

ODPOWIEDŹ NA PYTANIA DO TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

PR.272.14.2.2018.KW

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na przebudowę drogi powiatowej nr 3920Z w miejscowości Przecław wraz z budową kanalizacji deszczowej

W dniu 20 czerwca 2018 r. do Zamawiającego wpłynęło zapytania odnośnie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przetargu nieograniczonym na przebudowę drogi powiatowej nr 3920Z w miejscowości Przecław wraz z budową kanalizacji deszczowej. Mając na uwadze brzmienie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 z późn. zm.) poniżej przekazuję treść pytania wraz z odpowiedzią

Pytanie nr 1

Dotyczy ryczałtowej formy wynagrodzenia a obowiązku dotyczącego załączenia do oferty kosztorysu ofertowego sprecyzowanego w SIWZ w rozdziale 9, punkcie 7:

„9. DOKUMENTY WYMAGANE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO, KTÓRE NALEŻY DOŁĄCZYĆ DO OFERTY:

(...)

9.7 Kosztorys ofertowy

UWAGA: Kosztorys ma wyłącznie charakter informacyjny, gdyż obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe.”

w UMOWIE w paragrafie 1, ustępie 2, punkcie 6:

„§ 1. [postanowienia ogólne]

2. O ile w umowie jest mowa o:

6) Kosztorysie ofertowym – należy przez to rozumieć kosztorys sporządzony przez Wykonawcę w szczególności na podstawie dostarczonego przez Zamawiającego przedmiaru robót, wycenionego przez Wykonawcę w formie iloczynu ilości przedmiarowej i kosztu jednostkowego, stanowiący integralny element oferty Wykonawcy;”

w paragrafie 2, ustępie 7, punkcie 6:

„§ 2. [przedmiot umowy]

(...)

7. Dla celów interpretacji przedmiotu umowy pierwszeństwo będą miały dokumenty zgodnie z następującą kolejnością:

1) umowa;

2) projekt budowlany;

3) projekt wykonawczy;

3) STWiOR;

4) przedmiar;

5) SIWZ;

6) oferta Wykonawcy wraz ze stanowiącym jej integralną część kosztorysem ofertowym.

w paragrafie 17, ustępie 2, punkcie 5:

§ 17. [zmiana umowy]

1. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem art. 144 ust. 1 Pzp jest niedopuszczalna.
2. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego w następujących przypadkach:

(...)

- 5) *zmiana ilości robót budowlanych w stosunku do kosztorysu ofertowego o ile nie powodują wzrostu wynagrodzenia ryczałtowego, o którym mowa w § 10 ust. 1 – pod warunkiem, że wynikają one z dokumentacji projektowej i zasad wiedzy technicznej;*

(...)

Dla niniejszym postępowaniu przetargowym przewidzianą formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie ryczałtowe (Rozdział 12 pkt 2 SIWZ).

Treść SIWZ, rozdział 9, punkt 7:

„9. DOKUMENTY WYMAGANE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO, KTÓRE NALEŻY DOŁĄCZYĆ DO OFERTY:

(...)

9.7 Kosztorys ofertowy

UWAGA: Kosztorys ma wyłącznie charakter informacyjny, gdyż obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe.”

Treść SIWZ, rozdział 19, punkt 4:

„19. OBLICZENIE CENY OFERTY

(...)

- 4) Cena zawarta w ofercie jest *ceną ryczałtową w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego.*”

Treść UMOWY, paragraf 10:

§ 10. [wynagrodzenie] 1. Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy **wynagrodzenie ryczałtowe** w wysokości brutto (słownie złotych brutto) w tym podatek 23 % VAT w wysokości złotych.

2. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ustalono jako **kwotę ryczałtową**, które obejmuje wszelkie roboty konieczne do wykonania przedmiotu umowy, choćby ich rozmiarów i kosztów prac nie można było przewidzieć w czasie zawarcia umowy, a koniecznych do wykonania w celu umożliwienia użytkowania i funkcjonowania obiektu zgodnie z przepisami.

Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest to, że Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia opisanego za pomocą projektu, SIWZ, STWiOR za cenę wyrażoną w ofercie, co wynika z przepisów Kodeksu cywilnego, do którego ustawa PzP odsyła w sprawach nieuregulowanych.

W tej sytuacji przyjmuje się, że kosztorys ofertowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Zamawiający przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe jest zbędny, gdyż co do zasady nie jest treścią oferty - nie wynika bowiem z niego zakres świadczenia wykonawcy. Takie stanowisko potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. KIO/UZP/ZO/0-430/06, KIO/UZP 321/08, KIO/UZP 345/09, KIO/UZP 139/10, KIO 1673/11, KIO 847/12, KIO 2191/13; KIO 2193/13) oraz stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Pana Jacka Sadowego (odpowiedzi z dnia 11.03.2013 roku na interpelację poselską z dnia 01.02.2013 roku oraz odpowiedzi z dnia 15.04.2013 roku na interpelację poselską z dnia 14.03.2013 roku).

W treści interpelacji poselskiej z 01.02.2013 roku zadano pytanie:

- Czy przewidziane w SIWZ rozliczenie wynagrodzenia w formie ryczałtu zwalnia wykonawcę z przedłożenia wymaganego kosztorysu ofertowego(...)?

