

Sygn. akt: KIO 2810/20

**WYROK**  
z dnia 23 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**  
**Protokolant: Szymon Grzybowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2020 r. przez wykonawcę **B. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Mazur Kolor Zakład Produkcyjny B. D.** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Opolskie, Urząd Marszałkowski Województwa Opolskiego,**

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Województwo Opolskie, Urząd Marszałkowski Województwa Opolskiego** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **B. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Mazur Kolor Zakład Produkcyjny B. D.** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego – **Województwa Opolskiego, Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **B. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Mazur Kolor Zakład Produkcyjny B. D.** kwotę 23 867 zł 29 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset sześćdziesiąt siedem złotych dwadzieścia dziewięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Opolu.**

**Przewodniczący:** .....

Sygn. akt: KIO 2810/20

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Województwo Opolskie, Urząd Marszałkowski Województwa Opolskiego [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *prace renowacyjne przy stolarcze okiennej i drzwiowej (renowacja lub wymiana) w ramach realizacji projektu pn. „Śląsk bez granic III-zamki i pałace” w ramach Programu Interreg V-A Republika Czeska – Polska 2014 - 2021 (zamek w Mosznej)* - znak postępowania: DOA-IV.272.21.2020.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 120-290924.

W dniu 29 października 2020 r. wykonawca B. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Mazur Kolor Zakład Produkcyjny B. D. [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oraz w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp doszło do naruszenia art. 93 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania przetargowego,
3. dokonania ponownej oceny złożonych ofert,
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy, w szczególności uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący uzasadniał, iż czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp była nieprawidłowa. Wskazał, że w celu wykazania chybionej argumentacji Zamawiającego dotyczącej rzekomej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, należy dokonać w pierwszej kolejności wykładni zapisów formularza ofertowego. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, z literalnego brzmienia zapisu umieszczonego w pkt 1 oferty tj.: „Cena jednostkowa robocizny (*netto*), wszystkie narzuty i ich wartość procentową jak została przyjęta dla określenia ceny ryczałtowej..”, oraz z użycia w kolumnie pierwszej tabeli sformułowania Wartość Rb (zł) wynika wprost, iż chodzi o koszty całej robocizny. Jeżeli miałyby być inaczej, Zamawiający jako gospodarz postępowania, który ustala jego reguły, użyłby odpowiednio sformułowania *Cena jednostkowa robociznogodziny...*, a w tabeli zawarł by wymóg wskazania *Wartości Rbh (lub Rg lub Rbg)* Zamawiający konsekwentnie używa sformułowania robocizna i odpowiedniego skrótu Rb a nie Rbh. Tylko taka interpretacja zawartych w formularzu cenowym zapisów jest prawidłowa i nie powinna być podważana przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż definicje obu pojęć oraz ich powszechne rozumienie wskazują na ich różne znaczenie. Dla przykładu Odwołujący przytoczył definicje obu pojęć pochodzące z równych źródeł.

Roboczogodzina to:

-to jednostka miary robocizny. Najbardziej poprawnie oznacza się ją skrótem rg., choć dopuszczalne są również inne formy. Wyraża ona normę ilościową wykonania przez jednego robotnika w czasie jednej godziny określonego zakresu robót ([www.wikipedia.pl](http://www.wikipedia.pl)).

-godzina pracy jednego robotnika (Słownik języka polskiego pod red. W. Doroszewskiego, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/roboczogodzina;5490209.html>)

Robocizna:

- oznacza pracę włożoną w wykonanie określonej czynności lub przedmiotu. Pojęcie robocizny, jej miara i wartościowanie, ma istotne znaczenie w kosztorysowaniu i harmonogramowaniu zadań inwestycyjnych w wielu dziedzinach, przede wszystkim

w budownictwie, górnictwie, budowie okrętów, i innych, (www. wikipedia.pl)

-to praca włożona w wykonanie czegoś; też: koszt tej pracy (www. sjp. pwn. pl),

-to praca włożona w wykonanie czegoś; też: koszt tej pracy (Słownik języka polskiego,

L. Drobik, E. Sobol, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007),

-1. robota (zwykle o pracy fizycznej) (...) 2. wynagrodzenie za pracę (zwykle robotnika)" (mały Słownik języka polskiego pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, PWN, Warszawa 1968).

