

Sygn. akt: KIO 580/11

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania z dnia **18 marca 2011 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „**ROSA-BUD**” **Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu (lider), ul. Gazowa 5/7, 26-600 Radom, PPHU „RO.SA.-BUD” Roman Jan Saczywko, ul. Ptasia 14, 26-600 Radom,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budostal 2 SA z siedzibą w Krakowie (lider), ul. Lublańska 34, 31-476 Kraków i Elektromontaż Kraków SA, ul. Czysta 7, 31-121 Kraków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „ROSA-BUD” Spółka Akcyjna (lider), z siedzibą w Radomiu, ul. Gazowa 5/7, 26-600 Radom, PPHU „RO.SA.-BUD” Roman Jan Saczywko, ul. Ptasia 14, 26-600 Radom

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz **Urzędu Zamówień Publicznych** koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **„ROSA-BUD” Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu (lider), ul. Gazowa 5/7, 26-600 Radom, PPHU „RO.SA.-BUD” Roman Jan Saczywko, ul. Ptasia 14, 26-600 Radom**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **„ROSA-BUD” Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu (lider), ul. Gazowa 5/7, 26-600 Radom, PPHU „RO.SA.-BUD” Roman Jan Saczywko, ul. Ptasia 14, 26-600 Radom** na rzecz zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych;~~
- ~~4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX.~~

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków [jednostka prowadząca sprawę: Biuro Zamówień Publicznych UJ, ul. Straszewskiego 25/9, 31-13 Kraków] wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą **»Wyłonienie wykonawcy w zakresie pełnienia funkcji Generalnego Realizatora Inwestycji dla zaprojektowania i wykonania robót budowlano-montażowych wraz z dostawą i montażem niezbędnych materiałów, urządzeń oraz wyposażenia, związanych z realizacją obiektu Paderevianum II UJ w Krakowie, dotycząca projektu współfinansowanego przez UE w ramach MRPO [Małopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego] na lata 2007-2013. Nr sprawy CRZP/UJ/859/2010«**. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

29.12.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 252-387943.

09.03.2011 r. zamawiający zawiadomił o:

dokonaniu czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „ROSA-BUD” Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu (lider), ul. Gazowa 5/7, 26-600 Radom, PPHU „RO.SA.-BUD” Roman Jan Saczywko, ul. Ptasia 14, 26-600 Radom.

18.03.2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „ROSA-BUD” Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu (lider), ul. Gazowa 5/7, 26-600 Radom, PPHU „RO.SA.-BUD” Roman Jan Saczywko, ul. Ptasia 14, 26-600 Radom wnieśli, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp do Prezesa KIO odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej, stanowiącą nieuprawnioną ingerencję w cenę oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania polegające na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2) art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie powodujące niedopuszczalną zmianę oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w treści oferty odwołującego;
- 2) dokonanie oceny ofert zgodnie z ustalonymi przez zamawiającego regułami postępowania.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta jest najkorzystniejszą ekonomicznie, co oznacza, że akceptacja działań zamawiającego polegających na poprawieniu ceny oferty odwołującego spowoduje, iż oferta złożona przez odwołującego może stracić status najkorzystniejszej ekonomicznie i nie zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, a jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

Zamawiający, pismem z 9 marca 2011 roku, zawiadomił odwołującego, iż działając na podstawie **art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp**, dokonał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w treści złożonej oferty.

Zamawiający wskazał że, omyłka rachunkowa polegała na pominięciu w sumowaniu ceny oferty wartości wynikających z tabel pomocniczych do ustalania kosztów inwestycji z pozycji PDIIB-2 Fundamenty (pozycje od PDIIB-2.1 do PDIIB-2.7, strona 77 oferty), w wartości łącznej netto 343.200,00 zł co stanowiło wartość brutto 422.136,00 zł.

W efekcie zamawiający poprawił wartości netto i brutto wykazane w tabeli pomocniczej do ustalania kosztów inwestycji (strona 81 oferty) w pozycji „Ogółem Roboty Budowlane Budynek B” zamiast kwoty netto 20.576.499,51 zł zamawiający poprawił na 20.919.699,51 zł oraz odpowiednio zamiast kwoty brutto 25.309.094,39 zł zamawiający wpisał 25.731.230,39 zł.

