

Sygn. akt: KIO 1509/16

**WYROK
z dnia 26 sierpnia 2016 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę Kral Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu

przy udziale wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Kral Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Kral Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi 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 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 w Łodzi.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Przebudowa/ budowa al. Kościuszki na odcinku od ul. Żwirki do ul. Radwańskiej wraz z włączeniem do al. Politechniki etap II -Budowa al. Kościuszki na odcinku od ul. Radwańskiej do ul. Wólczańskiej wraz z przebudową ul. Wólczańskiej na odc. od ul. Potza do ul. Skorupki.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 maja 2016 roku pod numerem 2016/S 091-163038.

12 sierpnia 2016 roku działając na podstawie art. 179 ust.1, art. 180 ust. 4 i art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący – Kral Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi - wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na uznanie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 9 maja 2016 r., (zwanej dalej „SIWZ”), podczas gdy nie istniały podstawy do takiego stwierdzenia, co w konsekwencji doprowadziło do wybrania przez Zamawiającego oferty nr 4 Wykonawcy STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie jako najkorzystniejszej, pomimo że biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert jakimi kierował się Zamawiający, oferta Odwołującego była najkorzystniejsza;
- 2) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy przez niewezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentacji w postaci kosztorysu ofertowego dla branży elektroenergetycznej - Przebudowa sieci niskiego i średniego napięcia, pomimo ustawowego obowiązku wezwania Odwołującego do przedłożenia tych dokumentów.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie wyboru oferty nr 4 Wykonawcy STRABAG sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania ponieważ w przypadku nieodrzczenia oferty KRAL sp. z o.o. siedzibą w Łodzi przez Zamawiającego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, co wynika wprost z punktacji oraz kryteriów oceny ofert wykonawców przedstawionych przez Zamawiającego w zawiadomieniu przesłanym wykonawcom, w oparciu o art. 92 ust. 1 ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Stosownie do treści art. 92 ust. 1 ustawy Zamawiający, w dniu 2 sierpnia 2016 r., za pomocą poczty elektronicznej powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, że względu na uznanie przez Zamawiającego, iż oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ z dnia 9 maja 2016 r. W treści zawiadomienia z dnia 2 sierpnia 2016 r., Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona, ponieważ nie zawierała kosztorysu ofertowego dla branży elektroenergetycznej - Przebudowa sieci niskiego i średniego napięcia. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający wskazał, że stosownie do pkt 12.3 Tomu I SIWZ oferta powinna zawierać Kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie przedmiarów według wzoru przedstawionego w pkt 16.2 SIWZ oraz zgodnie z pkt 12.2 SIWZ Formularz Cenowy - wypełniony zgodnie z Formularzem Nr 1a. Dalej Zamawiający wskazał, że ponieważ kosztorysy ofertowe stanowią oświadczenie woli Wykonawcy, co do oferowanych przez niego produktów, tym samym stanowią treść jego oferty, a więc brak któregośkolwiek z wymaganych kosztorysów skutkuje niezgodnością oferty z SIWZ. W konsekwencji oferta dotknięta takim brakiem zasługuje na odrzucenie w trybie zastosowanym przez Zamawiającego w przedmiotowej sprawie.

Według Odwołującego Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego dopuścił się naruszenia przepisów ustawy., które wskazane zostały w *petitum* odwołania, co doprowadziło do wyboru przez Zamawiającego oferty nr 4 Wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., pomimo że, biorąc pod uwagę kryteria oraz punktację jakimi kierował się Zamawiający przy wyborze najkorzystniejszej oferty, najkorzystniejszą ofertę przedstawił Odwołujący.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego wskazał, że według Odwołującego brak jednego z kosztorysów ofertowych w ofercie Odwołującego, w sytuacji, gdy Zamawiający ustalił w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie ryczałtowe, nie stanowi uchybienia co do treści oferty, a jest wyłącznie uchybieniem co do jej formy. W konsekwencji, stwierdzić

należy, że Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o w.w. przepisy ustawy, a więc dokonana przez Zamawiającego czynność w postaci odrzucenia oferty Odwołującego jest sprzeczna z przepisami ustawy.

