

Sygn. akt: KIO 2587/13

**WYROK**  
**z dnia 20 listopada 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2013 r. przez wykonawcę **Roberta Gosa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R..... G....., KAR-GOS w Sulejówku**

przy udziale wykonawcy **E..... S....., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą E..... S....., ELES-BUD w Kobylce** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Ząbki w Ząbkach**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **R..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R..... G....., KAR-GOS w Sulejówku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R..... G....., KAR-GOS w Sulejówku** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Ząbki w Ząbkach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem są „usługi w zakresie konserwacji oświetlenia ulicznego na terenie miasta Ząbki”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 października 2013 r., poz. 419590. W dniu 31 października 2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę R..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R..... G....., KAR-GOS w Sulejówku, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę E..... S....., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą E..... S....., ELES-BUD w Kobyłce, zwaną dalej „przystępującym”.

Wobec czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty odwołujący wniósł w dniu 5 listopada 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 171, poz. 1206) poprzez niezasadne uznanie, że złożenie oferty przez odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego nie uzasadnił, na jakiej podstawie wywodzi, iż w przypadku oferty odwołującego zostały spełnione przesłanki z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie odniósł się ani do kosztów ponoszonych przez odwołującego, ani też nie wskazał, w jaki sposób złożenie oferty przez odwołującego utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku. Odwołujący wywiódł, że zamawiający nie zwracał się do niego z wezwaniem do wyjaśnienia elementów ceny, nie posiada zatem wiedzy na temat ponoszonych przez wykonawcę kosztów, a tym samym nie może w sposób obiektywny określić, czy zaoferowana cena oznacza sprzedaż usługi poniżej kosztów jej świadczenia. Zdaniem odwołującego zamawiający nie wskazał również, na jakiej podstawie twierdzi, iż pozostali wykonawcy podali realną wartość 1 roboczogodziny w sposób uwzględniający możliwość realizacji poszczególnej usługi w okresie krótszym niż jedna godzina. Zaoferowanie przez odwołującego ceny jednostkowej niższej niż ceny pozostałych wykonawców nie oznacza działania zmierzającego do eliminacji innych wykonawców w uzyskaniu zamówienia w sposób niedopuszczalny, czy też sprzeczny z prawem.

Odwołujący argumentował, że zaoferowanie stawki 1 grosz za roboczogodzinę nie stanowi świadczenia usługi poniżej kosztów jej wytworzenia. Zgodnie bowiem z ukształtowanym we wzorze umowy sposobem ustalania wynagrodzenia wykonawcy, stawka za roboczogodzinę stanowi zaledwie jeden z czynników dwuczęściowego wynagrodzenia przewidzianego za świadczenie usługi objętej zamówieniem. Zamawiający przewidział wynagrodzenie mieszane za realizację przedmiotu zamówienia. Za przeważającą część zamówienia polegającą na konserwacji oświetlenia (pkt 1-20 załącznika nr 1 do umowy) przewidziano miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe (o wadze 75% jako kryterium oceny ofert). Wynagrodzenie ryczałtowe zaoferowane przez odwołującego wynosi 143 242,85 zł, przy czym dwóch wykonawców zaoferowało kwoty niższe (ponad 120 000 zł), zaś jeden z nich kwotę wyższą - 152 164,55 zł. Druga część wynagrodzenia ustalana jest kosztorysowo, przy uwzględnieniu określonych stawek za roboczogodzinę, procentowo wskazanych stawek kosztów pośrednich i zysku oraz stawki za cenę materiałów ustalonej zgodnie ze średnimi stawkami cen materiałów określonych w ostatnim, opublikowanym do dnia wykonania zleconych usług, informatorze „Sekocenbudu”. Wynika stąd, iż stawka za roboczogodzinę jest jedynie jednym z czynników służących do ustalenia części wynagrodzenia za usługę realizowaną w ramach zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpiła E..... S....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą E..... S....., ELES-BUD w Kobyłce. Wniosła o oddalenie odwołania. Przedstawiła uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z 14 listopada 2013 r., w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Przystępujący, wskutek wezwania przez Izbę, złożył oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, pismo zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania kierowane do odwołującego, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, odrzucenie oferty wykonawcy, w sytuacji gdy oferta wybrana przez zamawiającego, na podstawie kryteriów oceny ofert, jest ofertą od niej mniej korzystną prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ustalenie, iż zamawiający odrzucił ofertę z naruszeniem przepisów ustawy,

prowadziłoby do nakazania unieważnienia czynności odrzucenia i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.**

Przedmiotem zamówienia jest usługa konserwacji oświetlenia ulicznego, opisana w ppkt 1 do 22 pkt I załącznika nr 2 do SIWZ.

