

Zmawiający:

Ilów, 15 listopada 2022 r.



GMINA ILÓW

ul. PŁOCKA 2

96-520 ILÓW

nr telefonu: 242675080

woj. mazowieckie

adres e-mail: sekretariat@ilow.pl

kraj: Polska

dres strony: www.ilow.pl

/ WYKONAWCY//

**Wyjaśnienie nr 3
do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ)
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn:
„Modernizacja Oczyszczalni Ścieków w Iłowie – etap II”**

- Numer referencyjny postępowania: **OC.ZP.271.13.2022.**

Działając na podstawie Art. 284 ust. 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710). Zamawiający na wniosek zgłoszony przez Wykonawcę w **dniu 14 listopada 2022 r. udziela wyjaśnień do treści SWZ.**

Pytania wykonawcy:

W SIWZ Zamawiający zawarł warunek przedstawienia kosztorysu ofertowego do oferty. Do specyfikacji nie są załączone pliki w formie edytowalnej co sprawia, że ich przygotowanie ich jest znaczącym kosztem na etapie przygotowania oferty. Szacunkowo to 2000 – 2500 zł.

W jakim celu Zamawiający stawia taki warunek szczególnie, że rozliczenie umowy jest ryczałtowe?

W ogólnej praktyce kosztorysy są przygotowywane po wyborze oferty albo częściej po podpisaniu umowy.

W orzecznictwie spotykamy się z twierdzeniem, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorys ofertowy nie jest dokumentem niezbędnym dla prowadzenia postępowania a ewentualne błędy, w przypadku jego złożenia wraz z ofertą, nie wpływają w takich przypadkach na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Złożenie błędnych kosztorysów czy też niezłożenie w ogóle przez wykonawcę czy wykonawców może spowodować zbędne procedury odwoławcze.

Prosimy, aby Zamawiający zrezygnował z warunku składania kosztorysów na etapie oferty i wezwał wybranego wykonawcę do złożenia kosztorysów na dalszym etapie postępowania zapewniając zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Poniżej kilka przykładów z orzecznictwa w przedmiotowej sprawie.

1./

W piśmie z dnia 2 grudnia 2013 r., znak: UZP/DP/O/026/1526/13/16, KW 11063/13 (odpowiedź na pytanie Adama Żylińskiego, posła na Sejm Rzeczypospolitej Polskiej) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, że:

[...] Żądanie przez zamawiającego od wykonawcy przedłożenia kosztorysu ofertowego przy wynagrodzeniu ryczałtowym wykonawcy stanowi naruszenie przepisu art. 25 ust. 1 zdanie 1 Pzp 2004, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający może żądać wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

W ocenie Prezesa UZP całkowicie niezasadne jest żądanie kosztorysu wraz z ofertą od wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, z których tylko jeden ma szansę na wybór jego oferty i uzyskanie zamówienia publicznego. A tym samym, żądanie kosztorysu od wykonawców, których oferta została zakwalifikowana na dalszych pozycjach rankingu ofert, stanowi dodatkowy zbędny wymóg formalny, niezwiązany z ich uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

2./

Przepisy ustawy P.z.p. nie regulują kwestii sposobu określania wynagrodzenia należnego wykonawcy, w tym nie określają obowiązkowych zasad dotyczących dokonywania przez zamawiającego opisu sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę. Jednakże w odniesieniu do robót budowlanych, których dotyczy przedstawiona problematyka, w kontekście art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. i przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), dalej K.c., są przyjmowane dwie formy rozliczania z wykonawcą realizacji robót budowlanych: wynagrodzenie ryczałtowe bądź wynagrodzenie kosztorysowe.

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. Stosownie bowiem do art. 649 K.c. w przypadku wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy, w tym ewentualnych robót zamiennych. 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 § 1 K.c.). 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. 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.

Sposób obliczenia ceny jest natomiast istotny przy wynagrodzeniu kosztorysowym, albowiem w odróżnieniu od wynagrodzenia ryczałtowego wynagrodzenie kosztorysowe oblicza się na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów (art. 629 K.c.). Zestawienie przewidywanych kosztów prac niezbędnych do realizacji opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, opisane zazwyczaj w przedmiarze robót i złożone przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, następuje w formie kosztorysu ofertowego, który jest w tych okolicznościach elementem oferty wykonawcy. Brak kosztorysu ofertowego bądź też niezgodność jego treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powoduje w tych okolicznościach, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p, odpowiednio - odrzucenie przez zamawiającego oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.

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 P.z.p. 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 P.z.p 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.