W konsekwencji tych działań, zamawiający zmienił również odpowiednie wartości netto i brutto w treści tabeli pomocniczej do ustalania kosztów inwestycji – zestawienie zbiorcze (strona 82 oferty), gdzie w pozycji PDIIB Roboty Budowlane Budynek „B” kwotę netto 20.576.499,51 zł zamawiający zastąpił kwotą netto 20.919.699,51 zł, a kwotę brutto 25.309.094,39 zł zamawiający zastąpił kwotą brutto 25.731.230,39 zł.

Zamawiający poprawił również pozycję „Ogółem” w ten sposób, że zamiast kwoty netto 39.633.039,51 zł wpisał kwotę 39.976.239,51 zł natomiast zamiast kwoty brutto 48.748.638,60 zł zamawiający wpisał kwotę brutto 49.170.774,59 zł.

Zamawiający poinformował również odwołującego, że konsekwencją dokonanych poprawek jest również zmiana ceny oferty, zawarta w treści formularza oferty (strona 2 oferty) polegająca

na zastąpieniu kwoty netto 39.633.039,51 zł kwotą netto 39.976.239,51 zł i odpowiednio – kwoty brutto 48.748.638,60 zł kwotą brutto 49.170.774,59 zł.

Zamawiający jako podstawę swoich działań wskazał art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Zamawiający bezpodstawnie dokonał zmiany ceny ryczałtowej oferty odwołującego.

Zgodnie bowiem z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją) w **punkcie 3 ust. 5 specyfikacji**, zostało określone, że wykonawca musi przedstawić cenę ryczałtową oferty za przedmiot umowy wyliczoną w oparciu o kalkulację indywidualną, wypełniając przy tym materiały pomocnicze do ustalenia kosztów inwestycji (część III1 i III2 załącznika III do specyfikacji), przy uwzględnieniu postanowień specyfikacji oraz jej załączników i doświadczenia zawodowego. Dodatkowo, w **punkcie 10 ust. 1** specyfikacji – Opis sposobu przygotowania ofert – zamawiający zastrzegł, że każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, która musi obejmować całość przedmiotu zamówienia i powinien skalkulować cenę ryczałtową dla całości przedmiotu zamówienia. W **punkcie 12** specyfikacji – Opis sposobu obliczenia ceny – zamawiający wskazał, że cenę ryczałtową oferty należy podać w złotych polskich i wyliczyć na podstawie kalkulacji indywidualnej dla całości zamówienia, wypełniając przy tym materiały pomocnicze do ustalenia kosztów inwestycji (część III1 i III2 załącznika III do specyfikacji) oraz uwzględniając wszelkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym koszty gwarancyjne, podatki oraz rabaty, opusty itp., których wykonawca zamierza udzielić.

Potwierdzenie charakteru ryczałtowej ceny można znaleźć nie tylko w treści wskazanych powyżej postanowień specyfikacji, ale również w treści wzoru umowy, będącego załącznikiem do specyfikacji. Zgodnie z treścią **§ 3 ust. 1 wzoru umowy**, wysokość wynagrodzenia przysługującego wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy przyjęta została na podstawie przedstawionej oferty i ma ona charakter ryczałtowy, nie podlega waloryzacji oraz uwzględnia wszystkie wymagane opłaty i koszty niezbędne do zrealizowania całości przedmiotu umowy, bez względu na okoliczności i źródła ich powstania, w tym również koszty usunięcia wad w okresie rękojmi i gwarancji.

Przywołana treść specyfikacji jednoznacznie przesądza o tym, że cena jaką miał podać w swojej ofercie wykonawca, powinna mieć charakter ryczałtowy i ustalona ostatecznie powinna uwzględniać m.in. udzielone rabaty i opusty (przy czym wykonawca nie był zobowiązany do wskazania wysokości rabatów lub opustów jakich udzielił zamawiającemu).

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) podkreśliła w wyroku z 20 października 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1077/08), że istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztów prac. Rozliczenia stron w przypadku

zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z 25 października 2010 r. (sygn. akt: KIO/2220/10) stwierdzając, że wśród definicji legalnych, zawartych w **art. 2 Pzp**, brak jest definicji „ceny ryczałtowej” („wynagrodzenia ryczałtowego”), jednak przyjmuje się, że istotą tego rodzaju wynagrodzenia jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z Wyrokiem Sądu Najwyższego z 20 listopada 1998 r. sygn. akt II CRN 913/97, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. KIO wskazuje w wyroku 717/10, że „w umowie na roboty budowlane przy ustaleniu wynagrodzenia umownego jako wynagrodzenia ryczałtowego, tabele rozliczeniowe i kosztorysy ofertowe pełnią jedynie charakter pomocniczy i informacyjny”.

