZ/85/PN/73/16).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S\_174-3125179 z 7 września 2016 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (<http://www.zdm.waw.pl>), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

28 marca 2017 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną m.in. o odrzuceniu ofert złożonych przez K.-G. R.G. z S. w częściach nr 8 i 9 oraz I.D. D.K. z Z. w części nr 6, a także o unieważnieniu postępowania w zakresie części nr 6.

{KIO 679/17}

6 kwietnia 2017 r. Odwołujący, K.-G. R.G. z S. {dalej również: „K.-G.”}, wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności w zakresie części nr 8 i 9 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 171, poz. 1206) {dalej również: „uznk”} – przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż jej złożenie w przedmiotowym postępowaniu nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji.

2. Art. 7 ust. 1 – przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
3. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

{KIO 680/17}

6 kwietnia 2017 r. Odwołujący, I.D. D.K. z Z. {dalej również: „I.D.”}, wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od powyższych czynności, a także od zaniechania czynności w zakresie części nr 6 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 90 oraz art. 7 ust. 1 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego.
2. Art. 93 ust. 1 pkt 1 – przez bezpodstawne unieważnienie postępowania.
3. Art. 90 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny.
4. Art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez niekompletne podanie uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części 6.
3. Dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

{KIO 679/17, KIO 680/17}

{ad obu pkt listy zarzutów odwołania K.-G. i pkt 1 listy zarzutów odwołania I.D.}

Z odwołań wynika, Zamawiający odrzucił oferty Odwołujących na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 3 pzp, gdyż w jego ocenie złożenie tych ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie stawki roboczogodziny za roboty awaryjne i eksploatacyjne. Zamawiający stwierdził, że stawka za roboczogodzinę dla robót awaryjnych i eksploatacyjnych zaoferowana przez K.-G. – 7,79 zł netto oraz I.D. – 7,85 zł została określona w wysokości nieuwzględniającej wynikającego z odrębnych przepisów minimalnego wynagrodzenia za pracę, a więc poniżej minimalnych wynagrodzeń (stawek). Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 293/17) i uznał, że wartość 11,01 zł należy brać pod uwagę przy ustalaniu tego, czy stawka roboczogodziny za ww. roboty spełnia wymagania wynikające z odrębnych przepisów, tj. dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Odwołujący zarzucili, że Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać określone przez nich stawki za czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący K.-G. zwrócił uwagę na to, że w s.i.w.z. dla stawki za roboczogodzinę za roboty awaryjne lub eksploatacyjne, stanowiącej jedno z kryteriów oceny ofert, określono wyłącznie maksymalną jej wysokość (jako nie większą niż średnia stawka roboczogodziny netto dla Warszawy w kwartale poprzedzającym otwarcie ofert dla robót elektrycznych z S.), a także wskazano, że w razie jej przekroczenia albo nieokreślenia stawki (co zostanie poczytane za stawkę = 0zł), zostanie przyznane 0 pkt w tym kryterium.

Zdaniem Odwołującego K.-G. skoro kryterium oceny ofert odsyła do roboczogodziny ujętej w S., pojęciu temu nie można nadawać innego znaczenia i utożsamiać go z godziną pracy w rozumieniu przepisów kodeksu pracy. Stawka za roboczogodzinę nie jest tym samym co wynagrodzenie pracownika. Roboczogodzina jest jednostką miary robocizny i wyraża normę ilościową wykonania przez jednego robotnika w czasie jednej godziny określonego zakresu robót. Normę tę określa się w odniesieniu do wybranej jednostki obmiarowej danej roboty. Nie oznacza to zatem automatycznie, że jedna godzina pracy pracownika jest równa jednej roboczogodzinie. Należy mieć na uwadze fakt, że rozliczenie na etapie realizacji umowy będzie dokonywane w oparciu o kosztorysy powykonawcze (§ 9 ust. 5 wzoru umowy). W przypadku robót awaryjnych i eksploatacyjnych w zakresie konserwacji oświetlenia ulicznego powszechnie przyjmuje się, że wynagrodzenie ustalone w oparciu o kosztorysy powykonawcze jest obliczane z uwzględnieniem miary faktycznie wykonanych prac, co nie jest tożsame z ilością przepracowanych godzin zegarowych.