Zamawiający przesądził, że wynagrodzenie za wykonanie zakresu przedmiotu zamówienia opisanego w ppkt 1-20 pkt I załącznika nr 2 do SIWZ będzie miało charakter ryczałtowy. Z kolei wynagrodzenie za wykonanie usługi opisanej w ppkt 21-22 załącznika nr 2 do SIWZ nosić będzie znamiona wynagrodzenia kosztorysowego. Dotyczyć to miało montażu i demontażu oświetlenia świątecznego przekazanego przez zamawiającego (pkt 21) oraz naprawy awarii wynikłych wskutek burzy, dewastacji lub zdarzeń wypadkowych (pkt 22). Powyższe reguły wynagradzania wynikały z § 3 wzoru umowy (załącznik nr 10 do SIWZ). W § 3 ust. 1 wzoru umowy zamawiający zastrzegł, iż za wykonanie przedmiotu umowy określonego w pkt 1-20 wykonawca otrzyma miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe. Z kolei, jak wynika z § 3 ust. 2 w zw. § 1 ust. 3 wzoru umowy wynagrodzenie za przedmiot zamówienia opisany w pkt 21-22 płatne będzie za wykonanie pojedynczego zlecenia przy uwzględnieniu następujących stawek:

- 1) roboczogodzina,
- 2) koszty pośrednie, wyrażone w % do robocizny i sprzętu,
- 3) zysk, wyrażony w % do robocizny i sprzętu,
- 4) ceny materiałów – średnie stawki cen materiałów określonych w ostatnim, opublikowanym do dnia wykonania zleconych usług, informatorze „sekocenbudu”,
- 5) ceny materiałów, w każdym czasie mogą zostać zweryfikowane przez zamawiającego na podstawie faktur zakupu.

Zamawiający określił w SIWZ w pkt XVII następujące kryteria oceny ofert:

- 1) cena ryczałtowa - 75%,
- 2) cena jednostkowa roboczogodziny wraz z narzutami (kosztami pośrednimi i zyskiem (r-g) – 25%.

We wzorze formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ) zamawiający wymagał aby wykonawcy określili m.in. cenę ryczałtową za usługę konserwacji (pkt 1-20) i cenę

jednostkową roboczogodziny, narzuty w postaci kosztów pośrednich w % oraz zysku wyrażonego w %, a także cenę roboczogodziny z ww. narzutami.

Na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 209.413,58 zł (pismo z 22 października 2013 r., w dokumentacji przesłanej przez zamawiającego).

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyło 4 wykonawców.

W formularzu ofertowym odwołujący wskazał, iż za realizację przedmiotu zamówienia określonego w pkt 1-20 załącznika nr 2 do SIWZ (bieżącą konserwację oświetlenia) oczekuje kwoty 143.242,85 zł. Z kolei za montaż i demontaż oświetlenia świątecznego oraz usługę napraw awarii oświetlenia zaproponował następujące stawki:

- 1) cena jednostkowa roboczogodziny netto – 0,01 zł,
- 2) narzuty tj. koszty pośrednie – 1%,
- 3) narzuty tj. zysk – 1%,
- 4) cena jednostkowa roboczogodziny netto uwzględniająca ww. narzuty – również 0,01 zł.

Pozostali wykonawcy zaproponowali następujące ceny:

- 1) wykonawca FB Serwis S.A. w Warszawie: za bieżącą konserwację 127.382,05 zł i stawkę roboczogodziny z narzutami 32,28 zł,
- 2) wykonawca Zestifos sp. z o.o. w Serocku: za bieżącą konserwację 152.164,55 zł i stawkę roboczogodziny z narzutami 9,24 zł,
- 3) przystępujący: za bieżącą konserwację 121.929,90 zł i stawkę roboczogodziny z narzutami 12,32 zł.