Analogicznie, w rozpoznawanym postępowaniu, wykonawcy mieli złożyć kalkulacje, wypełniając materiały pomocnicze do ustalenia kosztów inwestycji (załącznik III do specyfikacji). Jak podnosi się również w piśmiennictwie – poprawienia omyłki należy dokonywać z uwzględnieniem okoliczności faktycznych towarzyszących złożeniu konkretnego oświadczenia woli, czyli z uwzględnieniem intencji wykonawcy, które w ramach postępowania o udzielenie zamówienia nie budzą wątpliwości, bowiem każdy z wykonawców dąży do złożenia oferty zgodnej z postanowieniami specyfikacji, a więc nie podlegającej odrzuceniu. Przepis stanowiący o obowiązku poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych nie znajdzie zastosowania przy ofertach z ceną ryczałtową, nawet tam, gdzie zamawiający wskazuje na obowiązek przedstawienia wyliczenia ceny. Z istoty ceny ryczałtowej wynika bowiem, że metoda jej ustalenia nie ma charakteru wiążącego. Potwierdza to wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 6 marca 2001 r., sygn. akt I ACa 1147/2000, Pr. Gosp. 2002, nr 6, poz. 56, zgodnie z którym: „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” (w M. Stachowiak, J. Jurzykowski, W. Dzierżanowski „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” Lex 2010 r.).

Stanowisko odwołującego dotyczące nieuprawnionego działania zamawiającego polegającego na poprawianiu ceny oferty, gdy niewątpliwie ma ona charakter ryczałtowy, znalazło również potwierdzenie w wyroku KIO z 22 lipca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 688/08), w którym wskazano, że przez cenę ryczałtową należy rozumieć wartość brutto. Poprawieniu omyłki rachunkowej będą podlegać wszystkie te elementy przedstawionego w ofercie równania matematycznego, którego wynik stanowi cena, z wyjątkiem całkowitej ceny brutto. Poprawienie omyłki rachunkowej będzie polegać na koniecznej zmianie na prawidłową cenę netto lub brutto za jedną sztukę oraz wartości netto. Zgodnie również z treścią wyroku KIO z 19 czerwca 2008 r.

(sygn. akt: KIO/UZP 554/08; KIO/UZP 556/08; KIO/UZP 557/08) dotyczącego charakteru ceny ryczałtowej, należy dodać, że istotą tak przyjętej formy wynagrodzenia jest to, że została ona ustalona z góry, bez konieczności przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przytaczanym przez zamawiającego brzmieniem art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a Pzp w przypadku ceny ryczałtowej przyjmuje się, że została podana prawidłowo bez względu na sposób jej obliczenia. KIO podziela stanowisko wyrażone w orzeczeniu Sądu Najwyższego z 20 listopada 1998 r., sygn. akt II CRN 913/97, zgodnie z którym ryczałt polega na z góry umówionej wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej i dorozumianej zgodzie stron, że wykonawca nie będzie domagał się podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Istotą takiej formy wynagrodzenia jest to, że to wykonawca ponosi ryzyko, ale i ciężar odpowiedzialności wykonania wszystkich prac niezbędnych do należytej realizacji zamówienia. Zatem, nie można podzielić obaw (...), że zakres świadczenia wykonawcy nie będzie obejmował prac niewymienionych wprost w formularzu cenowym.

Odnosnie analogicznego stosowania uchylonego przepisu art. 88 Pzp, KIO wypowiedziała się w wyroku z 24 listopada 2010 r. (sygn. akt: KIO 2490/10) stwierdzając, że na pomocniczą rolę kosztorysów ofertowych w postępowaniu, w którego ramach została ustalona forma wynagrodzenia ryczałtowego, wskazywały jednoznacznie wytyczne zawarte w uchylonym art. 88 Pzp, który zawierał enumeratywne wyliczenie rodzajów oczywistych omyłek w obliczeniu ceny możliwych do poprawy przez zamawiającego. Powyższy przepis w ust. 1 pkt 3 lit. a wskazywał, iż w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Uchylenie wskazanego przepisu nie oznacza, iż zawarte w nim wytyczne utraciły swoje znaczenie.