Tak więc, wartość roboczogodziny to co innego niż wartość robocizny. Wartość roboczogodziny to cena jednostkowa jednostki pracy danego pracownika przy danej robocie w zależności od stopnia jej skomplikowania. Wartość robocizny zaś to cała wartość pracy wszystkich Pracowników z uwzględnieniem każdego rodzaju pracy. Z powyższego wynika, iż Zamawiający używając sformułowania robocizna, wymagał od wykonawców wskazania wartości całej robocizny.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty, Zamawiający posługuje się również argumentem celowościowo systemowym. Twierdzi on, iż zapisy SIWZ oraz cel, dla którego każdy wykonawca miał wypełnić tabelę znajdującą się w formularzu ofertowym, wskazują wprost na to, iż w tabeli tej miał zostać wskazany koszt roboczogodziny. Również i ta argumentacja nie znajduje oparcia w faktach. Zamawiający powołując się na zapis umieszczony w formularzu ofertowym tj. „W/w dane mają być podane celem wyceny zrealizowanych robót między innymi przy ewentualnym rozwiązaniu umowy”, oraz § 18 ust. 3 Istotnych Postanowień Umowy (IPU) w brzmieniu „wartość nierealizowanych robót zostanie wyliczona na podstawie pozycji z przedmiaru robót i stawki wyceny kosztorysowej zastosowanej przez Wykonawcę” dowodzi, iż wartość jednej roboczogodziny jest niezbędna do rozliczenia robót niewykonanych w związku z np. ewentualnym rozwiązaniem umowy. Argumentacja ta jest zupełnie chybiona. Odwołujący zaznaczył, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ustanowił wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym oraz nie żądał złożenia kosztorysów. W związku z tym faktem Zamawiający podpisując umowę

z wykonawcą, będzie znał tylko cenę ryczałtową całej oferty i wskazaną w formularzu ofertowym wartość robocizny. Dlatego też sposób rozliczania robót niewykonanych, określony w § 18 ust. 3 IPU, biorąc pod uwagę w jaki sposób zostało ukształtowane wynagrodzenie oraz informacje jakie otrzymał Zamawiający wraz z ofertą, jest niemożliwy do przeprowadzenia. Żaden wykonawca w złożonej ofercie nie składał kosztorysu ofertowego. W związku z tym, Zamawiający nie będzie miał możliwości pozyskania stawki wyceny kosztorysowej.

Z drugiej strony nawet przy przyjęciu, iż Zamawiający ma rację, i należało w formularzu ofertowym wskazać koszt jednej roboczogodziny, zastrzegając jednocześnie, że jest to tylko wywód teoretyczny, Zamawiający i tak nie jest w stanie wyliczyć wartości robót niewykonanych. Wartość jednej roboczogodziny, a co za tym idzie wyliczenie wartości robocizny w danej pozycji roboty niewykonanej, to jest tylko częścią kosztów danej roboty. Pozostałe koszty to głównie koszty materiałów i pracy sprzętu. Biorąc pod uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wymagał złożenia kosztorysów i nie dysponuje takimi informacjami, nie jest on w stanie w oparciu tylko o stawkę roboczogodziny wyliczyć wartości robót niewykonanych. Dla przykładu Odwołujący złożył ofertę netto

w wysokości 2 349 000,00 zł, w tym koszty robocizny to 896 000,00 zł netto. Reszta to pozostałe koszty, (głównie materiały) oraz zysk 15%. Widać więc, że koszty robocizny to mniej niż 50% kosztów. Nie sposób również nie wspomnieć o wartości jednej roboczogodziny w zależności od rodzaju roboty. W przedmiotowym zamówieniu do wykonania będą np. prace związane z produkcją okien, renowacją okien, renowacją drzwi czy odtworzeniem okien. Wartość roboczogodziny w każdej z tych robót jest inna ze względu na stopień skomplikowania poszczególnych robót.