Odwołujący I.D. również wskazał na postanowienia wzoru umowy, według których kosztorysy stanowiące podstawę do rozliczenia robót awaryjnych lub eksploatacyjnych zostaną opracowane na podstawie stawek S., z wyjątkiem stawki roboczogodziny, która zostanie określona w ofercie, a także na powyższe rozumienie roboczogodziny. Podał

ponadto w odwołaniu, w jaki sposób wyznacza się liczbę roboczogodzin przypadających na jednostkę obmiarową danego rodzaju robót.

Zdaniem Odwołującego *I.-D.* Zamawiający w ten sposób rozstrzygnął, że kosztorys zostanie sporządzony w oparciu o bazę normatywną wynikającą ze stawek S. oraz ryczałtowo określoną wartość stawki roboczogodziny (czyli określoną na podstawie analizy indywidualnej), co wyklucza ustalenie czasochłonności w oparciu pomiar czasu pracy. Rzeczywisty koszt pracy zależy zatem od indywidualnej sytuacji wykonawcy (np. zakresu mechanizacji robót), która powinna znaleźć wyraz w kalkulacji indywidualnej. W konsekwencji stawki roboczogodziny nie należy identyfikować ze stawką za godzinę pracy pracownika. Roboczogodzina nie oznacza bowiem, że pracownik będzie pracował godzinę lecz, że koszty pracy wykonania danej czynności wynoszą równowartość stawki godzinowej lub jej wielokrotności. W konsekwencji stwierdzenie, czy zaproponowana stawka roboczogodziny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wymaga ustalenia, jakiego czasu pracy wymaga wykonanie robót, i czy zaoferowana stawka roboczogodziny zapewnia wypłacenie wynagrodzenia zgodnego z przepisami dot. minimalnego wynagrodzenia – w oparciu o katalogi wskazane w publikacjach S..

{KIO 680/17}

{ad pkt 4 listy zarzutów odwołania I.D.}

Według Odwołującego wyrok wydany w postępowaniu odwoławczym, którego nie był stroną ani uczestnikiem, stąd nie mógł tego wyroku zakwestionować w drodze kontroli sądowej, nie może stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty. Również z tego powodu, że treść tego wyroku jest wypadkową dowodów przedstawionych przez strony oraz sytuacji, w jakiej znajduje się dany wykonawca.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powołanie się na wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 293/17 nie czyni zadość obowiązkowi podania uzasadnienia faktycznego i prawnego (art. 92 ust. 1 pkt 1 pzp) w sposób kompletny i jednoznaczny (art. 7 ust. 1 pzp – zasada przejrzystości).

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie sprecyzował podstawy prawnej, na której uznał, że zaoferowana stawka roboczogodziny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co również stanowi naruszenie powyższych przepisów.

{ad pkt 3 listy zarzutów odwołania I.D.}

Odwołujący podniósł, że SIWZ nie zobowiązywała wykonawcy do przedstawienia sposobu skalkulowania ceny, a Zamawiający nie wzywał Odwołującego do składania wyjaśnień w trybie art. 90 pzp. Tymczasem ustawodawca w art. 90 ust. 1 pzp wskazał, że zamawiający wzywa (a zatem jest obowiązany wezwać) 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. Odwołujący dodał, że wobec nieprzeprowadzenia postępowania dowodowego Zamawiający (odmiennie niż Krajowa Izba Odwoławcza w stosunku wykonawcy „A.Ś.” w sprawie o sygn. akt KIO 293/17), nie dysponował wyjaśnieniami ze strony wykonawcy co sposobu kalkulacji zaoferowanej stawki roboczogodziny.

Według Odwołującego Zamawiający nie miał zatem jakichkolwiek podstaw, aby uznać, że stawka roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne wskazana przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wywiódł, że hipoteza art. 89 ust. 1 pkt 4 mieści się w hipotezie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, a ten ostatni przepis znajduje zastosowanie w innych okolicznościach niż opisane w art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp. Przepisy art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 i art. 89 ust 1 pkt 4 stanowią bowiem przepis szczególny w stosunku do ogólnej regulacji zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp. W konsekwencji jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości co do tego, czy zaoferowana stawka roboczogodziny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zobowiązany był zastosować się do przepisu art. 90 ust. 1 pzp

{KIO 679/17, KIO 680/17}

20 kwietnia 2017 r. wpłynęły do Izby odpowiedzi na odwołania, w których Zamawiający wniósł o ich oddalenie, podając w szczególności następujące uzasadnienie swojego stanowiska.