Odpowiedź Prezesa UZP z dnia 11.03.2013 roku była następująca:

„Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła lub usługi w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie przysługującego wykonawcy wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytwarzania zamawianego dzieła czy usługi. (...). Ryczałt polega więc na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej za realizację całego zakresu przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego w związku ze zwiększeniem się zakresu kosztów lub poszczególnych prac do wykonania, zaś Zamawiający nie będzie legitymowany do żądania obniżenia ustalonego wcześniej przez strony ryczałtu, jeżeli zakres ten okaże się mniejszy od pierwotnie założonego (arg. Z art. 632 paragraf 1 Kc). W tej sytuacji bez znaczenia dla treści oferty wykonawcy pozostaje sposób obliczenia ceny ofertowej, a co za tym idzie - nie znajduje, co do zasady, uzasadnienia przedstawianie przez wykonawców kosztorysów ofertowych.”

(...)

W przypadku kiedy zamawiający wybiera wynagrodzenie ryczałtowe brak jest generalnie podstaw do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty wykonawcy, który do oferty nie załączył kosztorysu ofertowego. Odrzucenie oferty niespełniającej zawartego w SIWZ wymogu dołączenia do niej kosztorysu ofertowego – w sytuacji przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego – stanowi naruszenie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp oraz przepisów Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku.”

Idąc dalej, w odpowiedzi z dnia 15.04.2013 na kolejną interpelację poselską, Prezes UZP podtrzymał swoje wcześniejsze stanowisko dodając m.in.:

„Wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje bowiem wykonanie przez Wykonawcę pełnego zakresu robót określonych w treści SIWZ niezależnie od tego, czy do oferty został dołączony kosztorys ofertowy, czy też nie.”

(...)

Brak jest zatem, co do zasady, podstaw do żądania kosztorysu ofertowego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji ustalenia przez Zamawiającego wynagrodzenia w postaci ceny ryczałtowej, a w konsekwencji brak jest również podstaw do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oferty wykonawcy, który do oferty nie załączył kosztorysu ofertowego.

Kosztorys ofertowy może stanowić pomoc w przypadku wyjaśnień udzielanych na żądanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, lub też obowiązek jego złożenia może towarzyszyć zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą.”

Co ważne, o tym jak należy interpretować przepisy Pzp decyduje Prezes Urzędu, a nie KIO:

„Stosownie do dyspozycji art. 152 ust. 1 ustawy Pzp, centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. (...) Prezes Urzędu na podstawie dyspozycji art. 154 pkt 13 ustawy Pzp dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego, w szczególności upowszechnia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, Sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego dotyczące zamówień. Prezes Urzędu jest zatem organem dokonującym obowiązującej wykładni przepisów ustawy Pzp. Kompetencji takich nie posiada Krajowa Izba Odwoławcza. Orzeczenia wydawane przez Izbę nie stanowią zatem podstawy do tworzenia obowiązującej wykładni przepisów ustawy Pzp, ale zawierają rozstrzygnięcia w konkretnych sprawach związanych z wnoszonymi odwołaniami.”

Podsumowując powyższe Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z prośbą o dostosowanie treści SIWZ i Umowy do obowiązujących przepisów ustawy Pzp i przepisów unijnych jak to opisano powyżej przywołując stanowisko Prezesa UZP na ten temat, poprzez **usunięcie z treści SIWZ i treści Umowy wszelkich zapisów mówiących o obowiązku dołączenia do oferty Kosztorysu Ofertowego.**

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia obowiązek dołączenia kosztorysu ofertowego do oferty. Kosztorys ofertowy poza potwierdzeniem Zamawiającemu uwzględnienia w złożonej ofercie realizacji wszystkich robót składających się na przedmiot zamówienia, będzie także podstawą do opracowania przez Wykonawcę wybranego w toku postępowania harmonogramu rzeczowo-finansowego (zgodnie z wymogami § 5 ust. 1 pkt 3) projektu umowy.

Kosztorys może również stanowić podstawę do ustalenia wartości w przypadku ewentualnego wystąpienia robót zamiennych lub dodatkowych (określonych w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp).

Ponadto inwestycja ta objęta jest dofinansowaniem w ramach programu Wsparcia Lokalnej Infrastruktury Drogowej i jednym z obowiązujących dokumentów jest wykaz wydatków kwalifikowalnych. W wykazie tym należy przyjąć wszystkie elementy ujęte w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót wraz z jednostkami rozliczeniowymi, ich ilością oraz cenami jednostkowymi.

Tożsame stanowisko co do wymogu przedstawienia przez wykonawcę kosztorysu ofertowego w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, w sytuacji gdy stanowi on podstawę do ustalenia harmonogramu rzeczowo-finansowego lub przewidywalne jest ewentualna możliwość wystąpienia robót zamiennych lub dodatkowych, zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach odpowiednio z dnia 7 lipca 2015 r. o sygn.. KIO 1314/15 oraz z dnia 4 września 2015 r. o sygn.. KIO 1837/15.

Magdalena Sochanowska

.....

Na oryginale właściwy podpis