Pismem z dnia 31 października 2013 r., zamawiający zawiadomił odwołującego, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. Zamawiający powiadomił również odwołującego, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający wskazał m.in. iż złożenie oferty z zaproponowaną roboczogodziną 0,01 zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wywiódł, że z treści SIWZ wynika, że wybrana zostanie oferta, która uzyska największą liczbę punktów, przy ocenie dwóch kryteriów.

Uzasadniał, że cena za jedną robo godzinę w wysokości 1 grosza jest ceną nierealną, a jej podanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu innym wykonawcom do zamówienia. Wywiódł, że oczywistym jest, że cena 1 grosz za 1 roboczogodzinę nie jest opłacalna, nie pokrywa kosztów realizacji usługi. Wywiódł, że

wartość ta jest bliska zeru i jest zabiegiem tylko czysto technicznym, w celu uzyskania jedynie wysokiej oceny punktowej za składnik cenowy oferty. Nie ma nic wspólnego z kalkulacją rentowności jednej roboczogodziny w rzeczywistości do jej kosztu.

Wskazał, że takie zachowanie odwołującego jest nieuczciwe wobec pozostałych wykonawców podających realną wartość 1 roboczogodziny w sposób uwzględniający możliwość realizacji poszczególnych usług w okresie krótszym niż jedna godzina, a działanie takie ma na celu jedynie wyeliminowanie innych wykonawców z możliwości uzyskania zamówienia.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Zarzuty nie potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której odsyła ustawa Pzp, 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 17 e ustawy). 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. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł. Wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Przywołany przepis stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznym interesów konsumentów.

W ocenie składu orzekającego Izby, jak również w świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby, ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska

czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkutowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców.

Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na symboliczną cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne. W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę. Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców. Żaden z wykonawców, którzy kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, nie może konkutować z wykonawcą. Nawet jeśli zaoferuje stawki, wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkutowania.

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 w art. 3 ust 1 ZNKU, treść danego działania nie ma znaczenia decydującego" (SO w Poznaniu sygn. IX Ge 19/07, tak też: P. Sokal: Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje, Monitor Prawniczy nr 24/2011 str. 1322).

Opisane działanie ewidentnie narusza również interes klienta, jakim jest zamawiający. Wskutek pozbawienia znaczenia kryteriów oceny ofert zamawiający zmuszony jest do wybierania jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie.

Tym samym Izba podtrzymuje swoje dotychczas wyrażane w tym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji (por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. KIO 1934/12, wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11, wyrok KIO wydany w sprawie o sygn. akt KIO 7/13). Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania w stopniu uzasadniającym



zastosowanie powołanego przepisu jest „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i wreszcie ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie.

Jako wart przywołania należy wymienić wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07 podający, iż „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 niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo.”

W ocenie Izby, uznanie, że opisane wyżej działanie nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 ust. 1 uznk, prowadziłoby do wynaturzeń pozbawiających sensu ekonomicznego cały system zamówień publicznych.

Z kolei w myśl art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Jak wynika z orzeczeń sądów powszechnych w sytuacji, gdy stan faktyczny sprawy wypełnia hipotezę normy wynikającej z art. 15 ust. 1-5 uznk to nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, że w następstwie któregośkolwiek z zachowań określonych w pkt 1-5 tego przepisu doszło do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie sygn. I ACa 1040/12, oraz wyrok SN wydany w sprawie o sygn. I CSK147/12). Koniecznym jest zatem zaistnienie takiej sytuacji, w której wykonawca zamierza realizować zamówienie poniżej kosztów własnych. Ponadto zachowanie wykonawcy musi być nakierowane na wyeliminowanie innych przedsiębiorców z rynku danych świadczeń.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę i odnosząc je do stanu faktycznego w analizowanej sprawie Izba stwierdziła, że całościowa analiza ukształtowanych w SIWZ kryteriów oceny ofert musiała prowadzić do wniosku, iż oczekiwaniem zamawiającego było aby wykonawcy skalkulowali i obliczyli odrębnie dwa elementy cenotwórcze. Zamawiający sformułował bowiem nie jedno, ale dwa kryteria oceny ofert odnoszące się do ceny.