Odwołujący wskazał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, (dalej: KIO lub Izba), z dnia 16 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 139/10: *w umowie na roboty budowlane przy ustaleniu wynagrodzenia umownego jako wynagrodzenia ryczałtowego, kosztorysy ofertowe pełnią jedynie charakter i pomocniczy i informacyjny. Jeżeli zamawiający wyraźnie wskazał, że cena ofertowa powinna uwzględniać wszelkie niezbędne koszty do wykonania zamówienia, a ofertę należy opracować „w oparciu o dokumentację techniczną i opis przedmiotu zamówienia” - brak załączenia do oferty kosztorysu dla części branży drogowej - jest uchybieniem wyłącznie co do formy, a nie co do treści oferty, a w konsekwencji oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.*

W pkt 2 Izba wskazała, że w sytuacji, gdy cena oferty jest ceną ryczałtową, kosztorys, który należy załączyć do oferty, co do zasady nie jest treścią oferty - bowiem nie wynika z niego zakres świadczenia wykonawcy. Podobne stanowisko odnośnie omawianej kwestii przyjął Sąd Apelacyjny w Poznaniu, w wyroku z dnia 6 marca 2001 r., sygn. akt: I ACa 1147/00. Zgodnie z treścią pkt 2 tezy powyższego orzeczenia *jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego.*

Uzasadniając twierdzenie Odwołującego, dotyczące ustalenia przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego za realizację robót budowlanych objętych SIWZ odnieść się należy do konkretnych postanowień widniejących w treści SIWZ. Wynagrodzenie ryczałtowe jest to wynagrodzenie ustalone w określonej wysokości, które co do zasady nie powinno ulec zmianie. Przy ustaleniu przez strony umowy wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko zwiększenia kosztów wykonania przedmiotu umowy obciąża przyjmującego zamówienie (Kodeks cywilny, tom II, komentarz do Art. 632, red. prof. dr hab. Maciej Gutowski). Zamawiający w treści pkt 16.1. SIWZ określił następujący sposób obliczenia ceny za realizację przedmiotu zamówienia: *cenę oferty należy obliczyć na Kosztorysach ofertowych w oparciu o przedmiary przekazane przez Zamawiającego, a następnie z podziałem na branże podać cenę oferty na Formularzu nr 1a, potem cenę oferty wpisać na formularzu oferty - Formularz Nr 1 liczbowo. Cena musi zawierać dane o podatku VAT.*

Odwołujący złożył Zamawiającemu Formularz nr 1a zawierający cenę obliczoną na kosztorysach ofertowych w oparciu o otrzymane przedmiary, który został prawidłowo sporządzony i uzupełniony, a zatem Odwołujący wskazał cenę za realizację inwestycji w sposób wymagany przez treść SIWZ. Na uwagę zasługuje w tym miejscu także kolejność widniejąca w pkt 12 SIWZ, gdzie na pierwszym miejscu jeśli chodzi o zawartość oferty został

umieszczony Formularz ofertowy (ar 1), a na drugim miejscu Formularz cenowy (nr 1 a). Redakcja omawianego pkt SIWZ wykazuje wagę poszczególnych dokumentów dla Zamawiającego. Kolejno w pkt 16.4. SIWZ, Zamawiający wskazał, że *ilości podane w każdej pozycji przedmiaru stanowią szacunkową ilość każdej z robót, które będą wykonywane na podstawie umowy i są podawane jako podstawa do obliczenia ceny oferty*. Postanowienie to wskazuje pomocniczy charakter kosztorysów ofertowych, które mieli przygotować wykonawcy, służących wyłącznie do określenia ceny oferty. Z kolei jak wynika z treści pkt 16.6. SIWZ *ustalone przez Wykonawcę ceny oferty obowiązywać będą przez okres ważności umowy i pozostaną niezmiennione*, co wprost wskazuje na ryczałtowy charakter wynagrodzenia jakie Zamawiający ustalił w przedmiotowym postępowaniu.

Kolejne postanowienia SIWZ potwierdzają tylko twierdzenie Odwołującego odnośnie charakteru wynagrodzenia za realizację inwestycji obciążając przyjmującego zamówienie ryzykiem zwiększenia kosztów. Jak wynika z pkt: 16.7.: *obliczona przez Wykonawcę cena oferty powinna zawierać wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie Wykonawca uważa za niezbędne do poniesienia dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zysk Wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek VAT. Wykonawca powinien uwzględnić w cenie wszystkie posiadane informacje o przedmiocie zamówienia, a szczególnie informacje, wymagania i warunki podane w niniejszej SIWZ, dokumentacji projektowej, STWiORB. Koszty ogólne nie ujęte w przedmiarach robót, a niezbędne do wykonania pełnego zakresu robót objętego umową Wykonawca ujmie w kosztorysowych kosztach pośrednich. Zamawiający zaleca dokonanie wizji lokalnej terenu budowy. W pkt 16.8.: w cenie należy uwzględnić między innymi koszty robót przygotowawczych i porządkowych, zagospodarowania placu budowy i utrzymania zaplecza budowy, wysypiska i tymczasowego składowania, opracowania projektu organizacji ruchu, prowadzenia gospodarki odpadami, badania zagęszczenia gruntu, pełnej obsługi geodezyjnej, opracowania dokumentacji powykonawczej, nagrania na taśmie video lub płycie CD/DVD stanu nawierzchni na odcinkach poza pasem robót drogowych przed rozpoczęciem prac, opłaty za zajęcie pasa drogowego poza pasem robót drogowych oraz inne koszty wynikające z umowy oraz w pkt 16.9.: *wykonawca określa cenę na podstawie przekazanych przez Zamawiającego: dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz innych wymagań i dokumentów zawartych w Specyfikacji (...), z uwzględnieniem wszelkich kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia*.*

