

**Radca prawny Dariusz Ćwik****mgr Piotr Płaciszewski**

ĆWIK I PARTNERZY
KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH



MOŻLIWOŚĆ UZUPEŁNIANIA WYKAZU MATERIAŁÓW I ROBOCIZNY W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

1. Wstęp

Wartość rynku zamówień publicznych udzielanych na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, w roku 2014 ustalona w oparciu o dane zawarte w rocznych sprawozdaniach o udzielonych zamówieniach przekazanych przez Zamawiających Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych wyniosła 133,2 mld zł^{*)}. Oszacowana wartość rynku zamówień publicznych stanowiła ok. 7,72% produktu krajowego brutto (PKB) z roku 2014^{**)}.

Uwzględniając wartość zamówień, najistotniejszą część rynku, jak co roku, stanowiły roboty budowlane. Z danych zawartych w rocznych sprawozdaniach o udzielonych zamówieniach wynika, że w roku 2014 wartość zakontraktowanych środków na roboty budowlane stanowiła 40% ogólnej kwoty wydatków (w roku 2013 – 38%; w 2012 – 45%; w 2011 – 39%). Natomiast, pomimo dużego odsetka wartości, liczba postępowań na roboty budowlane w 2014 roku stanowiła 26% wszystkich postępowań (w roku 2013 – 23%; w 2012 i 2011 – 25%)^{***)}. W świetle

^{*)} Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2014 r.; dostęp: http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?F;288;sprawozdania_roczne_uzp_z_funkcjonowania_systemu_zamowien_publicznych.html

^{**)} Według wstępnych szacunków GUS produkt krajowy brutto (PKB) w 2014 r. (w cenach bieżących) kształtował się na poziomie 1 724,7 mld zł (Biuletyn Statystyczny Nr 2/2015)

^{***)} Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2014 r.; dostęp: http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?F;288;sprawozdania_roczne_uzp_z_funkcjonowania_systemu_zamowien_publicznych.html



niniejszych danych, wartość robót budowlanych na rynku zamówień publicznych wynosiła w 2014 roku ponad 53 mld zł.

Mając na uwadze powyższe, oraz coraz większy poziom profesjonalizmu uczestników postępowań w trybie ustawy Pzp, w tym z możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej, Zamawiający niejednokrotnie staje przed trudnym wyborem sposobu rozliczania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy Pzp nie określają obligatoryjnego sposobu wynagrodzenia Wykonawcy robót budowlanych. Wobec tego, należy zastosować odesłanie zawarte w przepisie art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje, iż do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r., poz. 121 z późn. zm.), dalej jako „Kodeks cywilny”.

W przepisach Kodeksu cywilnego stronom umowy pozostawiono wybór sposobu wynagrodzenia. Strony umowy zgodnie z zasadą swobody umów określoną w przepisie art. 353¹ Kodeksu cywilnego, mogą go ukształtować według swojego uznania z ograniczeniami wynikającymi z właściwości stosunku, ustawy lub zasad współżycia społecznego.

Przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego wskazuje na podstawowy element, jaki dla swobody umów obligacyjnych ma kompetencja stron w zakresie kształtowania treści zobowiązania: „mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”^{*)}. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Szczecinie^{**)} „swobodę kontraktową stron mogą ograniczać tylko przepisy mające charakter *iuris cogentis*, co oznacza, że nie jest dopuszczalne takie ustalenie treści stosunku zobowiązaniowego lub jego celu, wskutek którego dochodziłoby do naruszenia takich przepisów. Innymi słowy granica swobody umów kończy się tam gdzie postanowienie umowy narusza przepis o wspomnianym charakterze. Jako *iuris cogens* traktować należy nie tylko te przepisy, z których redakcji wyraźnie wynika ich bezwzględnie obowiązujący charakter, lecz także te, których treść jest wyrazem zasady moralnej, wyraża intencję ochrony porządku publicznego lub odzwierciedla istotny cel społeczno-gospodarczy. Cel umowy sprzeczny z prawem nie musi być celem wspólnym dla obu stron, wystarczy, że do jego osiągnięcia dąży jedna ze stron umowy, a druga jest tego świadoma lub – biorąc pod uwagę okoliczności zawarcia umowy oraz jej treść – powinna być świadoma”.