Na powyższą okoliczność, zwracał również uwagę wykonawca RENOVATIO, który w piśmie z dnia 17 września 2020 r., informował Zamawiającego iż „W efekcie powyższego w zamku są 3 różne rodzaje okien, albowiem zamek był rozbudowany w różnych okresach. Co istotne część okien posiada zespolenie, stąd do każdego okna należy podejść indywidualnie i każdorazowo dopasowywać sposób i metodę renowacji. Każdy element poddany renowacji posiada indywidualny niepowtarzalny charakter”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający swoje stanowisko w zakresie wagi informacji dotyczącej wartości jednej roboczogodziny uzasadniał brzmieniem § 18 ust. 3 IPL. Odwołujący zaznaczył, że w zamieszczonym przez Zamawiającego przedmiarze robót, do którego odnosi się § 18 ust. 3 IPU, znajdują się pozycje, które w kolumnie Podstawa, zawierają opis kalkulacja własna. Są to np. pozycje lp. 7, 24 - 27, 32, 33, 38, 44-47 i wiele innych. Oznacza to, że Zamawiający w tych pozycjach nie podał żadnej podstawy, a co za tym idzie, nie jest możliwe wyliczenie robót niewykonanych zgodnie z § 18 ust. 3 IPU, gdyż Zamawiający nie posiada nie tylko kosztów materiałów, ale nie posiada również w tych pozycjach również nakładów pracy (ilości roboczogodzin).

Odwołujący stwierdził, że interpretacja celowościowo systemowa zapisów sformułowanych przez Zamawiającego wskazuje, iż w formularzu ofertowym należało wskazać wartość całej robocizny. Wskazanie wartości jednej roboczogodziny jest bezcelowe, gdyż nie może posłużyć do wyceny wartości robót ze względu na brak informacji o pozostałych kosztach (głównie materiałów) oraz występowania pozycji z kalkulacją własną. W związku z faktem, iż wartość roboczogodziny nie ma znaczenia w przedmiotowym postępowaniu należy stwierdzić, iż nie mogło dojść do sprzeczności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający przewidział rozliczenia częściowe wykonanych robót i ustalił sposób ich rozliczania. Zgodnie z § 13 ust. 3 i 4 oraz § 14 ust. 1 i 2 IPU, Zamawiający w przypadku rozliczenia za część robót wykonanych, wartość faktur częściowych winna być równa lub niższa niż procent zrealizowanych robót odebranych protokołem częściowym. Biorąc pod uwagę sposób skonstruowania przedmiotowego postępowania oraz treść przyszłej umowy, jest to jedyna możliwość rozliczenia robót niewykonanych.

Nie sposób się również zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego, który w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego twierdzi, iż nie jest możliwe wskazanie ostatecznej ceny umowy. Jest to oczywisty błąd Zamawiającego, gdyż cena ta wynika z formularza ofertowego i wynosi 2 889 270,00 zł brutto.

Wykonawca stwierdził, iż treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ. Użycie przez Zamawiającego w formularzu ofertowym sformułowania robocizna oraz sposób skonstruowania umowy i sposobu jej rozliczania wskazują na prawidłowość twierdzeń Odwołującego. Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców a skutek błędnych decyzji Zamawiającego, nie zostało

udzielone zamówienie wykonawcy, którego wybór byłby zgodny z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3). Doszło również do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i w związku z tym Zamawiający naruszył