W pierwszej kolejności Zamawiający zwrócił uwagę, że prowadzone przez niego postępowanie zostało podzielone na 16 części, przy czym dopuścił składanie ofert częściowych na nie więcej niż 3 spośród nich. Zamawiający podniósł, że stawka roboczogodziny za wykonanie robót awaryjnych lub eksploatacyjnych była podawana przez wykonawców niezależnie od tego na ile oraz które części tego zamówienia ubiegał się konkretny wykonawca.

W drugiej kolejności Zamawiający przywołał sentencję i fragmenty uzasadnienia wyroku Izby z 27 lutego 2017 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 293/17 w wyniku uwzględnienia odwołania dotyczącego części IV zamówienia. Zdaniem Zamawiającego w świetle tego wyroku nie może budzić wątpliwości, że złożenie oferty w jakiegokolwiek części przedmiotowego postępowania, w której wykonawca proponuje stawkę roboczogodziny za roboty eksploatacyjne i awaryjne niższą niż wynikająca z odrębnych przepisów stawka 11,01 zł, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp z uwagi na złożenie oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie nieuwzględnienia w powyższej stawce wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, co stanowi manipulację cenową naruszającą przepisy, dobre obyczaje i interesy innych przedsiębiorców.

Zdaniem Zamawiającego z uwagi na tożsame okoliczności faktyczne i prawne do tych, które były podstawą wydania powyższego wyroku, zasadne było zastosowanie wskazanej tam wykładni przepisów również do innych części zamówienia, co skutkowało odrzuceniem ofert nie tylko złożonych przez Odwołujących.

W ocenie Zamawiającego w zawiadomieniu z 27 marca 2017 r., stosowanie do art. 92 ust. 1 pzp, szczegółowo opisał zarówno podstawę prawną, jak i okoliczności faktyczne dotyczące odrzucenia ofert w poszczególnych częściach zamówienia. Przy czym przywołał powyższy wyrok w celu: po pierwsze – uzasadnienia prawidłowości dokonanej czynności, po drugie – uczynienia go częścią uzasadnienia tej czynności, po trzecie – umożliwienia wykonawcom zapoznania się z jego treścią w celu oceny, czy zapadł w tożsamych okolicznościach oraz czy został przez niego prawidłowo zinterpretowany i zastosowany.

Zamawiający stwierdził, że stanowisko Odwołującego K.-G. jakoby błędne było utożsamianie stawki za roboczogodzinę ze stawką za godzinę zegarową pracy pracownika, stanowi polemikę z uzasadnieniem powyższego wyroku Izby. Ponadto stanowi nadinterpretację postanowienia pkt 16.2.2. SIWZ, z którego nie wynika, jaką minimalną stawkę roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne może zaproponować wykonawca oraz w jaki sposób stawka tej roboczogodziny powinna być określone. W tym zakresie powinny zatem znaleźć, jak wskazała Izba, przepisy powszechnie obowiązujące dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego I.D. zakończonej konkluzją, że po pierwsze, stawka roboczogodziny jest wystarczająca dla zapłaty pracownikom wynagrodzenia wyższego niż minimalne wynagrodzenie za pracę, po drugie, stawka ta nie odbiega od stawek innych wykonawców, Zamawiający podkreślił, co następuje. Po pierwsze, że argumentacja ta została uznana za niezasadną w przywołanym wyroku. Po drugie –



druga konkluzja nie została w żaden sposób udowodniona.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 90 ust. 1 pzp Zamawiający podniósł, że odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa powyżej. W konsekwencji nie zachodziły określone w art. 90 ust. 1 pzp przesłanki do wyjaśniania wartości stawki roboczogodziny, a wszelkie okoliczności miały obiektywny charakter i zostały ustalone zgodnie z przywołanym wyrokiem.

Zamawiający podniósł także, że stawki określone przez Odwoływających, wbrew ich twierdzeniom, że zostały ustalone zgodnie z S., są istotnie zaniżone w stosunku do wartości minimalnej stawki roboczogodziny z S., która w kwartale poprzedzającym otwarcie ofert dla robót elektrycznych dla Warszawy wynosi 13,50 zł, a średnia stawka wynosi 16,57 zł (maksymalna 21,50 zł, a najczęściej występująca – 18 zł).