Należy jednak zauważyć, że przepisy ustawy Pzp stanowią *lex specialis* wobec przepisów Kodeksu cywilnego. Niniejsze przejawia się choćby we wzmocnieniu pozycji Zamawiającego – jako gospodarza postępowania – wobec Wykonawcy w kontekście możliwości stron w obrocie gospodar-

*) uchwała SN z dnia 9 października 1991 r., sygn. akt III CZP 94/91

**) wyrok SA w Szczecinie z dnia 2 października 2014 r., sygn. akt I ACa 381/14

czym. W związku z tym, równość Wykonawcy względem Zamawiającego ulega pewnym ograniczeniom. Jak wskazała KIO^{*)} „ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera ograniczenia zasady swobody zawierania umów. Zamawiający – w myśl przepisów tej ustawy – ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia. Przedmiotowe ograniczenia dotyczą m.in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy”. W innym wyroku KIO^{**)} wskazała, że „przede wszystkim należy zauważyć, iż realizacja zasady swobody umów nie przejawia się zawsze równorzędnością stron cywilnoprawnej umowy. Zasada swobody umów może podlegać jedynie pewnym modyfikacjom, jeżeli treść lub cel umowy pozostają w sprzeczności z właściwością (naturą), ustawą, zasadom współżycia społecznego. Odwołujący nie udowodnił istnienia powyższych przesłanek określonych w cytowanym przepisie. Według Izby powoływanie się na zasady współżycia społecznego w obrocie gospodarczym, w którym występuje profesjonalny podmiot mają bardzo ograniczone działanie. Natomiast istnienie w kontrakcie niekorzystnych postanowień, które mogą mieć wpływ na cenę dostawy i osiągnięty przez Wykonawcę zysk nie stanowią o tym, iż postanowienia te są wymierzone przeciwko zasadom współżycia społecznego. Wszystkie te okoliczności związane z ryzykami kontraktowymi Wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, są z reguły brane przez nich pod uwagę przy sporządzaniu oferty, a na ich podstawie dokonują oni kalkulacji ceny, co jest powszechną praktyką stosowaną w obrocie gospodarczym”.

Stwierdzić w tym miejscu należy, że umowa w sprawie zamówienia publicznego posiada w pewnym stopniu charakter umowy adhezyjnej, a więc takiej, w której jedna strona przyjmuje warunki narzucone przez drugą. Zazwyczaj to Zamawiający dyktuje prawie wszystkie postanowienia umowy (w szczególności kary umowne, terminy realizacji, odstąpienie, możliwość zmian umowy), Wykonawca zaś może jedynie wnioskować o ich zmianę – decyzja w tej mierze należy jednak wyłącznie do Zamawiającego. Z drugiej strony Wykonawca dyktuje cenę, a po wielokroć ma również możliwość określenia terminu gwarancji lub terminu wykonania zamówienia. Należałoby w tym kontekście wskazać na szczególny przypadek umów zawieranych w trybach niekonkurencyjnych, szczególnie w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdzie adhezyjność umowy nie jest tak oczywista, a równowaga stron wyraźniejsza.

*) wyrok KIO z dnia 24 maja 2012 r., sygn. akt KIO 974/12

**) wyrok KIO z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 225/11

2. Wynagrodzenie kosztorysowe

Jak już wskazano powyżej, strony mogą swobodnie kształtować stosunek prawny (treść umowy). Dodatkowo, zarówno ustawa Pzp, jak i przepisy ustawy Prawo budowlane oraz Kodeksu cywilnego nie zawierają regulacji nakładających na Zamawiającego obowiązek przyjęcia w umowie określonego rodzaju wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy. W przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, istnieje możliwość wyboru spośród dwóch podstawowych rodzajów wynagrodzeń – kosztorysowego i ryczałtowego. W ramach przedmiotowej analizy, z racji przyjętego tematu rozważań, poruszać będziemy się jedynie w ramach wynagrodzenia kosztorysowego.

Definicja wynagrodzenia kosztorysowego zawarta została w przepisie art. 629 Kodeksu cywilnego, który wskazuje, iż jeżeli strony określiły wynagrodzenie na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, a w toku wykonywania dzieła zarządzenie właściwego organu państwowego zmieniło wysokość cen lub stawek obowiązujących dotychczas w obliczeniach kosztorysowych, każda ze stron może żądać odpowiedniej zmiany umówionego wynagrodzenia. Nie dotyczy to jednak należności uiszczonej za materiały lub robociznę przed zmianą cen lub stawek.

