

**WYROK**

**z dnia 11 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Mariusz Gontarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2016 r. przez Odwołującego – Eco-Green Investments sp. z o.o. z siedzibą w Białej Podlaskiej, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Wojewódzki Zakład Opieki Psychiatrycznej sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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 Kaliszu.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Wojewódzki Zakład Opieki Psychiatrycznej sp. z o.o. z siedzibą w Sokołówce (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa i przebudowa Oddziału Leczenia Zespołów Abstynencyjnych WZOP sp. z o.o. w Sokołówce” (znak sprawy 23/ 2016), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 listopada 2016 r., pod nr 342535-2016.

W dniu 14 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Eco-Green Investments sp. z o.o. z siedzibą w Białej Podlaskiej, zwanego dalej „Odwołującym”.

Powyższe czynności zaskarżone zostały odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba”) w dniu 19 grudnia 2016 r. Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, w tym oferty Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony, ponieważ oferta Odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Uzasadniając zarzut odwołania Odwołujący zakwestionował decyzję o odrzuceniu jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, u podstaw której legło błędne – w jego ocenie – przekonanie o konieczności przedstawienia tabeli elementów scalonych w kosztorysie ofertowym, co – z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia – stanowi niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) i nie jest to niezgodność o charakterze wyłącznie formalnym, przez co nie może być również poprawiona lub wyjaśniona.

Odwołujący stwierdził, że niezaprzeczalnym jest, że Zamawiający w Rozdziale 4 pkt 4.6 nakazał dołączyć wypełniony formularz cenowy wraz z kosztorysem ofertowym stanowiącym załącznik nr 7 do formularza oferty; co Odwołujący zrobił.

Wymóg dołączenia do kosztorysu ofertowego tabeli elementów scalonych został określony w Rozdziale 14 SIWZ, zgodnie z którym:

„14.1. Cena oferty winna być obliczona w następujący sposób:

- 1) wykonawca określi ceny jednostkowe na wszelkie roboty wymienione w kosztorysie nakładczym ( ślepym kosztorysie ),
- 2) Wykonawca obliczy wartość poszczególnych pozycji poprzez przemnożenie ceny jednostkowej dla danej pozycji przez ilość jednostek,
- 3) Wykonawca zsumuje wartość poszczególnych pozycji. Suma ta stanowić będzie cenę kosztorysową oferty.

14.2. Pozycje, dla których nie zostaną wstawione przez Wykonawcę ceny jednostkowe, nie zostaną zapłacone po ich wykonaniu i uważać się będzie, że zostały ujęte w innych cenach wymienionych w ślepym kosztorysie.

14.3. Ceny jednostkowe winny być określone przez Wykonawcę z uwzględnieniem ewentualnych upustów jakie Wykonawca oferuje.

14.5. Kosztorys ofertowy należy sporządzić w wersji uproszczonej. Do kosztorysu należy dołączyć zestawienie cen czynników produkcji ( robocizny, materiałów, pracy sprzętu ) i narzutów (Kp i Z), które będą zastosowane do rozliczania robót w przypadkach określonych w projekcie umowy który stanowi załącznik do SIWZ. Do kosztorysu należy załączyć tabelę elementów scalonych. Wykonawca z którym podpisana zostanie umowa dodatkowo zobowiązany będzie do sporządzenia kosztorysów ofertowych metodą szczegółową dla potrzeb rozliczania robót.”.

Odwołujący podkreślił, że wyliczając cenę zastosował się do tej procedury. Cena została wyliczona poprawnie, zgodnie z opisanym wyżej sposobem.

Przyjmując nawet, że niedołączenie tabeli elementów scalonych jest błędem w kosztorysie ofertowym, to określone w przedmiotowym podstępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, w związku z czym kosztorys ofertowy jest jedynie dokumentem informacyjnym, zatem błędy w nim nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Fakt, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym potwierdzają postanowienia § 7 projektu umowy („PU”) będącego załącznikiem do SIWZ:

„1. Strony ustalają, że obowiązuje ich zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz ofertą Wykonawcy wybraną w trybie przetargu nieograniczonego wynagrodzenie umownego ustalone na podstawie kosztorysu ofertowego.