art. 93 ust. 4 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, podczas gdy w przypadku dokonania prawidłowych czynności Zamawiający musiał uznać ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą, co spowodowałoby brak wystąpienia przesłanki unieważnienia postępowania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 listopada 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający przywołał uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że zarzuty ujęte w odwołaniu są bezzasadne, a argumentacja Odwołującego się jest następczą próbą konwalidacji błędnej czynności w przedmiocie wskazania jednostkowej stawki robocizny. Wykonawca, będący profesjonalistą na rynku usług, stanowiących przedmiot zamówienia, obowiązany do należytego działania, winien wiedzieć, iż w ofercie należało wpisać wartość jednostkową robocizny, tj. roboczogodzinę. Nietrafiony jest także zarzut Odwołującego odnoszący się do celu, któremu służyć ma podana stawka roboczogodziny. Jak słusznie zauważył Odwołujący, Zamawiający nie żądał od wykonawców kosztorysów ofertowych. W związku z czym wskazał mechanizm ewentualnych rozliczeń, biorąc pod uwagę między innymi podaną przez wykonawców na etapie składania oferty - stawkę robocizny oraz inne zakładane elementy jak np. zysk. Odnośnie kwestii braku danych dot. cen materiałów, oczywistym jest branie pod uwagę cen rynkowych, np. z baz cenowych Sekocenbud.

Zamawiający wskazał, że wykonawca nie wyjaśnił w zasadzie, przyjmując reguły logicznego myślenia oraz przepisy prawa powszechnie obowiązującego, dlaczego wpisał wartość łączną robocizny, a nie - czego żądał wyraźnie Zamawiający - wartość jednostkową robocizny. Argumentacja wykonawcy (str. 7 odwołania), iż Zamawiający używając sformułowania robocizna, wymagał od wykonawców wskazania wartości całej robocizny, jest chybiona i nie poparta logicznym wywodem. Wszyscy oferenci w postępowaniu poza wyjątkiem Odwołującego, rozumieli zapis jednoznacznie, iż chodzi o jednostkową stawkę netto robocizny. Błędu odwołującego się Zamawiający nie mógł zakwalifikować jako omyłki, którą może poprawić Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności.

Zamawiający podniósł, że mówiąc o stawce robocizny należy mieć też na uwadze treść § 6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 r, Nr 130, poz. 1389), które to unormowanie wskazuje, co zawiera godzinowa stawka robocizny.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, 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 posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,

z której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 29 października 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba, na posiedzeniu niejawnym po wysłuchaniu stanowisk Odwołującego

i Przystępującego, nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy P. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą RENOVATIO P. T. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 2 listopada 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Z ww. przepisu wynika zatem, iż do postępowania odwoławczego może przystąpić tylko wykonawca. Z kolei zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jak wskazano w wyroku Izby z dnia 8 lipca 2020 r. sygn. akt: KIO 1053/20: „status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Rozróżnić zatem należy w szczególności etap postępowania mający miejsce przed upływem terminu składania ofert, kiedy to status wykonawcy posiadać może [redacted] w zasadzie każdy podmiot, który jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, od etapu następującego po upływie terminu składania ofert, kiedy status wykonawcy przysługują już tylko podmiotom, które złożyły ofertę w postępowaniu. Status wykonawcy traci także podmiot, który został przez zamawiającego z postępowania wykluczony lub którego oferta została odrzucona, a czynności te stały się ostateczne.” [redacted]

Powyższa sytuacja miała miejsce w okolicznościach przedmiotowej sprawy, ponieważ oferta wykonawcy P. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą RENOVATIO P. T. została odrzucona w dniu 20 października 2020 r. Ww. wykonawca nie skorzystał ze środków ochrony prawnej i nie wzruszył powyższej czynności Zamawiającego, co zostało przyznane przez Wykonawcę w toku posiedzenia przed Izbą. Tym samym podmiot ten pozbawił się statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia na obecnym jego etapie, co przekłada się także na nieskuteczność zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego, którego przedmiotem jest kwestionowanie czynności odrzucenia oferty jego konkurenta (podobnie wypowiedziała się Izba m.in. w wyrokach z dnia 31 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1792/15 oraz z dnia 14 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 261/17).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami, ofertę Odwołującego, a także zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania z dnia 20 października 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowisko Odwołującego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 20 listopada 2020 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. ofertę Odwołującego złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia znak: DOA-IV.272.14.2020;
2. informację o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 czerwca 2020 r. w ww. postępowaniu;
3. informację o wyborze najkorzystniejszej oferty po powtórzeniu oceny i badania ofert z dnia 1 lipca 2020 r. w ww. postępowaniu;
4. informację o wyborze najkorzystniejszej oferty po powtórzeniu oceny i badania ofert z dnia 31 lipca 2020 r. w ww. postępowaniu;