Podobnie, analizując treść konkretnych formularzy stanowiących załączniki do SIWZ, dostrzec należy, że poszczególni wykonawcy wskazywali cenę ryczałtową za wykonanie całego przedmiotu umowy (Formularz nr 1 - pkt 5, Formularz nr 1a).

Nadto należy poddać analizie zapisy Formularza aktu umowy. W treści wzoru umowy,

Zamawiający określił wynagrodzenie należne wykonawcy w § 9 umowy. Zgodnie z brzmieniem ustępu 1 § 9 wzoru umowy *strony ustalają, że za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót*. Jak wynika z § 2 umowy *maksymalne wynagrodzenie ustala się na kwotę bruttozł, słownie:... w tym należny podatek VAT, z zastrzeżeniem ust. 1 i 3*, natomiast ust. 3 otrzymał następujące brzmienie: *za roboty niewykonane, choć objęte kosztorysem ofertowym wynagrodzenie nie przysługuje*.

Analizując powyższe postanowienia wzoru umowy, nie sposób nie dostrzec, że choć początkowo wydaje się, że Zamawiający ustalił w treści umowy wynagrodzenie kosztorysowe, to w rzeczywistości postanowienia umowy ustalają wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy. Zamawiający bowiem w ust. 2 wzoru umowy wskazuje maksymalną kwotę wynagrodzenia jakie wykonawca może otrzymać za realizację przedmiotu umowy. Wskazanie natomiast, że *Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót* służy jedynie zabezpieczeniu interesu Zamawiającego przez określenie niezmienności cen jednostkowych wyszczególnionych przez wykonawców w kosztorysach ofertowych oraz zastrzeżenie, że w przypadku gdyby wykonawca nie zrealizował wszystkich robót objętych kosztorysem ofertowym, wynagrodzenie ze roboty niezrealizowane nie przysługuje.

Kolejne postanowienia wzoru umowy również potwierdzają stanowisko Odwołującego w omawianej kwestii. Zgodnie z treścią ustępu 8 § 9 wzoru umowy *wartości faktur częściowych i faktury końcowej nie mogą łącznie przekroczyć kwoty określonej w ust. 2* (wynagrodzenia maksymalnego), natomiast jak wynika z ustępu 13 omawianego paragrafu *wartość umowy zawiera wszelkie koszty niezbędne do prawidłowego zrealizowania zamówienia określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym koszty związane z wykonaniem projektów oraz tymczasowym oznakowaniem na czas budowy, a bez których nie można wykonać zamówienia*.

Ponadto. na uwagę zasługuje okoliczność, że w przypadku dokonania przez Zamawiającego wyboru wynagrodzenia kosztorysowego, we wzorze umowy powinna znaleźć się regulacja stanowiąca, że ostateczna wartość wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy będzie ustalona na podstawie komisyjnie przeprowadzonych obmiarów, znajdujących odzwierciedlenie w księgach obmiaru, z ustanowieniem obowiązku prowadzenia przez wykonawcę księgi obmiarów oraz cen jednostkowych zawartych w ofercie wykonawcy lub umowie, w której zapisano wartości kosztowe (tj. robocizny kosztorysowej, cen materiałów, stawki pracy sprzętu i transportu technologicznego, narzutu kosztów pośrednich