Odmienne niż w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, wynagrodzenie kosztorysowe powinno dotyczyć robót budowlanych trudniejszych, bardziej złożonych. Jednocześnie, wynagrodzenie kosztorysowe nie jest najbardziej popularnym rodzajem wynagrodzenia stosowanym przez Zamawiających w rozliczeniach robót budowlanych, choć umożliwiającym urealnienie wysokości wynagrodzenia do rzeczywistego zakresu i kosztów wykonanych robót. Jest to wynagrodzenie opierające się na przewidywaniach dotyczących zakresu prac oraz kosztów ich wykonania, które nie są ostateczne i mogą ulec zmianie, stosownie do zmiany okoliczności wykonania umowy. Typowy kosztorys zatem, stanowi orientacyjny preliminarz przewidywanych kosztów wykonania robót budowlanych^{*)}.

Zatem kosztorys jest kluczowy do przyjęcia wynagrodzenia kosztorysowego. Jak wskazał Sąd Najwyższy^{**)}, „wynagrodzenie kosztorysowe jest to wynagrodzenie określone na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, co oznacza, że kosztorys powinien być sporządzony przed lub przy zawarciu umowy a nie po jej wykonaniu i na żadnej ze stron umowy nie spoczywa obowiązek sporządzenia kosztorysu powykonawczego (kosztorysów częściowych i kosztorysu ostatecznego)”. Najczęściej przyjmuje się, że kosztorys stanowi zestawienie (z reguły pisemne) potrzebnych do wykonania dzieła materiałów i nakładów pracy z podaniem ich cen jed-

^{*)} por. A. Brzozowski (w:) System prawa prywatnego, t. 7, 2004, s. 344-345

^{**)} w wyroku z dnia 30 lipca 2003 r., sygn. akt II CKN 361/01

nostkowych. Sporządzany on jest zwykle przed zawarciem umowy przez przyjmującego zamówienie i stanowi istotny element jego oferty. Wraz z zawarciem umowy kosztorys staje się jej integralnym elementem.

Zgodnie z treścią przepisu art. 630 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a zestawienie sporządził Zamawiający, przyjmujący zamówienie może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Jeżeli zestawienie planowanych prac sporządził przyjmujący zamówienie, może on żądać podwyższenia wynagrodzenia tylko wtedy, gdy mimo zachowania należytej staranności nie mógł przewidzieć konieczności prac dodatkowych. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Białymstoku^{*)}, „przypomnieć w tym miejscu należy, że wskazana w art. 630 § 1 zd. 2 k.c. zasada ma, zgodnie z zamiarem ustawodawcy, przeciwdziałać praktyce przedstawiania przez przyjmujących zamówienie zaniżonych kosztorysów (ofertowych), w celu zwiększania wynagrodzenia w trakcie wykonywania dzieła”.

Powyższa reguła doznaje modyfikacji na gruncie zamówień publicznych. Bowiem, jak wskazuje przepis art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zakres świadczenia Wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Natomiast przepis art. 140 ust. 3 rozstrzyga, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W takim przypadku, należy uznać, że pierwszeństwo mają przepisy ustawy Pzp determinujące możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki na roboty dodatkowe, oczywiście przy ziszczeniu się przesłanek ustawowych. Wskazać dodatkowo należy, że w żadnym wypadku Wykonawca (nawet w obrocie powszechnym) nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, jeżeli wykonał prace dodatkowe bez uzyskania zgody Zamawiającego. Przy czym – mając na uwadze publiczny charakter podmiotów udzielających zamówień – „zгода” winna być uprzednia i we właściwym trybie dokonana.

Z praktyki Kancelarii wynika jednak, iż wykształcił się zwyczaj ustalania wynagrodzenia kosztorysowego, z elementem wynagrodzenia ryczałtowego. Określając wynagrodzenie przyjmującego zamówienie, strony korzystają z zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, przy czym jednocześnie określają, że należne wynagrodzenie nie może przekroczyć przyjętego przez nie poziomu. W konsekwencji, konstrukcja umowy przewiduje jedynie możliwość obniżenia wynagrodzenia.

^{*)} w wyroku z dnia 19 grudnia 2014 r., sygn. akt I ACa 557/14

3. Kosztorysy

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 33 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych.

Szczególnie istotne znaczenie, już z punktu widzenia oceny złożonych ofert, ma zestawienie RMS (robocizna, materiały, sprzęt), bowiem to właśnie w tym dokumencie jest zwykle najwięcej błędów i braków, przy czym dane w nim przedstawione są kluczowe z punktu widzenia Zamawiającego. W przypadku ustalenia przez Zamawiającego wynagrodzenia kosztorysowego, Wykonawca zobowiązany jest dołączać kosztorys ofertowy do składanej oferty. Podstawą do sporządzenia kosztorysu ofertowego są projekty wykonawcze oraz przedmiary robót.