Działania zamawiającego w postaci poprawiania omyłek w materiałach pomocniczych i ingerencji w cenę ryczałtową oferty odwołującego, stoją w rażącej sprzeczności z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, stanowiskiem KIO oraz doktryny – z tego powodu nie mogą się ostać.

18.03.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

18.03.2011 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp) oraz zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej (art. 185 ust. 1 *in fine* Pzp).

21.03.2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Budostal 2 SA z siedzibą w Krakowie, ul. Lublańska 34, 31-476 Kraków (lider) i Elektromontaż Kraków SA, ul. Czysta 7, 31-121 Kraków** złożyli:

- (1) Prezesowi KIO,
- (2) zamawiającemu i
- (3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego (art. 185 ust. 2 Pzp).

28.03.2011 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

Odwołujący sformułował jeden zarzut – poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej i wnosi o unieważnienie tej czynności.

Zamawiający stwierdza, że wykonawcy mieli obowiązek wyliczyć cenę ryczałtową na podstawie kalkulacji wypełniając przy tym materiały pomocnicze i składając je wraz z ofertą do zamawiającego.

Istotne znaczenie ma odpowiedź na pyt. nr 12 w wyjaśnieniach do specyfikacji z 25.01.2011 r., z której wynika, że wykonawca mógł poszczególne pozycje tabel pomocniczych do ustalenia kosztów inwestycji pominąć (pozostawić puste), ale w razie ich wypełnienia pozycje te stanowią składnik ceny ryczałtowej.

Ryczałt – niezmiennosc ceny – odnosi się do etapu realizacji, a nie do sposobu obliczania ceny. Zamawiający podkreślił to w pkt 12 specyfikacji.

Za oczywistą omyłkę zamawiający uznaje widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę. Błąd ten polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego i poprawienie takiego błędu jest obowiązkiem zamawiającego.

Zamawiający przytacza odmienną sytuację, gdy poprawa oczywistej omyłki rachunkowej nie powodowałaby zmiany kolejności w rankingu ofert. Nie można przyjąć, że racjonalny przedsiębiorca pominąłby niektóre koszty, które wynikają z prawidłowo przeprowadzonych obliczeń bez uzasadnienia.

Nawet w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego mogą w ofercie występować omyłki pisarskie, rachunkowe i inne omyłki, jednak podlegają one poprawieniu przez zamawiającego, zgodnie z nakazem art. 87 ust. 2 Pzp i to niezależnie od sposobu rozliczenia kosztorysowego czy ryczałtowego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut nieuprawnionej ingerencji w cenę oferty odwołującego przez dokonanie czynności polegającej na poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdził, że zamawiający w pkt 3 ust. 5 str. 4 specyfikacji postanowił, że wykonawca musi przedstawić cenę ryczałtową oferty wyliczoną w oparciu o kalkulację indywidualną, wypełniając przy tym materiały pomocnicze do ustalenia kosztów inwestycji. Ponadto zamawiający w pkt 12 ust. 1 str. 30 specyfikacji postanowił, że w cenie ryczałtowej wykonawca ma uwzględnić m.in. rabaty i opusty. Na ryczałtowy charakter wynagrodzenia wskazują także postanowienia wzoru umowy, na które przykładowo powołał się odwołujący § 3 ust. 1 strona 37, § 12 ust. 3 strona 45, § 18 ust. 1 strona 51 specyfikacji.

Podobne sformułowanie o cenie ryczałtowej zamawiający zawarł w załącznik numer 4 formularza ofertowego strona 68 specyfikacji, gdzie zamawiający ustanowił, a wykonawcy potwierdzili, cyt. »niniejszy załącznik zawiera wyliczoną na podstawie indywidualnej kalkulacji cenę ryczałtową oferty, tj. wypełnione materiały pomocnicze do ustalania kosztów inwestycji (część III1 i III2 załącznika III do specyfikacji)«.

Dodatkowo w ust. 12 punkt 2 str. 30 specyfikacji zamawiający ustanowił, że cyt. »Sumaryczna cena ryczałtowa wyliczona na podstawie kalkulacji indywidualnej wykonawcy przy uwzględnieniu treści specyfikacji winna odpowiadać cenie podanej przez wykonawcę w formularzu oferty«.