Do postępowania odwoławczego w żadnej z rozpoznawanych spraw nie zgłoszono przystąpień.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego obie sprawy zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwoływający podtrzymali dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron obu spraw, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, dalszych pismach, odpowiedziach na odwołania, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymują się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro złożyli oferty. Jednocześnie ponieważ objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp dotyczą odrzucenia ich własnych ofert, naraża to Odwołujących na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mogliby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w poszczególnych częściach, których dotyczą wniesione odwołania.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla obydwu spraw:

W rozdziale 16 specyfikacji dotyczącego kryteriów oceny wskazano w szczególności, że:

- Stawka roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne stanowi jedno z trzech kryteriów oceny ofert o wadze 30% (pkt 16.1).
- Stawka wskazana w ofercie nie może być większa niż średnia stawka roboczogodziny netto dla Warszawy w kwartale poprzedzającym otwarcie ofert dla robót elektrycznych z S.. W przeciwnym przypadku wykonawca automatycznie otrzyma w tym kryterium 0 pkt. Natomiast niewskazania w ofercie tej stawki zostanie poczytane za 0 zł, a wykonawca otrzyma 0 zł (pkt 16.2.2).

Wzór umowy zawiera w § 9 zawiera w szczególności poniższe uregulowania odnośnie rozliczenia wykonanych prac awaryjnych lub eksploatacyjnych.

*W ust. 5: Każdorazowo do sprawy winien być załączony (...) kosztorys, sporządzony według średnich stawek S. (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. (...)*

*Według 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.*

*Z kolei w ust. 7 Zamawiający określił, że w przypadku gdy użyte materiały nie będą znajdowały się w cenniku S. podstawą do zwrotu ich kosztów będzie faktura VAT wystawiona przez producenta/dostawcę, opiewająca na kwoty nieodbiegające jednak od cen*

*rynkowych danych materiałów/urzędzeń.*

Następujące okoliczności były niesporne:

- roboczogodzina (r-g), powszechnie stosowana w rozliczeniach kosztorysowych, w szczególności przy rozliczaniu prac awaryjnych i eksploatacyjnych, jest miarą wykonywanej pracy, czyli przeciętną ilością pracy, która powinna zostać wykonana przez jedną osobę podczas jednej godziny zegarowej;
- w stosunku do poprzednio prowadzonych postępowań na analogiczny przedmiot zamówienia wprowadzono zmianę, polegającą na wymaganiu od wykonawców podania w ofercie stawki roboczogodziny za roboty awaryjne lub eksploatacyjne (wcześniej nie była ona wyodrębniana), która stanowi jednocześnie jedno z kryteriów oceny ofert;
- w zakresie robót awaryjnych i eksploatacyjnych na etapie składania ofert nie były wymagane i nie były składane żadne kosztorysy ofertowe, a w dokumentacji postępowania nie wprowadzono żadnych szczególnych zasad określenia stawki roboczogodziny za te prace;
- określana przez wykonawcę w ofercie stawka roboczogodziny za roboty awaryjne i eksploatacyjne, choć mogą one obejmować zróżnicowany zakres prac, jest jednolita;
- stawka za roboczogodzinę dla robót awaryjnych i eksploatacyjnych została określona przez K.-G. na poziomie 7,79 zł netto, a przez I.D. na poziomie 7,85 zł.

Izba stwierdziła, że dla rozliczania robót awaryjnych i eksploatacyjnych znaczenie mają zasady i sposób określone przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, a nie dotychczasowa praktyka w tym zakresie. Podkreślić należy, że w poprzednich postępowaniach stawka roboczogodziny za roboty awaryjne i eksploatacyjne nie była przez wykonawców określana, a sposób zlecenia oraz zakres tych robót określone były w inny sposób.

Izba podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Rzeszowie wyrażone w wyroku z 27 maja 2010 r. (sygn. akt I C 3/09), że o tym, czy postępowanie prowadzone jest zgodnie z zasadami ustalonymi ustawą decyduje treść dokumentów, gdyż jedną z najważniejszych cech postępowania w sprawach udzielenia zamówienia publicznego jest pisemność i jawność. 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.

Zdaniem Izby zawarte w ramach opisu stawki roboczogodziny jako kryterium oceny ofert postanowienie, że w razie nieokreślenia tej stawki w ofercie zostanie przyjęte 0 zł miało służyć określeniu reguł przyznawania punktacji. Nie oznacza jednak, że wykonawcy i zamawiający jako uczestnicy rynku zamówień publicznych nie są związani przepisami powszechnie obowiązującym w zakresie minimalnego wynagrodzenia pracowników. Przypisywanie temu postanowieniu innego znaczenia niż uporządkowanie reguł oceny w tym kryterium, prowadziłoby do wniosku, że Zamawiający musiałby przyjąć ofertę ze stawką 0 zł, co jest niedopuszczalne z uwagi na obowiązujące przepisy.