(z zaznaczeniem, od jakiej wartości będą naliczane), kosztów zakupu (jeżeli nie są ujęte w cenie materiałów), narzutu zysku (z zaznaczeniem, od czego będą naliczane), stawki podatku VAT. W każdym jednak wypadku, wykonawca przy wynagrodzeniu kosztorysowym jest zobowiązany sporządzić kosztorys powykonawczy na cały przedmiot zamówienia, ewentualnie jego części, stosownie do postanowień umowy, do którego należy dołączyć księgi obmiaru (*Sposób obliczania ceny za roboty budowlane w kosztorysie ofertowym*, Orłowski Heliodor Jerzy, BzG 4/2007). Analizując treść wzoru umowy, SIWZ oraz dokumentacji przekazanej wykonawcom, nie sposób stwierdzić, że powyższe wymogi, skutkujące uznaniem ustalonego przez Zamawiającego wynagrodzenia jako kosztorysowego, zostały spełnione w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący wskazał, że ponieważ Zamawiający ustalił wynagrodzenie ryczałtowe, za wykonanie przedmiotu zamówienia, kosztorysy ofertowe miały jedynie charakter pomocniczy i służyły ustaleniu ceny oferty, a zatem Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Odwołującego ze względu na brak jednego z kosztorysów ofertowych, w sytuacji, gdy Odwołujący w formularzu cenowym wskazał ceny obliczone i określone w tym formularzu stosownie do SIWZ. Stanowisko Odwołującego w tej materii jest poparte licznymi orzeczeniami Izby (Wyroki KIO z: 12 maja 2010 r., sygn. akt: KIO 717/10; 18 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1673/11; 16 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 139/10; 31 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 345 /09; 20 lutego 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/O- 430/06); 7 lutego 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-290/06; 14 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 970/13; 9 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1609/11). Odwołujący wskazał, że na szczególną uwagę w kontekście przedmiotowej sprawy zasługuje treść wymienionego powyżej orzeczenia z dnia 16 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 139/10, którego elementy warto przytoczyć w niniejszym odwołaniu. Jak wskazała Izba *w umowie na roboty budowlane przy ustaleniu wynagrodzenia umownego jako wynagrodzenia ryczałtowego, kosztorysy ofertowe pełnią jedynie charakter pomocniczy i informacyjny. Zamawiający wyraźnie wskazał, że cena ofertowa powinna uwzględniać wszelkie niezbędne koszty do wykonania zamówienia, a ofertę należy opracować „w oparciu o dokumentację techniczną i opis przedmiotu zamówienia (...) O zakresie prac do wykonania decyduje tylko i wyłącznie dokumentacja techniczna. Wykonawca składając ofertę wyraźnie oświadczył (pkt 8.3 formularza ofertowego), że za kwotę podaną w ofercie wykona całościowy - a więc zgodny z dokumentacją projektową - zakres zamówienia. Wobec powyższego brak jednego z kosztorysów ofertowych nie wpływa na ocenę, czy treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ. Na treść oferty nie wpływa bowiem sama okoliczność, czy do oferty załączono określony dokument wskazany w SIWZ, lecz należy każdorazowo badać, jaki wpływ ma ten (brakujący) dokument na treść oferty rozumianą jako zakres przyszłego świadczenia wykonawcy. W sytuacji, gdy cena oferty jest ceną ryczałtową, kosztorys, który należy załączyć do oferty, co do zasady nie jest treścią oferty -*

*bowiem nie wynika z niego zakres świadczenia wykonawcy, a zasada ta nie została przez Zamawiającego w żaden sposób zmodyfikowana w SIWZ. Treść oferty winna zawierać takie określenie przedmiotu zamówienia i ceny, aby można było zawrzeć umowę na przedmiot zamówienia opisany w SIWZ. W okolicznościach niniejszej sprawy nie budzi wątpliwości, że Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia, opisanego dokumentacją techniczną załączoną do SIWZ, za cenę podaną przez niego w formularzu ofertowym. Tożsame stanowisko z powyższym zostało wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w treści odpowiedzi na interpelację posta Z.W. nr 13206. W treści tej odpowiedzi możemy znaleźć następujące stwierdzenie: *nie można zgodzić się z poglądem wyrażonym w opinii sporządzonej na zlecenie Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji na potrzeby konsultacji doradczych w ramach projektu "Dobre prawo - sprawne rządzenie", zgodnie z którym "istnieje prawna możliwość odrzucenia przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. oferty złożonej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację robót budowlanych (przy ustalonym wynagrodzeniu ryczałtowym) z uwagi na niezłączenie do oferty kosztorysu ofertowego wymaganego w SIWZ". Odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niezgodności z wymaganiami określonymi w SIWZ nie może bowiem mieć swojej podstawy w badaniu założeń przyjętych przez wykonawcę na potrzeby wyceny robót. Ponieważ kosztorys ofertowy nie determinuje zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia, gdyż zakres ten wynika z dokumentacji projektowej, odrzucenie oferty niespełniającej zawartego w SIWZ wymogu dołączenia do niej kosztorysu ofertowego w sytuacji przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego - stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.**