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 1. Formularza oferty: Cena jednostkowa robocizny (netto), wszystkie narzuty i ich wartość procentową jaka została przyjęta dla określenia ceny ryczałtowej wykonawca miał podać wg wzoru: Wartość Rb (zł), Koszty ogólne (Ko %), Koszty pośrednie (Kp %) oraz Zysk (Z%). Zamawiający podał, że w/w dane mają być podane celem wyceny zrealizowanych robót między innymi przy ewentualnym rozwiązaniu umowy. Ww. postanowienia zostały powtórzone w punkcie 12. SIWZ zawierającym opis sposobu obliczenia ceny.

Zgodnie z § 18 ust. 2 Istotnych Postanowień Umowy (IPU), w razie odstąpienia od umowy Zamawiającemu przysługuje prawo obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy o wartość niezrealizowanych robót, a Wykonawca może żądać wynagrodzenia wyłącznie z tytułu zrealizowanej części Umowy. Zgodnie natomiast z ust. 3, wartość niezrealizowanych robót zostanie:

a) wyliczona opracowanym przez Zamawiającego, na podstawie pozycji z przedmiaru robót będącego elementem dokumentacji przetargowej i stawki wyceny kosztorysowej zastosowanej przez Wykonawcę, w oparciu o które wyliczył cenę oferty,

b) po zaakceptowaniu przez obie strony umowy, odjęta od wynagrodzenia Wykonawcy.

Odwołujący w formularzu ofertowym podał cenę łączną za całość zamówienia, tj. 2 889 270 zł brutto. Jednocześnie Wykonawca podał Wartość Rb – 896 000 zł, Koszty ogólne – 58,9%, Koszty pośrednie – 58,9% oraz zysk – 15%.

W dniu 20 października 2020 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując, że treść oferty w zakresie tabeli pt.: „Cena jednostkowa robocizny, ...” wypełnianej na druku oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wskazał, że z treści SIWZ (tabela) wynikało, że wykonawcy mieli podać *Cenę jednostkową robocizny* wraz z dodatkowymi elementami celem wyceny zrealizowanych robót między innymi przy ewentualnym rozwiązaniu umowy. Natomiast Wykonawca: Mazur Kolor Zakład Produkcyjny, B. D., w kolumnie „Wartość Rb (zł)” podał wartość łączną tj.: 896.000,00 zł. Zamawiający uzasadniał, że ze struktury formularza oferty wynika, iż pod pojęciem „cena jednostkowa robocizny” i odpowiednio do tegoż opisu w tabeli: „wartość Rb”, należało jednoznacznie rozumieć wartość jednostkową tj. stawkę roboczogodziny. Świadczy o tym sam opis, o którym mowa wyżej, zawarty w SIWZ oraz treści formularza ofertowego, jak również wskazany pod tabelą cel jakiemu ma służyć zamieszczenie takich danych, tj. wycena zrealizowanych robót między innymi przy ewentualnym rozwiązaniu umowy. Ceną jednostkową jest cena ustalona za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażana w jednostkach miar. Logicznym i jednoznacznym jest, iż mając na uwadze cel zapisu w SIWZ oraz treści oferty, Zamawiający wymagał ceny jednostkowej roboczogodziny a nie jak to błędnie przyjął Wykonawca – cenę łączną, która temu celowi nie służy. Żaden z pozostałych wykonawców nie miał w tej kwestii wątpliwości i prawidłowo wyraził jednostkową wartość robocizny, podając stawkę roboczogodziny.