W związku z tym, należy zadać pytanie: jakim dokumentem, w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wykaz materiałów i robocizny. Czy należy go traktować jako szczegółowe wyliczenie ceny oferty, czy potwierdzenie oferowania robót budowlanych zgodnie z SIWZ, a może jeszcze jako inny dokument?

Ustawodawca, w przepisie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp wskazał, iż Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem, potwierdzeniem niekaralności Wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości oraz że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną, a także potrzebę zapewnienia ochrony informacji niejawnych, w przypadku zamówień wymagających tych informacji, związanych z nimi lub je zawierających, w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych.

Przepis ten zatem, odsyła do odpowiedniego aktu wykonawczego. Aktem tym jest – w obecnym stanie prawnym – rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te do-

kumenty mogą być składane^{*)}, dalej jako „rozporządzenie ws. dokumentów”. W przepisie § 6 ust. 1 wskazano, że:

W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający może żądać w szczególności:

- 1) próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego;
- 2) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
- 3) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań Wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli Zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich;
- 4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań Wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli Zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które Wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

Za tym nieco enigmatycznym przepisem, kryć się może odpowiedź na postawione wyżej pytanie. Jak wskazała KIO^{**)}, „każdorazowo zawarte w ofercie Wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem merytorycznej treści oferty. Zaoferowany przez Wykonawcę zakres świadczenia i sposób realizacji przedmiotu umowy, winien być zgodny z – opisanym w treści SIWZ i załącznikami do niej – przedmiotem zamówienia. Jednakże w przypadku przedmiotu zamówienia mamy w ustawie Prawo zamówień publicznych do czynienia ze specyficznymi regulacjami. Otóż Wykonawca w celu potwierdzenia, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane, spełniają wymagania określone przez Zamawiającego może przedkładać w ofercie własne oświadczenia (harmonogramy rzeczowo-finansowe, kosztorysy, plany, koncepcje, projekty itp.) oraz dokumenty własne lub wystawione przez podmioty trzecie (aprobaty techniczne, deklaracje zgodności, certyfikaty,

^{*)} Dz. U. poz. 231

^{**)} wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1714/10

specyfikacje techniczne, katalogi, foldery, itp.). Powyższe przykładowe pozycje są tylko częścią możliwych oczekiwań Zamawiającego w tym zakresie, gdyż zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia ws. dokumentów Zamawiający może żądać – w celu potwierdzenia, że oferowane przez Wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego – określonych dokumentów i oświadczeń. Jednakże powyższy przepis, na skutek poprzedzenia zawartego w jego treści wykazu zwrotem „w szczególności” wskazuje, iż wykaz ten ma jedynie charakter przykładowy – tj. nie stanowi on katalogu zamkniętego. (...) Składane wraz z ofertą dokumenty i oświadczenia wskazujące na rodzaj oraz właściwości oferowanych przez Wykonawców materiałów i urządzeń przewidzianych do realizacji robót budowlanych – stanowiących zasadniczy przedmiot zamówienia oraz przeznaczonych do trwałego wbudowania w obiekt budowlany należy zakwalifikować jako dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”.

Powyższa konstatacja została potwierdzona również w późniejszym wyroku KIO^{*)}, w którym wskazano, że „Robocizna, Materiały i Sprzęt oraz narzuty do tych kosztów są czynnikami, na podstawie których Wykonawca kalkuluje ceny jednostkowe pozycji kosztorysowych zgodnie z przedmiarem robót. Tak więc są one zagregowane w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego wykonanego w przypadku odwołującego metodą uproszczoną, która była również dopuszczona przez Zamawiającego. Zamawiający w toku badania i oceny oferty odwołującego nie zakwestionował prawidłowości wyliczeń cen jednostkowych, na co wskazał pośrednio w czynności odrzucenia oferty odwołującego wskazując, że nie może bez zestawienia RMS i narzutu do kosztów sprawdzić (wyliczyć) poszczególnych pozycji kosztorysu odwołującego.

Zresztą też uczestnik postępowania odwoławczego w swoim pisemnym stanowisku z dnia 7 kwietnia 2014 r. chcąc wykazać nie dotrzymanie warunku SIWZ w zakresie stosowania jednolitych: stawki roboczogodziny i narzutów do kosztów, stwierdził niemożność jednoznacznego sprawdzenia prawidłowości wyliczenia ceny jednostkowej w ofercie odwołującego. W efekcie uczestnik przedstawił symulacje z dwoma wariantami możliwości wnioskowania, co do kosztorysu odwołującego w zakresie podniesionej nieprawidłowości wyliczenia stawki jednostkowej opisaną zgodnie z przedmiarem robót.