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez niewezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentacji w postaci kosztorysu ofertowego dla branży elektroenergetycznej - Przebudowa sieci niskiego i średniego napięcia, wskazuję, że w opinii Odwołującego, Zamawiający w oparciu o powyższe przepisy, był zobligowany, do wezwania Odwołującego do przedłożenia w.w. kosztorysu ofertowego, a wobec niewykonanie przez Zamawiającego ustawowego obowiązku w tym zakresie, poskutkowało naruszeniem kolejnych przepisów ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że postępowanie Zamawiającego w toku przedmiotowego przetargu cechował nadmierny formalizm, bowiem pomimo przedłożenia przez Odwołującego wszelkich dokumentów stanowiących o treści oferty KRAL sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i tym samym wypełnienia wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ, doszło do odrzucenia oferty Odwołującego w związku z brakiem dokumentu służącego jedynie do określenia ceny

oferty, a więc nie stanowiącego o treści oferty Odwołującego. Stwierdzić trzeba, że oświadczenia woli obu stron postępowania były kompletne i umożliwiały zawarcie umowy, do czego jednak nie doszło na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 zew zmianami dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 sierpnia 2016 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, który to wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 16 sierpnia 2016 roku.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu jak również pismo Zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2016 roku „Odpowiedź na odwołanie”.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba

dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3*.

W art. 26 ust. 3 ustawy - *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie,*

chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert

Izba wskazuje, że nie jest spornym między stronami, że Odwołujący nie załączył do oferty kosztorysu ofertowego dla branży elektroenergetycznej – Przebudowa sieci niskiego i średniego napięcia.

Spór w sprawie zasadza się na ocenie jakiego charakteru wynagrodzenie za roboty budowlane przewidział Zamawiający w dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, co w efekcie ma znaczenie dla oceny jaki skutek wywołuje niezłożenie kosztorysu ofertowego.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do charakteru wynagrodzenia przewidzianego przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania w przedmiotowej sprawie o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem 12 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) „Zawartość oferty” Zamawiający wymagał złożenia: (pkt 12.1) Formularza ofertowego zgodnie ze wzorem z Formularza nr 1, (pkt 12.2) Formularza cenowego wypełnionego zgodnie ze wzorem z Formularza nr 1a oraz (pkt 12.3) kosztorysów ofertowych sporządzonych na podstawie przedmiarów według wzoru przedstawionego w pkt 16.2 SIWZ.

Izba ustaliła, że Odwołujący nie złożył kosztorysu ofertowego dla Branży elektroenergetycznej – przebudowa sieci niskiego i średniego napięcia.

W § 9 wzoru umowy nr 333 (Tom II do SWIZ) Zamawiający podał:

1.Strony ustalają, że za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót.

2. Maksymalne wynagrodzenie ustala się na kwotę brutto zł, słownie: w tym należny podatek VAT, z zastrzeżeniem ust. 1 i 3.

3. Za roboty niewykonane, choć objęte kosztorysem ofertowym wynagrodzenie nie przysługuje.

4. W przypadku, gdyby wynagrodzenie Wykonawcy miało przekroczyć kwotę określoną w ust. 2, Wykonawca ma obowiązek poinformować o tym Zamawiającego odpowiednio wcześniej i uzyskać jego akceptację. W takim przypadku, strony mogą dokonać zmiany tej kwoty w drodze aneksu do umowy.

5. Rozliczenie za wykonane i odebrane roboty będzie się odbywać fakturami częściowymi za faktycznie wykonane roboty. Zapłata odbywać się będzie w okresach miesięcznych na podstawie faktycznie wykonanych robót i cen jednostkowych tych robót przedstawionych w kosztorysie ofertowym. Podstawą wystawienia faktur częściowych będą podpisane przez obie strony protokoły odbioru częściowego oraz dowody zapłaty, o których mowa w § 8 ust. 7 niniejszej umowy. Wykonawca przed końcem okresu częściowego rozliczenia przedłoży do Zamawiającego tzw. „materiał sprzedażowy”. Będzie on zawierał kosztorys ofertowy oraz poszczególne pozycje kosztorysowe pod którymi będą załączone szkice geodezyjne Materiał sprzedażowy powinien być przedłożony inspektorowi nadzoru min. 7 dni przed datą wystawienia faktury, celem potwierdzenia wykonanych robót. Brak przygotowanego materiału do rozliczeń częściowych będzie skutkowało brakiem płatności.