Ponadto Zamawiający przywołał brzmienie § 18 ust. 2 i 3 Istotnych Postanowień Umowy (IPU) i wskazał, że ww. postanowienia jednoznacznie wskazują na sposób liczenia prac niezrealizowanych. Liczy się je biorąc pod uwagę obmiar prac z przedmiaru Zamawiającego oraz ceny jednostkowe tj. stawki roboczogodziny wraz z narzutami z wyceny kosztorysowej Wykonawcy. Powyższy zapis wprost koresponduje z treścią ww. tabeli

w zakresie wskazania ceny jednostkowej robocizny tj. roboczogodziny. Podana przez Wykonawcę całkowita wartość robocizny nie spełnia celu i nie służy wycenie prac niezrealizowanych, zgodnie z istotnymi postanowieniami umowy.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że nie zachodzą przesłanki do poprawienia ceny łącznej podanej w tabeli Odwołującego na cenę jednostkową wymaganą w SIWZ.

Zamawiający wskazał, że pomimo, iż przedmiotowa tabela (zawarta w ofercie pkt 2/) służy do rozliczeń dopiero po zawarciu umowy oraz nie podlega ocenie w kryteriach oceny ofert, to jednak brak wskazania ceny jednostkowej, zgodnie z wymogami SIWZ, skutkuje brakiem ostatecznej ceny umownej, a równocześnie jest uchybieniem nieusuwalnym, co w dalszej kolejności skutkuje odrzuceniem oferty.

Jednocześnie pismem z dnia 20 października 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wskazując, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, gdyż oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na niezasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

z zastrzeżeniem. Zgodnie z utrwalonym już orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17). Innymi słowy nie chodzi o rozważania w zakresie formy oferty, które z reguły także są zamieszczane

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale dotyczące jej treści.

Osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego była okoliczność, czy na gruncie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca w tabeli zawartej w punkcie 1. Formularza ofertowego w pozycji „Wartość Rb (zł)” zobowiązany był podać wartość roboczogodziny.

Odnosząc się do ww. zarzutu Izba wskazuje, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w szczególności formularza oferty, nie wynikało w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, że w tabeli zawartej

w punkcie 1. Formularza ofertowego wykonawca obowiązany był podać wartość czy też stawkę jednej roboczogodziny. Zamawiający nie wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co rozumie pod pojęciem „cena jednostkowa

robocizny (netto)",

a w szczególności jaką jednostkę miary należałoby przyjąć, aby uczynić zadość wymogom Zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Owa jednostka miary nie wynika również

z nagłówka pierwszej kolumny tabeli zawartej w formularzu ofertowym o brzmieniu „Wartość Rb (zł)”. Inaczej rzecz biorąc, Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji nie posłużył się pojęciem roboczogodziny, czy też np. skrótem rg, rb/h. Izba wskazuje, iż wymóg podania przez wykonawców w formularzu oferty stawki roboczogodziny pojawił się wprost dopiero

w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, którą Zamawiający uzasadniał błędnym podaniem przez Wykonawcę wartości łącznej robocizny, podczas gdy Zamawiający oczekiwał wskazania wartości jednostkowej, tj. stawki roboczogodziny. W tym miejscu Izba zauważa, że Zamawiający nie zakwestionował w odpowiedzi na odwołanie przywołanych przez Wykonawcę w odwołaniu definicji roboczogodziny oraz robocizny wskazując na inne znaczenie obu pojęć.