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 wyraża się kwotą

cena netto :

słownie:

podatek VAT:

cena brutto:

słownie:

3. Wynagrodzenie określone w ust. 2 obejmuje całość kosztów, wydatków niezbędnych do zrealizowania przedmiotu umowy jest niezależne od poziomu inflacji w okresie od dnia podpisania umowy do dnia jej zakończenia i może być zmienione o kwotę wynikającą z ewentualnej zmiany stawki podatku VAT zaistniałej po podpisaniu umowy.”

oraz § 11 PU:

„1. Rozliczenie wykonanych robót nastąpi fakturami częściowymi wystawianymi w okresach – nie częściej niż jeden raz na kwartał w ostatnim miesiącu kwartału, podstawą wystawienia faktur częściowych będzie protokół częściowego odbioru robót potwierdzony przez nadzór inwestorski.

2. Fakturę końcową Wykonawca wystawi i prześle Zamawiającemu w terminie do 14 dni po odbiorze, podstawą wystawienia faktury końcowej będzie protokół końcowego odbioru robót potwierdzony przez nadzór inwestorski.”.

Odwołujący stwierdził, że nigdzie nie został określony obowiązek prowadzenia książki obmiarów lub konieczność sporządzenia kosztorysu powykonawczego, co jest standardem przy wynagrodzeniu kosztorysowym.

Wyjaśnił, że istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest umówione z góry wynagrodzenie za całość dzieła, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego, która daje zamawiającemu gwarancje stałości. Z kolei wynagrodzenie kosztorysowe umożliwia zamawiającemu modyfikację umówionego wynagrodzenia, określonego na podstawie planowanych prac i przewidywanych kosztów, do rzeczywistego zakresu i kosztów wykonanych prac. Jednakże samo określenie formy wynagrodzenia jako ryczałt nie wyklucza możliwości wystąpienia robót dodatkowych i robót zaniechanych, ponieważ zgodnie z art. 632 § 1 K.c., ryzyko należytej wyceny dzieła obciąża wykonawcę, ale granice tego ryzyka, zakładając brak błędów przy projektowaniu, wyznacza niepewność co do takich okoliczności jak: ceny materiałów budowlanych, robocizny, kursy walut. Wykonawcę który zgodził się na wynagrodzenie ryczałtowe, nie może natomiast obciążać ryzyko tego, że będzie obowiązany wykonywać za uzgodnioną kwotę inne roboty niż pierwotnie zamówione – roboty dodatkowe lub za tę samą kwotę zwolniony z wykonania robót określonych w dokumentacji przetargowej. I taką możliwość Zamawiający przewidział

określając w § 7 pkt 3 projektu umowy sposób rozliczenia, jeśli wyniknie konieczność wykonania robót dodatkowych (zamówienie dodatkowe) oraz w pkt 4 – sposób rozliczenia robót dodatkowych i zaniechanych wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Przyjmując, iż tego typu roboty zostaną rozliczone kosztorysem powykonawczym, a więc klasyczny przykład wynagrodzenia kosztorysowego.

Roboty dodatkowe i roboty zaniechane nie wchodzą w zakres przedmiotu zamówienia, w związku z tym nie są objęte ofertą. Jednakże Zamawiający nałożył na wykonawcę po zawarciu umowy obowiązek przedstawienia kosztorysu szczegółowego właśnie w celu wyliczenia wartości robót dodatkowych i zaniechanych, o ile takie wystąpią. W związku z tym kosztorys ofertowy dołączony do oferty jest tylko dokumentem informacyjnym i pomocniczym, służącym m.in. potwierdzeniu, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Podstawą odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może być tylko niezgodność treści tej oferty z treścią SIWZ. Sankcja ta wynika z normy ustanowionej art. 82 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Kosztorys ofertowy jest natomiast dokumentem, który służy ustaleniu ceny, czyli wynagrodzenia wykonawcy za zamawiane roboty budowlane, i jest odpowiedzią wykonawcy na wymagania zamawiającego dotyczące sposobu obliczenia ceny ofertowej. W przypadku wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym składniki wynagrodzenia, które zazwyczaj składają się na kosztorys ofertowy, nie mają znaczenia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż w tym wypadku istotne jest wynagrodzenie za całość robót, których wykonania w całości, zgodnie z dokumentacją projektową, podejmuje się wykonawca. W okolicznościach zawierania umów przewidujących wynagrodzenie ryczałtowe nie znajduje podstaw określanie przez wykonawcę, w postaci kosztorysu ofertowego, cen jednostkowych robót na bazie przedmiaru opracowanego przez zamawiającego. Treść oferty wykonawcy wyczerpuje się bowiem w podanej kwocie globalnej za realizację przedmiotu zamówienia. W przypadku oferty zawierającej cenę ryczałtową brak jest zatem podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie uzasadniając wniosek w następujący sposób.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący przyznał okoliczność, że w pkt 4.6.1 SIWZ zawarto wymóg dołączenia formularza cenowego wraz z kosztorysem ofertowym. O ile dokument formularza cenowego wskazany był jako załącznik nr 7 do SIWZ, o tyle kosztorys ofertowy umieszczony był na stronie internetowej Zamawiającego ([www.sokolowka.pl](http://www.sokolowka.pl), zakładka „Zamówienia Publiczne”, folder „Rozbudowa i przebudowa Oddziału Leczenia

Zespołów Abstynencyjnych WZOP Sp. z o.o. w Sokołówce”, w którym znajduje się w folder „Przedmiary robót OLZA”).