Zamawiający nie musiał wskazywać dolnej granicy, czyli minimalnej stawki, jaką wykonawcy mogą określić za jedną roboczogodzinę, gdyż wynika ona z obowiązujących przepisów prawa. 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.

Skoro termin składania ofert został wyznaczony na 24 października 2017 r., a przewidywany termin rozpoczęcia realizacji umowy został określony na 1 grudnia 2016 r., należało wziąć pod uwagę, że zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 11 września 2015 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r. od 1 stycznia 2016 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 1850 zł. Z kolei z art. 90 ust. 1 pkt 1 pzp wynika, że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa niż od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679 ze zm.), na podstawie których wydane zostało powyższe rozporządzenie.

Izba nie podzieliła zatem stanowiska Odwołujących, że czas pracy przy realizacji robót awaryjnych i eksploatacyjnych wynikający z KNNR-u, czyli przyjęta tam norma ilościowa wykonania w ciągu jednej godziny przez jednego robotnika określonego zakresu prac, będzie jedynie przyjmowany na potrzeby rozliczeń wynagrodzenia, co jednak nie oznacza, że faktycznie wykonanie tych prac zajmuje tyle czasu. Ponieważ KNNR-y powstały w latach 80-tych, kiedy efektywność pracy była znacznie mniejsza, dzisiaj prace te są wykonywane znacznie szybciej, w zależności od rodzaju prac w granicach od 40 do 70% normy kosztorysowej (roboczogodziny). Z uwagi na konieczność przyjęcia do kosztorysowania jednej stawki po analizie zakresu robót przyjęto, że średni nakład czasu

pracy na osobę wynosi około 55% normy określonej roboczogodziną. W rezultacie wskazanie w ofercie stawki 7,85 zł netto oznacza, że w rzeczywistości przy kalkulacji przyjęto wynagrodzenie pracownika na poziomie 14,27 zł netto za godzinę pracy.

Izba zważyła, że taki dualizm rozumienia roboczogodziny (roboczogodzina wg. KNNR-ów i faktyczna roboczogodzina) nie tylko nie wynika z przywołanych powyżej postanowień specyfikacji – dotyczących rozliczania prac awaryjnych i eksploatacyjnych oraz sposobu oceny ofert w ramach kryterium stawki roboczogodziny za te prace. Trudno sobie wyobrazić, aby racjonalnie działający Zamawiający wprowadził taki niekorzystny dla siebie system rozliczania, w którym płaciłby za znacznie większą liczbę roboczogodzin niż faktycznie tego wymagały zlecone prace.

Oznaczałoby to również, że Zamawiający nie dba o zapewnienie w postępowaniu przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, gdyż niedopuszczalna jest sytuacja, że w ramach kryterium premiującego jak najniższą stawkę roboczogodziny za określone prace w przypadku każdej oferty ta sama roboczogodzina oznacza co innego, w zależności od arbitralnej oceny wykonawcy. Odmiennie przedstawiałby się sytuacja, gdyby w postępowaniu zostało wprowadzone kryterium oceny ofert, w którym premiowane byłoby jak najszybsze wykonywanie prac w stosunku do normatywu wynikającego z katalogów norm pracy. Oczywiście wymagałoby to ustalenia granic takiego zwiększenia efektywności oraz sposobu weryfikacji, czy zadeklarowana efektywność jest rzeczywiście do osiągnięcia.

Izba zważyła, że Kodeks pracy nie zawiera rozróżnienia na wynagrodzenie brutto czy netto. 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. Stanowisko takie znajduje również odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który przykładowo w uchwale z 7 sierpnia 2001 r. (sygn. akt III ZP 13/01) wskazał, że wynagrodzenie za pracę, jako niezbędny element stosunku pracy (art. 22 § 1 kp), jest pojęciem określonym przepisami prawa pracy, z których niewątpliwie 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. 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

Ponieważ 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 zgodną z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 11 września 2015 r. 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.

Reasumując, każdy z wykonawców powinien zatem przyjąć do kalkulacji stawki roboczogodziny za prace awaryjne i eksploatacyjne co najmniej tak rozumiane minimalne wynagrodzenie za pracę.