Kolejno zauważyć należy, iż stanowiska Zamawiającego nie potwierdzają postanowienia zawarte w § 18 ust. 2 i 3 IPU. W § 18 ust. 2 lit. a IPU Zamawiający wskazał, że wartość niezrealizowanych robót zostanie wyliczona opracowanym przez Zamawiającego, na podstawie pozycji z przedmiaru robót będącego elementem dokumentacji przetargowej i stawki wyceny kosztorysowej zastosowanej przez Wykonawcę, w oparciu o które wyliczył cenę oferty. Dostrzec zatem należy brak korelacji pojęciowej między użytym

w istotnych postanowieniach umowy określeniem „stawka wyceny kosztorysowej”

a pojęciami „cena jednostkowa robocizny netto” czy „wartość Rb”, którymi posłużył się Zamawiający w formularzu oferty. Za nieprawidłowe Izba uznała stanowisko Zamawiającego zawarte w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego zgodnie, z którym sposób liczenia wartości niezrealizowanych robót miał nastąpić na podstawie obmiaru prac z przedmiaru Zamawiającego oraz ceny jednostkowej, tj. stawki roboczogodziny wraz z narzutami

z wyceny kosztorysowej Wykonawcy. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym

w piśmie z dnia 20 października 2020 r. w § 18 ust. 2 lit. a IPU Zamawiający nie posłużył się pojęciem ceny jednostkowej, czy też stawką roboczogodziny wraz z narzutami,

a określeniem „stawka wyceny kosztorysowej zastosowana przez Wykonawcę”.

Podsumowując powyższy wywód referujący do użytej przez Zamawiającego w SIWZ terminologii dotyczącej „ceny jednostkowej robocizny netto”, „wartości Rb” oraz „stawki wyceny kosztorysowej” Izba stwierdza, iż postanowienia specyfikacji zostały sformułowane

w sposób nieprecyzyjny. Z ww. postanowień specyfikacji nie można w sposób niebudzący wątpliwości wysnuć wniosku leżącego u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, tj. że obowiązkiem wykonawcy było podanie w formularzu ofertowym stawki roboczogodziny. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia

6 października 2015 r. sygn. akt: XXIII Ga 1341/15 wskazała należy, że: „Niejednoznacznej treści SIWZ nie można interpretować na niekorzyść wykonawców. Z niejasnych

i niejednoznacznych postanowień SIWZ nie należy wyprowadzać negatywnych konsekwencji dla wykonawców. Należy sformułować postulat, aby przy interpretowaniu postanowień dokumentów przetargowych sporządzanych przez zamawiającego przyjmować wykładnię względniejszą dla wykonawców usiłujących wypełnić tego typu postanowienia i wynikające z nich wymagania. Ponadto ze względu na zasady ogólne ustawy wyrażone

w art. 7 Prawa zamówień publicznych interpretacja taka nie powinna prowadzić do ograniczania konkurencji w postępowaniu, między innymi właśnie poprzez eliminację wykonawców na podstawie niejasnych postanowień SIWZ.” Powyższy pogląd orzekający Izby podziela i przyjmuje za własny.

Następnie Izba stwierdza, że nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, jakoby zapisy SIWZ oraz cel, dla którego każdy wykonawca miał wypełnić tabelę znajdującą się

w formularzu ofertowym wskazywały jednoznacznie na to, iż w tabeli miał zostać podany koszt roboczogodziny, bowiem – jak uważał Zamawiający - wartość jednej roboczogodziny jest niezbędna do rozliczenia robót niewykonanych w związku z np. ewentualnym rozwiązaniem umowy. Słusznie twierdził Odwołujący, iż z uwagi na to, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający ustanowił wynagrodzenie ryczałtowe oraz nie żądał od wykonawców złożenia kosztorysów ofertowych, Zamawiający nie będzie miał możliwości ustalenia stawki wyceny kosztorysowej, o której mowa w § 18 ust. 3 lit. a IPU mającej stanowić podstawę rozliczeń między stronami umowy w sprawie zamówienia publicznego

w przypadku rozwiązania umowy.