6. W przypadku, gdy suma faktur częściowych przy płatności przekracza 90% wynagrodzenia, o którym mowa w § 9 ust. 2, Wykonawca zobowiązany będzie dostarczyć dowody zapłaty wszelakiego wynagrodzenia (wymagalnego i niewymagalnego) podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, którzy brali udział w realizacji robót.

7. Rozliczenie końcowe nastąpi fakturą końcową po zakończeniu całości robót i ich odbiorze końcowym. Podstawą wystawienia faktury końcowej będzie podpisany przez obie strony protokół odbioru końcowego, wraz z dostarczeniem dowodów zapłaty, wszelakiego wynagrodzenia (wymagalnego i niewymagalnego), o których mowa w § 8 ust. 7 niniejszej umowy oraz oświadczenia Podwykonawców i dalszych Podwykonawców o niezaleganiu przez Wykonawcę i Podwykonawców z płatnościami.

8. Wartości faktur częściowych i faktury końcowej nie mogą łącznie przekroczyć kwoty określonej w ust. 2.

9 – 14 (...)

Zgodnie z rozdziałem 16 SWIZ – „Opis sposobu obliczenia ceny” czytamy:

16.1. Cenę oferty należy obliczyć na Kosztorysach ofertowych w oparciu o przedmiary przekazane przez Zamawiającego, a następnie z podziałem na branże podać ceny oferty na Formularzu nr 1a, potem cenę oferty wpisać na formularzu oferty - Formularz Nr 1 liczbowo. Cena musi zawierać dane o podatku VAT.

16.2. Wykonawca tworząc kosztorys ofertowy winien oddzielnie wycenić każdą pozycję wymienioną w przedmiarach robót określając cenę jednostkową netto oraz wartość netto dla tej pozycji. Podsumowanie kosztorysu ofertowego winno zawierać sumę wartości netto

wszystkich jego pozycji, wartość brutto wraz z podatkiem VAT, zgodnie z poniższym wzorem: (...wzór)

16.3 Przedmiary robót należy odczytywać łącznie z innymi dokumentami kontraktowymi. Przyjmuje się, iż Wykonawca dokładnie zapoznał się ze szczegółowym opisem robót, jakie mają zostać wykonane oraz sposobem ich wykonania. Całość robót winna być wykonana zgodnie z zamierzeniem i przeznaczeniem.

16.4. Ilości podane w każdej pozycji przedmiaru stanowią szacunkową ilość każdej z robót, które będą wykonywane na podstawie umowy i są podawane jako podstawa do obliczenia ceny oferty.

16.5. Wykonawca obliczając cenę musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach robót. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do przedmiarów robót. Wszystkie błędy ujawnione w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w przedmiarach robót - wykonawca winien zgłosić zamawiającemu przed terminem określonym w rozdziale 13. Instrukcji dla Wykonawców. Brak wypełnienia i określenia wartości w każdej pozycji oraz dokonanie zmian w przedmiarach robót spowoduje odrzucenie oferty, z wyjątkiem omyłek, o których mowa w rozdziale 19.3. pkt 19.3.1. ppkt c).

16.6. Ustalone przez Wykonawcę ceny oferty obowiązywać będą przez okres ważności umowy i pozostaną niezmiennione.

16.7. Obliczona przez Wykonawcę cena oferty powinna zawierać wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie Wykonawca uważa za niezbędne do poniesienia dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zysk Wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek VAT. Wykonawca powinien uwzględnić w cenie wszystkie posiadane informacje o przedmiocie zamówienia, a szczególnie informacje, wymagania i warunki podane w niniejszej SIWZ, dokumentacji projektowej, STWiORB. Koszty ogólne nie ujęte w przedmiarach robót, a niezbędne do wykonania pełnego zakresu robót objętego umową Wykonawca ujmie w kosztorysowych kosztach pośrednich. Zamawiający zaleca dokonanie wizji lokalnej terenu budowy.

16.8. W cenie należy uwzględnić między innymi koszty robót przygotowawczych i porządkowych, zagospodarowania placu budowy i utrzymania zaplecza budowy, wysypiska i tymczasowego składowania, opracowania projektu organizacji ruchu, prowadzenia gospodarki odpadami, badania zagęszczenia gruntu, pełnej obsługi geodezyjnej, opracowania dokumentacji powykonawczej, nagrania na taśmie video lub płycie CD/DVD stanu nawierzchni na odcinkach poza pasem robót drogowych przed rozpoczęciem prac, opłaty za zajęcie pasa drogowego poza pasem robót drogowych oraz inne koszty wynikające z umowy.

16.9. Wykonawca określa cenę na podstawie przekazanych przez Zamawiającego: dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz innych wymagań i dokumentów zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

16.10. Wszystkie wartości określone w formularzu oferty i kosztorysie ofertowym winny być wyrażone oraz podane w złotych polskich (PLN), liczone do dwóch miejsc po przecinku.