Pierwszym była cena ryczałtowa za bieżącą konserwację oświetlenia (tj. wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w pkt 1-20 załącznika nr 2 do SIWZ). Drugą zaś cena jednostkowa roboczogodziny brutto za wykonanie montażu i demontażu oświetlenia oraz napraw awarii oświetlenia. Powyższe wynikało w sposób jednoznaczny z przywołanych wcześniej opisów kryteriów oceny ofert, wzoru formularza ofertowego i wzoru umowy. Ponadto, jak wynikało z opisu kryterium cena roboczogodziny, a także wzoru formularza ofertowego, cena jednostkowa roboczogodziny miała obejmować koszty pośrednie oraz zysk. Takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert i korespondujących z nimi reguł wynagradzania wykonawcy oznaczało, że każdy z odrębnie ocenianych elementów cenotwórczych (tj. cena ryczałtowa za bieżącą konserwację oświetlenia i stawka roboczogodziny za usługę napraw i powieszenia oświetlenia) należało skalkulować w sposób rynkowy. Zaś stawka roboczogodziny, co jasno wynikało z SIWZ miała obejmować koszty pośrednie oraz zysk.

Zdaniem Izby, odwołujący nie uczynił zadość ww. wymogom. Wykonawca określił cenę jednostkową roboczogodziny na symbolicznym poziomie 1 grosza i to zarówno liczoną z kosztami pośrednimi i zyskiem, jak i bez tych narzutów.

Zasady doświadczenia życiowego podpowiadają, że na rynku usług w zakresie napraw oświetlenia ulicznego z pewnością nie istnieje wynagrodzenie na poziomie 1 grosza za 1 godzinę pracy. Z pewnością też nie można uznać za rynkowe podane przez odwołującego stawki kosztów pośrednich czy zysku na poziomie jednej dziesięciotysięcznej złotego na godzinę (1% liczone od 1 grosza). W ocenie Izby nie jest niezbędne posiadanie specjalistycznej wiedzy na temat świadczenia usług tego typu, by stwierdzić, że nie jest możliwe ich realizowanie za zaoferowaną cenę. Stanowiska Izby nie zmieniły złożone przez odwołującego w trakcie rozprawy kosztorysy powykonawcze i protokoły odbioru końcowego dla Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie sporządzone przez firmy: Reklamex sp. z o.o. w Warszawie, firmę odwołującego i firmę Jimmy J. C....., J. Z..... sp.j. w Warszawie. Odwołujący w oparciu o ww. dokumenty usiłował wykazać, że stawka 0 zł za jedną roboczogodzinę pracy przy naprawach oświetlenia jest stawką rynkową. Rzeczywiście, w dokumentach tych pojawia się stawka 0 zł na 1 roboczogodzinę pracy. Jednakże złożone przez odwołującego dokumenty nie były wystarczające dla ustalenia faktu, który zamierzał udowodnić odwołujący. Podkreślenia wymaga bowiem, że wraz z ww. kosztorysami, protokołami nie zostały przedstawione Izbie postanowienia SIWZ i umów łączących ww. podmioty z Zarządem Dróg Miejskich w Warszawie, na podstawie których wystawiono ww. kosztorysy i protokoły. Nie można zatem wykluczyć, że jak wywodził przystępujący, w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie określono tylko jedno kryterium oceny ofert odnoszące się do ceny (tj. cena

ofertowa brutto). Nie można również wykluczyć możliwości, że stawka 0 zł za roboczogodzinę pracy przy naprawie oświetlenia była wynikiem specyficznych dla tego postępowania postanowień umowy odnośnie wynagradzania. Przystępujący wywodził, że z § 9 wzoru umowy w tym postępowaniu wynikało, że wartość robocizny i kosztów sprzętu dla prac związanych z naprawą lub odtworzeniem zawarta była w cenie za konserwację jednej oprawy oświetleniowej określonej w §3 ust. 2, który stanowił o miesięcznym ryczałtowym wynagrodzeniu. Jeżeli rzeczywiście tak było, to należało by przyjąć, że stawka 0 zł za 1 roboczogodzinę pracy, która pojawiła się w złożonych przez odwołującego kosztorysach i protokołach była wyłącznie wynikiem ukształtowania jednego kryterium oceny ofert odnoszącego się do ceny oraz specyficznego sposobu wynagradzania wykonawcy. Zgodnie z tym sposobem zlecniodawca niejako przesądził za wykonawcę, że koszty robocizny mają być ujęte w innym elemencie cenotwórczym. Reasumując, dokumenty złożone przez odwołującego, bez zaprezentowania stosownych postanowień umownych i postanowień SIWZ, nie prowadziły do wykazania, że stawka 0 zł za 1 roboczogodzinę napraw oświetlenia jest stawką rynkową.