Izba wskazuje, iż gdyby nawet hipotetycznie przyjąć, że w tabeli zawartej

w formularzu ofertowym należało podać koszt jednej roboczogodziny, to i tak na podstawie treści oferty Odwołującego, Zamawiający nie byłby w stanie w sposób prawidłowy ustalić wartości robót niewykonanych z uwagi na to, że koszt robocizny ujęty w danej pozycji kosztorysowej jest tylko jednym z elementów składowych. Oprócz kosztów robocizny

w pozycji kosztorysowej uwzględniane są w szczególności koszty materiałów budowlanych, czy pracy sprzętu, a informacjami w powyższym zakresie Zamawiający nie dysponuje. Zamawiający nie określił również w umowie w sprawie zamówienia publicznego żadnego mechanizmu dotyczącego zasad rozliczenia kosztów materiałów

budowlanych, czy pracy sprzętu przyjętych przez wykonawcę do kalkulacji ceny. Za wykraczające poza postanowienia specyfikacji Izba uznała stanowisko Zamawiającego, który twierdził, że oczywistym jest branie pod uwagę cen rynkowych materiałów, np. z baz cenowych Sekocenbud. Warto również dostrzec, że w przypadku części pozycji z przedmiaru robót mającego stanowić podstawę do rozliczenia między stronami umowy zgodnie z treścią § 18 ust. 3 lit.

a IPU, w kolumnie podstawa podano „kalkulacja własna”, co też oznacza, że Zamawiający nie ma wiedzy w zakresie przyjętych przez wykonawcę kosztów materiałów czy kosztów pracy.

Reasumując Izba stwierdza, że przewidziany przez Zamawiającego w § 18 ust. 2 i 3 IPU mechanizm rozliczenia za niewykonane roboty budowlane uniemożliwił wyliczenie wartości robót niewykonanych zgodnie z § 18 ust. 3 IPU.

Powyższy mechanizm oparty na stawce wyceny kosztorysowej nie korespondował z wynagrodzeniem ryczałtowym (wobec braku żądania kosztorysów), a w dodatku w zakresie części pozycji z przedmiaru robót jako podstawę podano „kalkulacja własna” wykonawcy. Tym samym gdyby nawet przyjąć, że

w formularzu oferty należało podać stawkę roboczogodziny, to i tak Zamawiający nie dysponowałby wystarczającym zakresem informacji niezbędnych do obliczenia wartości robót niezrealizowanych przyjętych przez Wykonawcę do kalkulacji ceny.

W końcu Izba wskazuje, że nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, jakoby brak wskazania przez Odwołującego w formularzu oferty ceny jednostkowej rozumianej przez Zamawiającego jako stawka roboczogodziny, skutkowało brakiem ostatecznej ceny umownej. Stwierdzić należy, iż cena oferty Odwołującego wynika z formularza ofertowego i wynosi

2 889 270 zł brutto. Inną kwestią jest natomiast przyjęcie przez Zamawiającego jako organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i profesjonalisty zasad rozliczenia stron w przypadku rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Bez wpływu na okoliczności niniejszej sprawy miała także argumentacja Zamawiającego, iż mówiąc o stawce robocizny należy mieć na uwadze treść § 6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod

i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 r, Nr 130, poz. 1389). Zamawiający pomija, że ww. rozporządzenie stanowi podstawę dla ustalenia wartości zamówienia na roboty budowlane. Zgodnie bowiem z § 1 ust. 1, rozporządzenie określa metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego stanowiącego podstawę określenia wartości zamówienia na roboty budowlane oraz metody i podstawy obliczania planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych stanowiących podstawę określenia wartości zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych.

Wziąwszy pod rozważę powyższe, w szczególności nieścisłości specyfikacji istotnych warunków zamówienia w omówionym wyżej zakresie, jak również przewidziane przez Zamawiającego wynagrodzenie ryczałtowe oraz oderwany od charakteru wynagrodzenia mechanizm rozliczenia z wykonawcą za niewykonane roboty budowlane określony w § 18 IPU Izba uznała, iż brak było podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty Odwołującego z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zasługiwał na uwzględnienie.

W konsekwencji powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp polegający na niezasadnym unieważnieniu przedmiotowego postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, jak również związany z ww. zarzutami – zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

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 lit. a oraz b 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. z 2018 r. poz. 972 t.j.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu - na podstawie złożonych do akt faktur - stanowiące łącznie kwotę 23 867,29 zł.

**Przewodniczący:.....**