16.11. Cena musi zawierać dane o podatku VAT. Stawkę podatku VAT należy przyjąć zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.).

16.12. Wykonawca składając ofertę, jest zobowiązany poinformować zamawiającego (w Formularzu oferty), czy wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku VAT, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku VAT.

Kluczowym dla rozpoznania tej sprawy jest stwierdzenie jaki rodzaj wynagrodzenia przewidział w dokumentacji postępowania Zamawiający.

Sąd Najwyższy w uchwale w składzie 7 sędziów z dnia 29 września 2009 roku sygn. akt III CZP 41/09 wskazał, że w zakresie wynagrodzenia robót budowlanych istnieje luka prawna, jednocześnie Sąd Najwyższy wskazał, że możliwość posłużenia się w drodze analogii przepisami art. 629 i art. 632 § 2 Kodeksu cywilnego(dalej Kc) jest uwarunkowany tym, że musi uwzględniać sytuacje faktyczne, w których strony w drodze umowy nie uzgodniły szczegółowo kwestii wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych, tym bardziej, że nie należy to do wymogów koniecznych tej umowy. W tym miejscu warto również zwrócić uwagę na to, że podobne aprobusujące stanowisko wyrażone zostało w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2008 roku sygn. akt III CSK 184/08 z glosą aprobusująca profesora R. Szostaka, który za trafne uznaje dopuszczenie możliwości analogicznego stosowania art. 628-632 Kc do umów o roboty budowlane.

Zgodnie z art. 629 Kc wynagrodzenie kosztorysowe przewidywane jest przy zawieraniu umowy najczęściej orientacyjnie, przez np. zestawienie planowanej robocizny i przewidywanych kosztów materiałowych (Komentarz do kodeksu cywilnego Księga trzecia Zobowiązania Tom 2, Wielkie Komentarze LexisNexis, Wydanie 10 str. 215). Tym samym Izba wskazuje uwzględniając powyższe, że w przypadku charakteru kosztorysowego wynagrodzenia wysokość tego wynagrodzenia ustalana jest w oparciu o kosztorys wykonawcy. Kosztorys taki stanowi zestawienie planowanych prac oraz ich kosztów z uwzględnieniem cen jednostkowych, jednostek obmiarowych, stawek. Należy podkreślić,

że wynagrodzenie w kosztorysie stanowi szacunkowe wynagrodzenie, natomiast faktyczna, ostateczna wysokość takiego wynagrodzenia uzależniona jest od faktycznego, zakończonego rozmiaru świadczenia. Wskazując na art. 632 Kc podnieść należy, że wynagrodzenie ryczałtowe, to należność ostatecznie ustalona w konkretnej kwocie w chwili zawierania umowy. Podkreślić należy, że umówiona przez strony umowy należność jest w zasadzie ostateczna i niezależna od zakresu realizowanej roboty, przyjętego zamówienia przez świadczącego zamówienie. W takim wypadku w niezmiennym wynagrodzeniu wykonawca musi oszacować nakład swojej pracy, ilość materiałów i inne i ponosi ryzyko tego szacowania.

Zamawiający w sposób jednoznaczny w ocenie Izby wskazał na kosztorysowy charakter wynagrodzenia w prowadzonym przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji tego postępowania o udzielenie zamówienia nie wskazał, że jest to wynagrodzenie ryczałtowe. Wręcz przeciwnie, w poszczególnych częściach dokumentacji postępowania wskazywał na konieczność obliczenia ceny oferty na kosztorysach ofertowych jednocześnie zaznaczając, że brak wypełnienia i określenia wartości w każdej pozycji kosztorysu – czyli ma to również odniesienie do nie złożenia kosztorysu - spowoduje odrzucenie oferty. Wskazywane przez Odwołującego w trakcie rozprawy podanie cen w Formularzu nr 1a stanowi jedynie wypełnienie instrukcji jaką skonstruował Zamawiający w SIWZ, natomiast to z kosztorysów ofertowych wynikały ceny globalne jakie były podawane w Formularzu 1a, natomiast sam Formularz 1a poza ceną globalną nie zawierał cen jednostkowych. Jednocześnie Zamawiający wskazał w sposób jednoznaczny, że ilości jakie zostały podane w każdej pozycji przedmiarowej stanowią szacunkową ilość każdej z robót, które będą wykonywane na podstawie umowy i są podane jako podstawa do obliczenia ceny oferty. Konieczność uwzględnienia w cenie oferty wszystkich kosztów bezpośrednich i pośrednich jak również zysk wykonawcy oraz wymagane przepisami podatki i opłaty a także inne niezbędne do prawidłowego skalkulowania ceny nie przesądza o tym, że dane wynagrodzenie stanowi wynagrodzenie ryczałtowe. W rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, które zostało wprost wskazane w § 9 ust. 1 wzoru umowy, z którego w sposób jednoznaczny wynika, że za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót. Fakt wskazania w ustępie drugim tego paragrafu „maksymalne wynagrodzenie ustala się na kwotę brutto... (...)” w żaden sposób nie zmienia charakteru kosztorysowego wynagrodzenia. Wskazać bowiem należy, że nie istnieje ograniczenie, które nie pozwalałoby na modyfikację postanowień umowy i dookreślanie pewnych elementów. Zaznaczyć należy,