Zdaniem Zamawiającego nie ulega więc wątpliwości, że Odwołujący miał świadomość konieczności dołączenia kosztorysu ofertowego. Twierdzenie Odwołującego, że taki kosztorys załączył do swojej oferty jest nieprawdziwe. Odwołujący załączył bowiem jedynie formularz cenowy, o czym świadczy proste porównanie objętości oferty Odwołującego (28 kart), podczas gdy same kosztorysy mają odpowiednio – w branży budowlanej 23 strony, w branży elektrycznej 11 stron, w branży sanitarnej 8 stron (łącznie 42 strony). Poza Odwołującym, wszyscy wykonawcy załączyli kosztorysy, stąd ich oferty mają odpowiednio większą objętość – od 65 do ponad 80 stron.

Zamawiający podał, że Odwołujący w dniu 14 grudnia 2016 r. wystosował do niego pismo mające stanowić realizację uprawnień z art. 181 Pzp. Stwierdził w nim, że nie dołączył kosztorysu – tabeli elementów scalonych, lecz – jego zdaniem – ma to charakter omyłki, którą Zamawiający powinien sprostować we własnym zakresie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W ocenie Zamawiającego wnioskowanie o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia jest błędne i nie znajduje żadnego uzasadnienia, a nadto stanowi próbę wytłumaczenia niezłączenia do oferty kosztorysu. Podkreślił, że w żadnym dokumencie, zwłaszcza w SIWZ i PU, nie wskazał, że wynagrodzenie wykonawcy będzie miało charakter ryczałtowy. W wielu natomiast miejscach jest mowa o kosztorysie i wynagrodzeniu kosztorysowym.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący przytacza w odwołaniu treść pkt 14 SIWZ, jednak bez bliższego uzasadnienia dochodzi do przekonania, że w Postępowaniu określono cenę jako ryczałt. Tymczasem z uważnej analizy tego postanowienia wynikają wnioski odmienne.

W pkt 14.1 SIWZ dotyczącym bezpośrednio obliczania ceny, w pkt 3), Zamawiający wprost wskazał, że obliczona zgodnie z wcześniejszymi wskazówkami suma „stanowić będzie cenę kosztorysowa oferty”, natomiast w pkt 14.5 przewidziano, że kosztorys sporządzony metodą szczegółową zostanie użyty dla potrzeb rozliczania robót.

Zamawiający stwierdził, że także postanowienia PU nie uprawniają do przyjęcia, że cena miała mieć charakter ryczałtowy.

W § 3 pkt 1 PU wprost wskazano, że integralną częścią umowy jest oferta wraz z kosztorysem ofertowym. Takie postanowienie byłoby nieuprawnione przy wynagrodzeniu ryczałtowym

W § 7 ust. 1 PU stwierdza się, że strony obowiązują ceną ustaloną zgodnie z SIWZ (a w niej, jak wspomiano, mowa jest jednoznacznie o cenie kosztorysowej) oraz ofercie

wykonawcy, gdzie także Odwołujący wskazał na kosztorys i że jest to wynagrodzenie „ustalone na podstawie kosztorysu ofertowego”.

Zdaniem Zamawiającego użycie w § 7 ust. 2 PU określenia, że obowiązujące wynagrodzenie „wyraża się” pewną kwotą w żaden sposób nie uprawnia wniosku Odwołującego. Wręcz przeciwnie, brak w tym miejsca określenia/słowa „ryczałt” upoważnia do wniosku przeciwnego, tj. że wynagrodzenie ryczałtowe nie było ani wskazane, ani przewidziane.

Ponadto, § 7 ust. 3 PU odwołuje się do zsumowanych kwot wynagrodzenia kosztorysowego, natomiast postanowienia § 7 ust. 4 PU dotyczą jedynie robót dodatkowych. Także i w tym zakresie odwołują się do wynagrodzenia kosztorysowego.

Również z postanowień §11 PU nie wynika nic ponad to, że roboty budowlane odbierane będą nic częściej niż raz na kwartał na podstawie protokołu odbioru potwierdzonego przez nadzór inwestorski.