Również bardzo istotne znaczenie w kwestii rozpoznawania sprawy ma szczegółowe pytanie na str. 4 wyjaśnień do specyfikacji z 25 stycznia 2011 r. »Czy w tabeli pomocniczej [...] można zostawić niewypełnioną pozycję, która wg nas nie występuje w projekcie?« i odpowiedź nr 12 »... w tabeli pomocniczej [...] można zostawić niewypełnioną pozycję, gdyż

wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy oraz uwzględni wszystkie wymagane opłaty i koszty niezbędne do zrealizowania całości przedmiotu umowy«. Podobnie zamawiający powiadomił wykonawców w pytaniu 95 na str. 26 wyjaśnień do specyfikacji z 29.01.2011 r., cyt. »[...] czy wszystkie pozycje załącznika III do specyfikacji muszą zostać wypełnione, czy można pozostawić niektóre wiersze puste z notą wyjaśniającą gdzie dany zakres został ujęty bądź, że na obiekcie nie występuje. [...]« i odpowiedzi 95 »Zamawiający informuje, iż można pozostawić niektóre wiersze puste wyłącznie z notą wyjaśniającą gdzie dany zakres został ujęty bądź, że na obiekcie nie występuje«.

W pytaniu 82 na str. 21 i 22 wyjaśnień do specyfikacji z 29.01.2011 r., cyt. »Czy zamawiający zmodyfikuje załącznik III do specyfikacji [...]?« i odpowiedzi 82 na str. 22 »Zamawiający informuje, iż nie zmodyfikuje załącznika III do specyfikacji – tabela pomocnicza do ustalenia kosztów inwestycji, [...], gdyż chce uzyskać pełne informacje o wartości poszczególnych pozycji kosztów. [...]«. Prawie ta sama treść znalazła się w pytaniu 122 str. 37 i 38 wyjaśnień do specyfikacji z 29.01.2011 r., cyt. »Czy zamawiający dopuszcza modyfikację [...] materiałów pomocniczych, a dokładnie scalenie poszczególnych elementów tabeli? Zgodnie z wymogami przetargu wykonawca podaje cenę ryczałtową, czy więc konieczne jest rozbijanie jej na obecnym etapie na tak szczegółowe pozycje?« i odpowiedzi 122 str. 38 wyjaśnień »[...] zamawiający nie dopuszcza modyfikacji materiałów pomocniczych dla ustalenia kosztów inwestycji, ani scalenia poszczególnych elementów tabeli. Zasadnym i wymaganym jest wskazanie wartości w poszczególnych pozycjach«.

Natomiast zamawiający wskazał powód żądania zamieszczenia wypełnionych tabel pomocniczych do ustalenia kosztów inwestycji w ofercie w pytaniu 1 str. 2 wyjaśnień do specyfikacji z 29.01.2011 r., cyt. »[...]. Prosimy o podanie w jaki sposób i wg jakich kryteriów zamawiający będzie dokonywał proporcjonalnego zmniejszenia wynagrodzenia [w przypadku zmniejszenia wielkości i parametrów powierzchni, o czym mowa w § 4 ust. 4 wzoru umowy]?« i odpowiedzi 1 str. 2 wyjaśnień »[...] Różnica powierzchni zamówionej i wykonanej wykraczająca poza 1% spowoduje zmniejszenie wynagrodzenia proporcjonalnie do wartości robót budowlano-montażowych, tj. ujętych w tabeli pomocniczej do ustalenia kosztów inwestycji [...]«.

W odpowiedzi numer 9 z 11 stycznia 2011 r. został zmodyfikowany § 5 ust. 4 str. 38 specyfikacji (wzór umowy), przez dodanie zdania trzeciego dopuszczającego zwiększenie w określonym zakresie ceny wynagrodzenia stosując wskaźnik wzrostu cen.

I w pkt 11 ust. 11 str. 29 specyfikacji zamawiający zawarł, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, postanowienia dotyczące m.in. poprawienia omyłek rachunkowych w ofertach.

Zamawiający także określił w § 13 ust. 4 str. 46 specyfikacji (wzór umowy), że podstawą do wystawiania faktur częściowych będą wartości poszczególnych elementów wynikających z harmonogramu rzeczowo-finansowego, a podstawą do sporządzenia tego harmonogramu

są tabele pomocnicze do ustalenia kosztów inwestycji. Określeniem tym zamawiający wykazał, że w sposób uzasadniony żądał załączenia do oferty tabel pomocniczych do ustalenia kosztów inwestycji, aby zgodnie z ich zawartością wykonawca sporządził harmonogram rzeczowo-finansowy.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wykonawca sporządzając ofertę musi brać pod uwagę pełną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnień treści specyfikacji. Wykonawca nie może zawęzić się do posługiwania się tylko wybranymi stwierdzeniami zawartymi w dokumentach opracowanych przez zamawiającego. Natomiast wykonawca musi brać pod uwagę wyjaśnienia specyfikacji łącznie z pytaniami, gdyż wyjaśnienia są udzielane do konkretnego zagadnienia. Obowiązek przekazywania przez zamawiającego treści zapytań wraz z wyjaśnieniami wynika z art. 38 ust. 2 Pzp.