Według Izby, niezasadnym było powoływanie się przez odwołującego na pokrycie niedoboru w stawce roboczogodziny z różnic w cenie niektórych materiałów pomiędzy stawkami wynikającymi z informatora Sekocenbud a cenami, po jakich odwołujący jest w stanie je kupić na rynku. Uszło uwadze odwołującego, że w sposób kosztorysowy, a więc rozliczany stawką na roboczogodzinę pracy objęta jest również usługa montażu i demontażu oświetlenia świątecznego. Jak wynikało z pkt 22 załącznika nr 2 do SIWZ wieszane ma być oświetlenie „przekazane przez zamawiającego”. Niewątpliwie zatem do kosztów tej usługi nie będą należeć koszty jakiegokolwiek materiału, na którym odwołujący mógłby powetować sobie niedobory w stawce roboczogodziny. Ukształtowanie stawki roboczogodziny na poziomie 1 grosza oznacza, że gdyby przyjąć prawidłowość kalkulacji odwołującego, to usługę tę musiałby wykonać praktycznie za darmo. Ponadto możliwość taką wykluczały postanowienia SIWZ i wzoru formularza ofertowego. Jak wynikało z opisu kryterium oceny ofert „stawka roboczogodziny”, zamawiający oczekiwał podania stawki roboczogodziny obejmującej koszty pośrednie i zysk. Skoro w świetle SIWZ narzuty w postaci kosztów pośrednich i zysku miały być ujęte w stawce roboczogodziny, to należało uznać, że niedopuszczalnym było ujmowanie ich wartości w cenie materiałów.

Wreszcie, stanowisku odwołującego co do rynkowej wysokości stawki za 1 roboczogodzinę pracy na poziomie 1 grosza, przeczyły stawki zaofertowane przez odwołującego w postępowaniu unieważnionym przez tego samego zamawiającego zaledwie kilka tygodni wcześniej. Jak oświadczył przystępujący, a czemu nie zaprzeczał odwołujący, przy niezmienionych postanowieniach SIWZ zaofertował ówczasnie stawkę roboczogodziny na poziomie 11,76 zł, narzuty w postaci kosztów pośrednich na poziomie 40% i zysku na

poziomie 5%. Nie przedstawiono również Izbie żadnej kalkulacji, w oparciu o którą można by ewentualnie, wbrew zasadom wiedzy i doświadczenia życiowego przyjąć, że jakikolwiek pracownik czy zleceniobiorca godzi się na naprawianie oświetlenia ulicznego za 1 grosz na godzinę.

Biorąc powyższe pod uwagę należało dojść do wniosku, że aby osiągnąć rentowność na zadaniu, niedobory w stawce roboczogodziny za 1 godzinę napraw i montażu oświetlenia musiały być pokryte z wynagrodzenia za usługę bieżącej konserwacji, stanowiącego odrębne kryterium oceny ofert. Działanie odwołującego spowodowało, że pozbawione zostało jakiegokolwiek znaczenia kryterium oceny ofert w postaci ceny jednostkowej roboczogodziny. Cena jednostkowa roboczogodziny miała obejmować narzuty (koszty pośrednie i zysk). Konkurenci, którzy oszacowali koszty tej ceny jednostkowej w oparciu o faktyczne koszty robocizny oraz koszty narzutów (w tym kosztów pośrednich i zysku) zgodnie z modelem należytego postępowania w tego rodzaju stosunkach, nawet zbliżone do minimum rynkowego, uzyskaliby jedynie około poniżej trzech setnych punkta na 25 możliwych.