Ponieważ zgłoszone przez Odwołujących jako dowody opinie prywatne i kosztorysy stanowią w istocie argumentację polemiczną z ustalonym powyżej znaczeniem postanowień specyfikacji, nie miały one żadnego znaczenia dla sprawy.

Natomiast Zamawiający wykazał adekwatność swoich twierdzeń z odpowiedzi na odwołanie co do wysokości stawek za roboczogodzinę netto dla robót elektrycznych na terenie Warszawy w kwartale poprzedzającym otwarcie ofert, która znacząco przekraczała stawkę godzinową wynikającą z minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wykazał tym samym również, że bez pokrycia są twierdzenia Odwołujących jakoby skalkulowali wysokość stawki roboczogodziny, którą wskazali w ofercie, z uwzględnieniem opracowań S..

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że wspólne zarzuty odwołań są niezasadne.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) {dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”} czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Uznanie konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga 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 22 października 2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004 nr 2, poz. 26).

Sąd Najwyższy w wyroku z 9 grudnia 2011 r. (sygn. akt III CSK 120/11) wskazał ponadto, że art. 3 ust. 1 uznk, jak trafnie podnosi się w literaturze oraz w judykaturze (por. m.in. wyroki SN wydane: 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97, OSNC 1999 nr 5, poz. 97; 9 maja 2003 r., V CKN 219/01, OSP 2004 nr 7, poz. 54; 30 maja 2006 r., I CSK 85/06, OSP 2008 nr 5, poz. 55), pełni niewykluczające się trzy funkcje: definiującą, uzupełniającą i korygującą. Pierwsza z nich 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 uznk (a przykładowo wymienione w art. 3 ust. 2 uznk) 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 sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Niewątpliwie w rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z funkcją uzupełniającą art. 3 ust. 1 uznk. Sąd Najwyższy w wyroku z 30 maja 2006 r. (sygn. akt I CSK 85/06) podkreślił, 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.

*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).

Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 uznk odrzucając oferty Odwołujących. Określenie przez nich w ofertach stawek roboczogodziny za prace awaryjne i eksploatacyjne znacząco odbiegających od minimalnego wynagrodzenia za pracę wynikającego z obowiązujących przepisów, służące jednocześnie ustaleniu korzystnego dla nich wyniku postępowania, należy uznać za działanie sprzeczne z prawem. W ocenie Izby działanie Odwołujących – będących profesjonalistami na rynku usług stanowiących przedmiot zamówienia, wobec których stosuje się podwyższony miernik staranności – polegające na pominięciu przy określaniu 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. Jednocześnie takie działanie narusza interes innych wykonawców, którzy przy kształtowaniu stawki za prace awaryjne i eksploatacyjne uwzględnili obowiązujące przepisy o wynagrodzeniu minimalnym za pracę, gdyż nie mogli oni uczciwie konkurować z Odwołującymi, którzy w nieuczciwy sposób zamierzali uzyskać lepszą pozycję w rankingu ofert.

{KIO 680/17}

Pozostałe zarzuty odwołania I.-D. również okazały się niezasadne.

Po pierwsze, Zamawiający nie naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż podał wystarczająco obszerne i zrozumiałe uzasadnienie prawne i faktyczne podjętej decyzji, o czym świadczy fakt, że Odwołujący nie miał żadnych trudności ze sformułowaniem argumentacji odwołania. Nie stanowi przy tym żadnej wady powołanie się w uzasadnieniu na wyrok Izby dotyczący tego samego postępowania, co świadczy jedynie o tym, że Zamawiający podziela wyrażoną tam ocenę prawną w odniesieniu do okoliczności, które zaistniały również w stosunku do Odwołujących.



Po drugie, Zamawiający nie mógł naruszyć art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 90 pzp, gdyż przepisy te nie były podstawą prawną czynności odrzucenia oferty. Na marginesie Izba nie podziela poglądu Odwołującego co do relacji pomiędzy przesłankami odrzucenia oferty wynikającymi z pkt 3 i 4 art. 89 ust. 1 pzp. Zdaniem Izby mają one charakter samoistny i odrębny, przy czym wyłącznie odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp wymaga uprzedniego przeprowadzenia procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 pzp.

{KIO 679, KIO 680/17}

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w każdej ze spraw orzeczono stosownie do jej wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczone przez Odwołujących wpisy – zgodnie z § 3 pkt 1 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). Ponadto stosowanie do § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Zamawiającego w każdej ze spraw poniesione przez niego koszty z tytułu uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:** .....