Nie można ze stwierdzeń zawartych w wyjaśnieniach wysnuwać uogólnień. Wyjaśnienia, czyli eksplikacje są nowymi konstrukcjami znaczenia wyjaśnianego pojęcia, precyzyjniej określające już istniejące znaczenie danego określenia, przy czym jego zakres nie zmienia się, a wyjaśnienie jedynie doprecyzowuje znaczenie pojęcia. Podobnie str. 61 „Logika dla prawników” Sławomir Lewandowski, Andrzej Malinowski i Jacek Petzel, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004 r. Dlatego wyjaśnienia należy interpretować wraz z pytaniami w sposób zawężający, analogicznie do interpretowania wyjątków, zgodnie z paremią: *exceptiones non sunt extendendae* – wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco, a w przypadku wyjaśnień ta reguła powinna brzmieć: *explicationes non sunt extendendae* – wyjaśnień nie należy interpretować rozszerzająco.

Z § 13 ust. 4 str. 46 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji, wynika, że zamawiający żądał dołączenia tabel pomocniczych do ustalenia kosztów inwestycji do oferty ze względu na planowanie sporządzenia na ich podstawie harmonogramu rzeczowo-finansowego, który będzie podstawą do wystawiania faktur częściowych. Dlatego tabele pomocnicze do ustalenia kosztów inwestycji muszą precyzyjnie wskazywać wartości i ceny poszczególnych wycenianych tam pozycji kosztów, aby rzetelnie dokonać rozliczeń umowy.

Także załączenie tabel pomocniczych do ustalenia kosztów inwestycji było wymagane ze względu na przewidywaną możliwość zmniejszenia wielkości i parametrów zamawianej powierzchni i w takim przypadku zamawiający przewidział, cyt. »[...] Różnica powierzchni zamówionej i wykonanej wykraczająca poza 1% spowoduje zmniejszenie wynagrodzenia proporcjonalnie do wartości robót budowlano-montażowych, tj. ujętych w tabeli pomocniczej do ustalenia kosztów inwestycji [...]«, co zamawiający stwierdził na str. 2 wyjaśnień do specyfikacji z 29.01.2011 r. Również ten cel załączenia przedmiotowych tabel do oferty obliguje zamawiającego do wnikliwego sprawdzenia poprawności zawartych tam obliczeń,

aby w przypadku zaistnienia warunków do obniżenia kosztów zamawiający miał niekwestionowalne podstawy do precyzyjnego naliczenia nowych kosztów.

Przytoczone cele wskazane przez zamawiającego przed upływem terminu składania ofert obrazują, że zamawiający miał obowiązek ustalić precyzyjnie nie tylko cenę za wykonanie całego zamówienia, ale także upewnić się co do poszczególnych kosztów zawartych w tabelach pomocniczych do ustalania kosztów inwestycji. Zamawiający, natykając się na oczywiste omyłki rachunkowe w tabelach pomocniczych do ustalania kosztów inwestycji, ma obowiązek poprawić te oczywiste omyłki rachunkowe i – w następstwie tego – uwzględnić konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek, co wynika wprost z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ponadto w pkt 11 ust. 11 str. 29 specyfikacji zamawiający określił swój sposób postępowania, zgodny z art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp, w przypadku poprawiania omyłek rachunkowych w ofertach, a te mogły w szczególności wystąpić w tabelach pomocniczych do ustalania kosztów inwestycji. Czyli zamawiający był obowiązany do poprawienia omyłek rachunkowych nie tylko na podstawie przepisów ustawy, ale także ze względu na zasygnalizowanie tego w specyfikacji.

Z powyższego wynika, że zamawiający miał obowiązek dokonać poprawy oczywistych omyłek rachunkowych uwzględniając konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek w tabelach pomocniczych do ustalania kosztów inwestycji, które stanowiły istotną część oferty i – uwzględniając konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek – dokonać poprawy ceny ofertowej.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....