3./

Kwestia kwalifikacji prawnej skutków błędów w kosztorysach ofertowych w przypadkach, gdy cena oferty ma charakter ryczałtowy była rozważana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z utrwalonym już w chwili obecnej orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, co do zasady, błędy w kosztorysie ofertowym, w przypadku zastrzeżenia przez zamawiającego ceny ryczałtowej, nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Przytoczone niżej tezy pochodzące z kilku przykładowych wyroków izby obrazują dominującą obecnie linię orzeczniczą.

W wyroku z dnia 18 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1673/11) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. i nie było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. Skoro zamawiający wyraźnie przewidział, iż kosztorysy nie będą podstawą odrzucenia oferty, nie może na etapie oceny ofert postępować wbrew swoim wcześniejszym zapowiedziom. Zasadą jest, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorysy załączane do oferty mają charakter informacyjny, a braki w nich nie są podstawą do jej odrzucenia. Zasady tej zamawiający nie wyłączył ani w żaden sposób nie zmodyfikował - przeciwnie, podkreślił ją, stosując postanowienia typowe dla wynagrodzenia ryczałtowego. Z kolei w wyroku z dnia 9 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 847/12) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: "Brak jakiegokolwiek pozycji czy też elementu kosztorysu w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego wobec generalnego zobowiązania się do realizacji całego przedmiotu zamówienia wynikającego z SIWZ (co wynika wprost z formularza ofertowego) nie może świadczyć o niezgodności treści oferty z SIWZ, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że wskazane przez zamawiającego rozbieżności nie uzasadniały decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.". W innym wyroku, z dnia 12 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1391/08), Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, iż: "W związku z tym, że cena ma

charakter ryczałtowy i kosztorys ma znaczenie pomocnicze, nie może stanowić podstawy do uznania, że treść oferty (...) SA jest sprzeczna z treścią SIWZ. W przeciwnym wypadku zamawiający dokonywałby oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie dokumentu - kosztorysu - który zgodnie z zapisem pkt 12.4. ma charakter tylko informacyjny, czyli zamawiający zmieniłby warunki SIWZ po złożeniu ofert, co jest niedopuszczalne w myśl art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze ustawy P.z.p”.

4./

Czy przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, brak załączenia do oferty kosztorysu ofertowego lub jego części, nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty?

W konsekwencji przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, brak załączenia do oferty kosztorysu ofertowego (czy jego części, np. w postaci zestawienia materiałów) nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przewiduje obowiązek odrzucenia oferty, która w sposób merytoryczny, np. co do zakresu, terminu, sposobu wykonania, czy parametrów technicznych, jest niezgodna z siwz, natomiast nie może on być zastosowany, gdy zachodzi jedynie formalna niezgodność oferty z siwz, np. co do sposobu przedstawienia określonych informacji.

Zamawiający przyjął w umowie wynagrodzenie ryczałtowe.

Przyjmuje się, że w przypadku takiego wynagrodzenia wykonawca ma wykonać roboty zgodnie z udostępnioną dokumentacją, w tym dokumentacją projektową. Tym samym opis przedmiotu zamówienia w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego obejmuje:

jedynie projekt budowlany, projekty wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, na podstawie których wykonawca samodzielnie oblicza cenę realizacji zamówienia,

ewentualnie dodatkowo przedmiar robót opracowany przez zamawiającego, wskazujący m.in. podstawy do ustalania cen jednostkowych robót lub jednostkowych nakładów rzeczowych niezbędnych do wykonania robót, który ma charakter pomocniczy dla sporządzenia oferty i oszacowania jej ceny.

Z powyższego wynika, że przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, udostępniony przez zamawiającego kosztorys co do zasady powinien służyć wykonawcom jedynie jako materiał informacyjno-pomocniczy do opracowania i oszacowania oferty, zaś zamawiający może wykorzystać go do oceny prawidłowości ceny oferty.

Wykonawca jednak samodzielnie kalkuluje swoje wynagrodzenie ryczałtowe i przedstawia je w ofercie biorąc pod uwagę zakres rzeczowy określony dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych i postanowieniami projektu umowy.

W konsekwencji przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, brak załączenia do oferty kosztorysu ofertowego (czy jego części, np. w postaci zestawienia materiałów) nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty. Wykonawca bowiem przy tak ustalonym rodzaju wynagrodzenia, będzie miał obowiązek wykonać w trakcie

realizacji zamówienia również te pozycje, które nie zostały ujęte kosztorysie ofertowym, ale są objęte udostępnioną przez zamawiającego całą dokumentacją przedmiotu zamówienia (por. wyrok KIO 1439/09, wyrok KIO 899/08).

Powyższe znalazło potwierdzenie w przedmiotowej sprawie, gdzie w postanowieniach SIWZ wskazano, że cena oferty ma uwzględniać wszystkie wymagania siwz oraz obejmować wszelkie niezbędne koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

Także w odpowiedzi zamawiający stwierdził, że zamieszczone kosztorysy są jedynie elementem pomocniczym do przygotowania i oszacowania oferty, a brak pewnych elementów w kosztorysie nie zwalnia wykonawcy z realizacji prac objętych projektem. Należy przy tym zauważyć, że kwestionowane w odwołaniu zestawienie materiałów stanowiło część kosztorysów udostępnionych przez zamawiającego, zatem wskazane okoliczności odnoszą się również do tegoż zestawienia.

Reasumując, w związku z faktem ustalenia w SIWZ wynagrodzenia ryczałtowego, załączenie lub niezałączenie przez wykonawcę części kosztorysu ofertowego w postaci zestawienia materiałów pozostawało bez wpływu na prawidłowość oferty. Wykonawca bowiem i tak był zobowiązany do wykonania całości przedmiotu zamówienia zgodnie z całą udostępnioną dokumentacją.

Tym samym, oferta wykonawcy nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na to, iż nie zawierała zestawienia materiałów.

Wyrok z dnia 24 lipca 2020 r., KIO 1428/20

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl

Odpowiedź zamawiającego:

Zamawiający w rozdziale XII w ustępie 1 pkt 4 SWZ wskazał, że kosztorys ofertowy – wypełniony i podpisany stanowi integralną część oferty, zaś w ustępie 8 zamawiający wskazał, że *„Wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z przygotowaniem oferty”*

Zamawiający zgodnie z dokumentacją postępowania oczekuje od wykonawców złożenia oferty wraz kosztorysem ofertowym. Zamawiający nie przewiduje udostępnienia wersji edytowalnej przedmiarów.

W zakresie wątpliwości pytającego Wykonawcy, co do celu żądania kosztorysu ofertowego w sytuacji, kiedy Zamawiający wskazał, że rozliczenie będzie ryczałtowe, Zamawiający odsyła Wykonawców do artykułu opublikowanego pod wskazanym poniżej adresem:

<https://www.monitor-zamowien.pl/artukul/w-przypadku-braku-kosztorysu-ofertowego>

„Pogląd, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego nie uniemożliwia zamawiającemu badania zgodności oferty z SIWZ na podstawie kosztorysów ofertowych, został wyrażony m.in. w wyrokach z dnia 28 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 1101/10, z dnia 10 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 179, z dnia 16 listopada 2012 r., sygn. akt: KIO 2392/12, KIO 2410/12, z dnia 12 grudnia 2012 r., sygn. akt: KIO 2611/12, z dnia 30 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 67/13, KIO 70/13, KIO 72/13 oraz z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2389/17. W wyroku z dnia 27 stycznia 2014 r., sygn. akt: KIO 50/14, Krajowa Izba Odwoławcza nie

podzieliła poglądu odwołującego, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego uniemożliwia zamawiającemu badanie kosztorysów ofertowych. Skład orzekający zwrócił również uwagę, że: [...] Cena ryczałtowa jest pojęciem niemającym umocowania normatywnego. Na gruncie praktyki w obszarze zamówień publicznych pojęcie to używane jest w znaczeniu „wynagrodzenia ryczałtowego”, o którym stanowi art. 632 k.c. Zgodnie z przywołanym przepisem umówienie się przez strony o wynagrodzenie ryczałtowe ma taki skutek, że co do zasady wykonawca nie może domagać się od zamawiającego jego podwyższenia.

Ważne: Zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w żaden sposób nie zwalnia zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może się uchylić w żaden sposób.

Skład orzekający nie zgodził się też z twierdzeniem, że pomocniczy charakter kosztorysu wynika, z mocy ustawy, z ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Treść SIWZ stanowiła, iż kosztorys ofertowy umożliwia wykonawcom objęcie świadczeniem całego przedmiotu zamówienia i prawidłowe obliczenie ceny oferty. Służy też wyeliminowaniu ewentualnych wątpliwości zamawiającego, które powstałyby w toku badania ofert oraz umożliwia poprawienie w ofercie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 Pzp 2004.

Ważne: Osią sporu było to, czy w postępowaniu wymagane przez zamawiającego kosztorysy ofertowe stanowiły treść oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą przedmiarów. Znaczenie złożenia kosztorysów zgodnych z wymaganiami zamawiającego, tzn. bez możliwości dokonywania zmian w ich treści zostało potwierdzone w odpowiedziach dotyczących treści SIWZ. W tym stanie rzeczy skład orzekający nie miał wątpliwości, że zamawiający nadał kosztorysom znaczenie istotne i po zbadaniu oferty odwołującego prawidłowo dokonał jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp 2004 (.....)

-/- Wojciech Kudarewko, -/- Anita Głazewska , -/- Tomasz Mroczkowski