W odniesieniu do stanowiska Odwołującego, że „nigdzie nie został określony obowiązek prowadzenia książki obmiarów lub konieczność sporządzenia kosztorysu powykonawczego co jest standardem przy wynagrodzeniu kosztorysowymi” Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z 30 lipca 2003 r., sygn. akt II CKN 361/01, z którego wynika, że w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego na żadnej ze stron umowy przewidującej taki sposób rozliczenia nie spoczywa obowiązek sporządzenia kosztorysu powykonawczego (kosztorysów częściowych i kosztorysu ostatecznego).

Zamawiający zaznaczył, że PU nie wspomina, że odbiory będą następowały według procentowego zaawansowania prac, co jest standardem przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Oczywistym jest, że reprezentujący Zamawiającego inspektor nadzoru dokonywał będzie stosownych obmiarów i obliczeń przed potwierdzeniem wykonania prac zawartych w protokole odbioru i akceptacją faktury wykonawcy. Zwrócił również uwagę, że odpowiadając na pytania wykonawców pismem (pismo z dnia 25 listopada 2016 r., pkt 5) wprost odwołał się do przedmiaru i kosztorysu ofertowego, wskazując na potrzebę dodania dodatkowych pozycji.

Zamawiający stwierdził, że jeżeli Odwołujący miał wątpliwości co do charakteru wynagrodzenia winien skorzystać z instytucji wyjaśniania treści SIWZ.

Wyjaśnił również, że w SIWZ wskazał na oczekiwanie sporządzenia kosztorysu dla zakresu prac określonego w przedmiarze robót. Oferent na etapie Postępowania miał możliwość ustosunkowania się do załączonego przedmiaru, zgłaszając ewentualne uwagi co do przyjętego w przedmiarze robót zakresu rzeczowego i ilości robót.

Niezależnie od powyższego Zamawiający, w przypadku powstania różnic w ilości wykonanych robót na etapie realizacji, dopuścił możliwość ich korekty na podstawie sporządzonego na tą okoliczność protokołu konieczności wykonania robót dodatkowych i zamiennych. Wobec powyższego Zamawiający przewidział możliwość ewentualnych zmian wartości wynagrodzenia zachowując formułę wynagrodzenia kosztorysowego

Zamawiający stwierdził, że w odwołaniu zarzucono mu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczącego odrzucenia oferty oraz art. 7 ust. 1 Pzp nakazującego Zamawiającemu przeprowadzenie Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zarzut ten jednak nie został szerzej uzasadniony ani udowodniony, dlatego Zamawiający nie mógł się do niego odnieść szczegółowo. Zauważył jednak, że skoro pozostali wykonawcy złożyli wymagane kosztorysy, to właśnie zachowanie uczciwej konkurencji i równości w traktowaniu wykonawców wymagało, by ofertę Odwołującego odrzucić.

Na rozprawie strony podtrzymały przedstawioną powyżej argumentację.

Odwołujący oświadczył dodatkowo, dokonując sprostowania treści odwołania, że nie załączył do oferty kosztorysu ofertowego, jednak przedstawił go jako załącznik do odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ z załącznikami, oferty Odwołującego i zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej uznając, że zaprezentowany powyżej stan faktyczny nie jest sporny. Rozstrzygnięcia wymagała kwestia charakteru przewidzianego wynagrodzenia w świetle przytoczonych postanowień SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zagadnienie charakteru wynagrodzenia wykonawcy za realizację zamówienia, jak i związane z nim konsekwencje w płaszczyźnie badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doczekało się szerokiego omówienia w doktrynie i judykaturze, wobec czego scharakteryzowane zostanie w sposób ogólny.



Nie ulega wątpliwości, że istotą wynagrodzenia kosztorysowego jest ustalenie jego wysokości na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, natomiast w przypadku ryczału wynagrodzenie określone jest z góry, w oderwaniu od ww. elementów (zob. przepis art. 629 i art. 632 § 1 K.c.). Na gruncie zamówień publicznych, w pierwszym ze wskazanych przypadków, kosztorys stanowi element oświadczenia woli wykonawcy (oferty), którego brak nie podlega uzupełnieniu, bądź wyjaśnieniu, zaś w drugim ma on charakter informacyjny (poglądowy), nie wpływając zasadniczo na merytoryczną ocenę oferty.

Analiza postanowień SIWZ i PU pozwoliła Izbie na ustalenie, że wbrew zapatrywaniom Odwołującego Zamawiający przewidział dla wykonawcy wynagrodzenie o charakterze kosztorysowym, ustalane na podstawie kosztorysu ofertowego, którego obowiązek załączenia do oferty wynikał z postanowienia pkt 4.6 ppkt 1) SIWZ.