że poszczególne elementy umowy, które wprowadza do wzoru umowy Zamawiający wynikają zarówno z charakteru podmiotu jakim jest Zamawiający i potrzeby wskazania konkretnej kwoty w umowie co również ma odzwierciedlenie w tym, że ta właśnie kwota stanowiła cenę oferty w danym postępowaniu. Dookreślanie postanowień umowy w zakresie wynagrodzenia nie stanowi naruszenie przepisów, bowiem w zakresie umowy o roboty budowlane nie istnieje konkretna konstrukcja takich postanowień. Takie dookreślenie górnej granicy wynagrodzenia, wskazanej w umowie, nie stanowi o zmianie charakteru wynagrodzenia z kosztorysowego na ryczałtowy. W rozpoznawanej sprawie wskazać należy również na to, że Zamawiający przewidział w postanowieniach umowy, sposób obliczenia należnego wynagrodzenia o czym była mowa wyżej, jak również przewidział sytuację, w której wynagrodzenie wykonawcy może przekroczyć kwotę określoną jako maksymalna w umowie przy czym muszą zostać spełnione określone warunki. Wskazane przez Odwołującego postanowienie z § 9 ust. 8 wzoru umowy ma podwójne znaczenie w rozpoznaniu tej sprawy; po pierwsze, nie sposób uznać na podstawie tego przepisu, że nie istnieje możliwość zwiększenia wynagrodzenia ponad kwotę wskazaną w ust. 2, bowiem właśnie ust. 4 przewiduje zmiany tj. zwiększenie kwoty maksymalnej wskazanej w ust. 2; po drugie, Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego poczynionym w uzasadnieniu odwołania, przewidział odbiory częściowe, protokoły odbiorów częściowych oraz fakturowanie częściowe w okresach miesięcznych na podstawie faktycznie wykonanych robót i cen jednostkowych tych robót przedstawionych w kosztorysie ofertowym, jak również złożonego Zamawiającemu tzw. „materiału sprzedażowego”. Podkreślić dodatkowo należy, że Zamawiający wskazał w postanowieniach umowy również, że za roboty niewykonane, choć objęte kosztorysem ofertowym wynagrodzenie nie przysługuje.

Uwzględniając powyżej przeprowadzoną argumentację Izba stwierdza, że Zamawiający dokonał prawidłowo oceny oferty Odwołującego. W sposób jednoznaczny należy pokreślić również kosztorysowy charakter wynagrodzenia określony przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym ustalając, że Zamawiający określił kosztorysowy charakter wynagrodzenia umownego, sporządzenie i załączenie w ofercie kosztorysu ofertowego jest niezbędne, co więcej kosztorys ofertowy w takim wypadku stanowi element samej oferty, który podlega merytorycznej weryfikacji jak również stanowi następnie podstawę do rozliczania umowy.

Izba wskazuje, że podnoszone naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy nie znajduje również uzasadnienia, bowiem odnosiło się ono do zaniechania czynności przez Zamawiającego w związku z wykazywanym przez Odwołującego ryczałtowym charakterem zamówienia. Dlatego też w tym zakresie Izba uznaje zarzut za niezasadny.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Sąd Okręgowy w Gliwicach, w wyroku z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za wskazał, iż *„Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...).”* Jednakże nie sposób uznać za zbyt formalistyczne działanie Zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie można zgodzić się z Odwołującym, że działania Zamawiającego cechował nadmierny formalizm, bo jak to wskazał Odwołujący z powodu kilku kartek został odrzucony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta Odwołującego została z postępowania odrzucona prawidłowo i to nie z powodu niezłożenia kilku kartek przez Odwołującego w ofercie ale z powodu złożenia oferty niezgodnej w SWIZ. Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: