

Sławno, dnia 12 listopada 2020 r.

RSSA.271.32.2020

W związku z prowadzonym postępowaniem w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Przedszkola Gminnego w Bobrowicach, Gmina Sławno”, w imieniu Zamawiającego – Gminy Sławno, przekazuję odpowiedź na następujące pytanie:

**Pytanie:**

1. W rozdziale XVIII SIWZ Opis sposobu obliczania ceny pkt. 4 Zamawiający wymaga aby struktura wynagrodzenia (wartości netto całego zamówienia) za poszczególne grupy robót powinna przedstawiać się następująco:

1. roboty budowlane:

a) stan „zero” - do 8% wartości netto zamówienia;

b) stan surowy - do 32% wartości netto zamówienia;

2. instalacje sanitarne wewnętrzne i zewnętrzne - minimum - 25% wartości zamówienia;

3. instalacje elektryczne wew. i teletechnika - minimum - 10% wartości zamówienia;

4. pozostałe roboty.

W związku z powyższym Wykonawca prosi o potwierdzenie, że w odniesieniu do instalacji sanitarnych wewnętrznych i zewnętrznych oraz instalacji elektrycznych wew. i teletechniki, określone minimalne wartości odnoszą się również do wartości netto zamówienia.

Niezależnie od powyższego, Wykonawca wskazuje, że treści powyższego wynika wprost, iż Zamawiający przypisał sobie prawo kształtowania cen częściowych za wykonanie części zamówienia. Wykonawca zwraca uwagę, iż zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 p.z.p. niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany oferty. Dokonując obliczenia ceny całkowitej (stanowiącej sumę cen częściowych) wykonawcy muszą uwzględniać szereg okoliczności, w tym zwłaszcza ryzyka związane z wykonaniem danej części zamówienia.

Ryzyka te nie są takie same dla każdego wykonawcy. Stąd też oczywistym jest, iż procentowy podział wartości części zamówienia nie będzie identyczny dla każdego wykonawcy (oczywiście przy założeniu, że wykonawcy będą samodzielnie obliczać cenę i nie będą w tym zastępowani przez Zamawiającego). Kwestionowane postanowienie kreuje uprawnienie do jednostronnego określania przez Zamawiającego wartości każdej części zamówienia. Z uwagi zaś na dwustronny charakter czynności prawnej jaką jest zawarcie umowy, wykluczyć należy możliwość jednostronnego ustalania przez Zamawiającego wynagrodzenia elementów składowych wynagrodzenia Wykonawcy. Przyznanie sobie takiego uprawnienia przez Zamawiającego bez wątplenia stanowi bezprawną ingerencję w sferę uprawnień wykonawcy i musi być traktowane jako przekroczenie granic swobody

Znak sprawy: RSSA.271.32.2020

„Budowa Przedszkola Gminnego w Bobrowicach, gmina Sławno”

zawierania umów (art. 3531 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p.). Wykonawca podnosi także, iż narzucenie przez Zamawiającego własnej metodyki obliczania wartości poszczególnych umów stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. Jak bowiem już wskazywano, procentowy podział ceny ofertowej przyjmowany przez Zamawiającego nie musi być (i najpewniej nie będzie) zgodny z kalkulacjami poszczególnych wykonawców. Wykonawcy mogą więc inaczej szacować koszty i ryzyka związane z realizacją poszczególnych części umowy. Wysokość wynagrodzenia umownego determinuje również kwestie związane z wysokością kar umownych. Narzucanie przez Zamawiającego własnego podziału ceny ofertowej nie uwzględnia faktu, iż sytuacja każdego wykonawcy jest inna. Co za tym idzie podział wynagrodzenia według sztywnych progów procentowych nie wywołuje takich samych skutków dla każdego wykonawcy. Nadto, takie narzucenie struktury wynagrodzenia (do tego wynagrodzenia określonego jako wynagrodzenie ryczałtowe), jak wskazano powyżej pozostaje w sprzeczności z przepisami PZP oraz stanowi nieuprawnioną ingerencję Zamawiającego w sposób kalkulacji ceny przez Wykonawcę. To Wykonawca określa wartość poszczególnych robót budowlanych i Zamawiający nie może mu w tym zakresie narzucić jakichkolwiek ograniczeń, zwłaszcza w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego, wskazując, czy to maksymalne, czy to minimalne kwoty za poszczególne roboty. Jednocześnie wskazać należy, że jeśli intencją Zamawiającego było uzależnienie płatności od stanu zaawansowania robót, to winno to znaleźć odzwierciedlenie w ratalnej płatności wynagrodzenia, nie zaś w narzucaniu Wykonawcy struktury wynagrodzenia, co uznać należy za niedopuszczalne.

W konsekwencji Wykonawca wnosi o dokonanie zmiany i wykreślenie pkt. 4 oraz pkt. 5 w rozdziale XVIII SIWZ Opis sposobu obliczania ceny, jako nieuzasadnionego oraz niedopuszczalnego w świetle przepisów PZP.

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający potwierdza, że w odniesieniu do instalacji sanitarnych wewnętrznych i zewnętrznych oraz instalacji elektrycznych wewnętrznych i teletechniki, określone minimalne wartości odnoszą się do wartości netto zamówienia.

Zamawiający nie uznaje wniosku Wykonawcy o dokonanie zmiany i wykreślenia pkt. 4 oraz pkt. 5 w rozdziale XVIII SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny, albowiem sposób obliczenia ceny określony przez Zamawiającego nie narusza przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisów prawa cywilnego.

W pierwszej kolejności wyjaśnić należy, iż określenie przez Zamawiającego struktury wynagrodzenia, nie może być traktowane jako jakakolwiek forma negocjacji, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy PZP. Przedmiotowe negocjacje, dotyczą negocjacji warunków realizacji zamówienia po złożeniu oferty, co absolutnie nie ma miejsca i nie może mieć miejsca na etapie składania ofert. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty (KIO 1704/20), tak więc trudno mówić o prowadzeniu

Znak sprawy: RSSA.271.32.2020

„Budowa Przedszkola Gminnego w Bobrowicach, gmina Sławno”

jakichkolwiek negocjacji jeszcze przed złożeniem ofert przez Wykonawców. Nadto, kwestionowane przez Wykonawcę zapisy SIWZ, nie dają również możliwości negocjacji oferty po jej złożeniu.

W drugiej kolejności, wyjaśnić należy, iż Zamawiający w żaden sposób nie wpływa ogólną cenę ryczałtową za wykonanie całego Zamówienia. W tym zakresie Wykonawcy mają pełną swobodę i kształtują ofertę w zakresie wynagrodzenia w sposób swobodny.

Zastosowane przez zamawiającego rozwiązanie de facto ma taki charakter jakiego oczekuje Wykonawca w swoim zapytaniu (system ratalny), albowiem struktura wynagrodzenia stanowi pewną formę ratalnego rozbitcia całkowitego wynagrodzenia wykonawcy, co nie musi być powiązana z faktycznie poniesionym przez Wykonawcę kosztem wykonania poszczególnych asortymentów robót (wyliczonym w oparciu o wewnętrzne kosztorysy/ryzyka wykonawców).

Istotne pozostaje to, iż po wykonaniu całości zamówienia, Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Wykonawcy całości wynagrodzenia ryczałtowego, zaś zastosowany swoistym system ratalny nie wpłynie na ogólną wartość oferty.

W treści SIWZ wskazano wprost „Zamawiający wymaga zachowania przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego określonej w harmonogramie rzeczowo – finansowym struktury wynagrodzenia w związku z koniecznością określenia maksymalnych kwot wypłaty wynagrodzenia za poszczególne grupy robót.”

W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, wypłata wynagrodzenia za poszczególne grupy robót, nie musi być powiązana z ich faktyczną kosztochłonnością i może być ustalana w sposób dowolny.

Dlatego, zamawiający wymaga takiego ukształtowania struktury wynagrodzenia jak w SIWZ, co i tak w przypadku gdy Wykonawca ukończy realizację całego zamówienia uprawniać go będzie do otrzymania całości wynagrodzenia ryczałtowego. Natomiast, w sytuacji gdyby na jakimkolwiek etapie realizacji zamówienia Wykonawca z jakiegokolwiek powodu przerwał jego realizację, uprawniony będzie on wyłącznie do otrzymania wynagrodzenia za zrealizowaną część robót w wysokości wynikającej ze struktury określonej przez Zamawiającego w SIWZ.

WÓJT

(-) Ryszard Stachowiak