Podkreślenia wymaga to, że jeżeli w postępowaniu określone jest jedno kryterium oceny ofert odnoszące się do wynagrodzenia, to niektóre elementy składające się na ową cenę mogą być wycenione drożej, a inne taniej, albowiem i tak zamawiający wybiera ofertę najtańszą, kierując się jednolitym kryterium cena. W tej sytuacji, to co dzieje się niejako „wewnątrz” ceny, nie ma znaczenia. Ten pogląd, jednolicie reprezentowany w orzecznictwie Izby, skład orzekający Izby w tej sprawie również podziela. Odzwierciedleniem tego poglądu są przywołane przez odwołującego orzeczenia Izby wydane w sprawie o sygn. akt KIO 2011/12 z 3.10.2012 r. czy w sprawie o sygn. akt KIO 2483/10. Przykładowo, w pierwszej z tych spraw, istotnie wykonawca zaoferował za wykonanie jednego z elementów przedmiotu zamówienia stawkę 1 grosz za 1m<sup>2</sup> świadczenia usługi grabienia. Umknęło jednak uwadze odwołującego, że w tamtej sprawie zamawiający nie określił stawki za 1 m<sup>2</sup> usługi grabienia jako odrębnego kryterium oceny ofert, lecz podał jedno, ogólne kryterium cena 100%. Jednakże argumentacja przedstawiona przez Izbę w powołanych przez odwołującego orzeczeniach, w sposób oczywisty nie znajduje zastosowania w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Jak wynika z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego, zamawiający przewidział bowiem, że jednym z kryteriów oceny ofert jest stawka za 1 roboczogodzinę pracy.

Za zbliżone do analizowanego stanu faktycznego Izba uznaje natomiast przywołane przez przystępującego wyroki Izby wydane w sprawach choćby KIO 7/13, KIO 1934/12, KIO 640/11, KIO 1240/13, KIO 1246/13 i KIO 1248/13. W każdej z tych spraw za czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 3 ust. 1 uznano podawanie zaniżonej lub wręcz symbolicznej wysokości stawki, stanowiącej odrębne kryterium oceny ofert. Tym samym, również w tej analizowanej sprawie Izba kontynuuje dotychczasowe stanowisko.

Reasumując należało uznać, że zamawiający w swym rozstrzygnięciu z 31.10.2013 r. zasadnie zakwalifikował zachowanie odwołującego, jako wypełniające znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 uznk. Zamawiający słusznie doszedł argumentował, że *„z treści SIWZ wynika, że zostanie wybrana oferta, która uzyska najwyższą liczbę punktów, przy ocenie dwóch kryteriów”*. Zasadnie doszedł do przekonania, że w tej sytuacji *„wartość oferty o wysokości jednego grosza jest bliska zeru i jest zabiegiem tylko czysto technicznym, w celu uzyskania jedynie wysokiej oceny punktowej za składnik cenowy oferty. Nie ma nic wspólnego z kalkulacją rentowności jednej roboczogodziny w rzeczywistości do jej kosztu.”*

W ocenie Izby nie zostało wykazane natomiast, aby działanie odwołującego wyczerpało znamiona czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Jak wynika z ww. przepisu, zachowanie musi być nakierowane na cel, jakim jest eliminacja innych podmiotów z rynku. Innymi słowy sprzedaż usług poniżej kosztów własnych nie jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli odbywa się w celu innym niż wyeliminowanie konkurentów, np. związanym z trudnościami gospodarczymi, działaniami promocyjnymi itp. Dostrzeżenia wymaga, że istotą zamówień publicznych jest konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia.

Izba stwierdziła, że nie wykazano żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o wystąpieniu ww. przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji, która odnosiła się do sfery motywacyjnej odwołującego. Nie zostało zatem wykazane, że działał on z zamiarem eliminacji przystępującego bądź innych wykonawców z rynku. Podkreślenia wymaga to, że eliminacja innych wykonawców z zamówienia, o czym zamawiający wspomniał w rozstrzygnięciu z 31.10.2013 r., nie jest tożsama z eliminacją innych przedsiębiorców z właściwego rynku, w tym przypadku rynku konserwacji i napraw oświetlenia ulicznego. Nie wiadomo również, czy złożenie oferty przez odwołującego może w jakikolwiek sposób wywrzeć wpływ na właściwy rynek. Nie jest znana bowiem wielkość, skala działalności odwołującego. W braku dowodu przeciwnego Izba stwierdziła, że działanie odwołującego nakierowane było na uzyskanie przez niego zamówienia, nie zaś na eliminację kogokolwiek z rynku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

**Przewodniczący:** .....