Na wniosek taki naprowadzają, poza przytoczonym postanowieniem SIWZ, również postanowienia pkt 14.1 ppkt 3) SIWZ, zgodnie z którym zsumowana wartość poszczególnych pozycji obliczonych zgodnie z ppkt 1) i 2) stanowić będzie cenę kosztorysową oferty, czy pkt 14.5 SIWZ określającego zakres informacji mających wynikać z kosztorysu ofertowego. Co istotne, znalazło się w nim również adresowane do wykonawcy, z którym zawarta zostanie umowa w sprawie zamówienia publicznego, oczekiwanie przedstawienia kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą szczegółową dla potrzeb rozliczania robót.

Z powyższego wynika zobowiązanie wykonawcy do przedstawienia kalkulacji ceny w formie załączonego do oferty kosztorysu, a następnie – po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego – do uszczegółowienia kalkulacji, które służyć będzie rozliczaniu wynagrodzenia. W tym kontekście nie sposób nie zauważyć, że argumentacja Odwołującego sprowadzać musiałaby do przyjęcia, jakoby na etapie badania ofert cena miała charakter ryczału, a następnie – w trakcie realizacji zamówienia, na podstawie pkt 14.5 SIWZ – ulegałby zmianie jej charakter na kosztorysowy, której to możliwości nie sposób doszukać się w postanowieniach SIWZ.

Do przedstawionych wniosków prowadzi również analiza treści PU, w którym zastrzeżono, że podstawą ustalenia wynagrodzenia jest kosztorys ofertowy (§ 7 ust. 1 PU) stanowiący integralną część umowy (§ 3 pkt 1 PU). Ubocznie wskazać należy, że także w przypadku robót dodatkowych, zamiennych, czy zaniechanych Zamawiający przewidział ustalenie wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia odbywać się będzie bądź na podstawie informacji zawartych w kosztorysie ofertowym, bądź w oparciu o kosztorysy dodatkowe, o czym stanowią postanowienia § 7 ust. 4 – 6 PU.

Izba uznała, że argumentacja Odwołującego zmierzająca do wykazania niezmienności wynagrodzenia wykonawcy była chybiona. Wnioskowanie to oparte było o wybiórczą analizę

postanowień PU, w szczególności na treści § 7 ust. 3 PU, który nie może być interpretowany w oderwaniu od pozostałych warunków kontraktu. Przykładowo, PU przewiduje możliwość obniżenia wynagrodzenia w przypadku zaniechania wykonania określonych robót w toku realizacji zamówienia i procedurę ustalenia wartości, o którą zostanie ono obniżone, bądź podwyższenia wynagrodzenia z uwagi na wykonanie robót dodatkowych, ze wskazaniem na podstawy ustalenia jego wysokości (*vide* § 7 ust. 5 PU). W ocenie składu orzekającego w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego postanowienia takie pozbawione byłyby sensu, bowiem istotą ryczałtu jest, co do zasady, zarówno brak możliwości podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia i w ten sposób należy odczytywać niezmiennosc wynagrodzenia.

Nie przemawiał za stanowiskiem Odwołującego w kwestii charakteru wynagrodzenia argument o braku konieczności prowadzenia książki obmiarów, czy kosztorysu powykonawczego. Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego, zgodnie z którą rozliczenia robót dokonywał będzie inspektor nadzoru inwestorskiego stwierdzając, że potwierdza ją treść § 14 ust. 1 PU, w którym przewidziano jego powołanie. Ponadto, zgodnie z przepisem art. 25 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.2016.290 j.t. ze zm.), jednym z obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego jest potwierdzanie faktycznie wykonanych robót, a ponadto – na żądanie inwestora (tu – Zamawiającego) – także kontrolowanie rozliczeń budowy.

Reasumując, Izba uznała, że w świetle kosztorysowego charakteru wynagrodzenia wykonawcy obligatoryjnym elementem oferty Odwołującego winien być kosztorys ofertowy sporządzony według wskazań wynikających z SIWZ. Brak tego dokumentu stanowi wadę oferty, która nie podlegała konwalidacji w żadnym z trybów przewidzianych przepisami Pzp i uzasadniała odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dodać należy w tym miejscu, że nie mogło odnieść skutku dołączenie do odwołania kosztorysu ofertowego, jako prowadzące do nieuprawnionego uzupełnienia oferty po upływie terminu składania ofert.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....