Reasumując zestawienie RMS i narzutu do kosztów nie jest treścią oferty, ponieważ to w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego uproszczonego znajdują się stawki roboczogodziny, sprzętu, materiałów czy też

^{*)} wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 606/14

narzutów do tychże kosztów w postaci stawek kosztów pośrednich i zysku liczonych do R, M i S.

W związku z tym zestawienie stawek RMS i narzutu do tych kosztów wynikają z poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego (są wliczone do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego) i nie stanowią treści oferty. Tym samym ich brak, pomimo wymogu SIWZ, zobowiązuje Zamawiającego do wezwania do ich uzupełnienia, jako brakującego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy jako dokumentu potwierdzającego zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Tak więc Zamawiający w myśl sentencji wyroku jest zobowiązany do wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu zestawienia RMS i narzutu do kosztów. Tak uzupełniona oferta odwołującego może dopiero stanowić podstawę do sprawdzenia zgodności treści oferty w tym przypadku treści kosztorysu ofertowego uproszczonego z treścią SIWZ np.: co do stosowania jednolitych stawek cenotwórczych to jest R i wskaźników zastosowanych narzutów dla wszystkich wycenionych pozycji przedmiarowych w ramach jednego kosztorysu (punkt 13 podpunkt 7 SIWZ).

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, co do obowiązku stosowania art. 87 ust. 1 czy też art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sytuacji nie załączenia zestawienia RMS i narzutu do tych kosztów, ponieważ Zamawiający powinien zastosować się do treści art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp o czym zważono powyżej.”.

Powyższe wskazywać może jednoznacznie, iż wykaz materiałów i robocizny należałoby traktować jako dokument potwierdzający, że oferowane roboty budowlane spełniają wymagania SIWZ. Należy zauważyć jednak, że nie jest to utrwalona linia orzecznicza – o czym będzie mowa również w rozdziale 6.

4. Uzupełnienie oferty

Za idealny stan należałoby uznać sytuację, w której Wykonawca przedstawia wszystkie niezbędne, wymagane przez Zamawiającego dokumenty dotyczące danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym odpowiadają one swą treścią wszystkim wymaganiom Zamawiającego, a jednocześnie ich treść nie rodzi żadnych wątpliwości Zamawiającego.

Niestety, zdarzają się (i to nierzadko) przypadki, iż do oferty nie zostaje dołączony jeden lub kilka z wymaganych dokumentów (np. wykaz osób lub wykaz wykonanych robót budowlanych, referencje etc.). Wyjściem naprzeciw takim sytuacjom jest wprowadzony jedną z nowelizacji przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Stosowanie tego przepisu, pomimo dość bogatego dorobku orzeczniczego, nastrocza jednak wiele problemów praktycznych – przede wszystkim Zamawiającym, którzy często nie wiedzą jak wzywać Wykonawców do uzupełnienia dokumentów, a także, czy w danym konkretnym przypadku mogą lub wręcz powinni to uczynić, czy jednak nie mają do tego podstaw.

Zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, 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.

Procedura uzupełniania dokumentów na wezwanie Zamawiającego wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp i wszelkie odstępstwa i modyfikacje jej stosowania powinny wynikać wyłącznie z przepisów ustawy Pzp. W szczególności, sposób korzystania z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie może prowadzić do naruszenia zasad ogólnych ustawy Pzp dotyczących równego traktowania Wykonawców i przejrzystości postępowania. Nie może np. prowadzić do niejasności po stronie innych Wykonawców, jakie czynności w postępowaniu zostały w rzeczywistości podjęte przez Zamawiającego oraz z jakich czynności i dokumentów Zamawiający wywodził swe wnioski w trakcie oceny ofert w postępowaniu.

Jak wskazała KIO^{*)}, „procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 Pzp zezwala na jednokrotne wzywanie Wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu, zaś skutek nieuzupełnienia dokumentów w postaci wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu jest daleko idący. Konieczność precyzyjnego i jednoznacznego żądania obciąża Zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla Wykonawcy”.

Praktyka ta wykształciła się ze względu na trzy główne przesłanki. Pierwsza przyczyna to konieczność sprawnego (pojmowanego często-kroć jako szybkiego) prowadzenia postępowania w sprawach zamówień

^{*)} Wyrok KIO z dnia 26 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 277/15

publicznych a w konsekwencji wykonywania przez Zamawiających tylko czynności niezbędnych, do przeprowadzenia postępowania – czyli właśnie jednokrotne wezwanie do uzupełnienia brakujących dokumentów w określonym zakresie. Drugim powodem wykształcenia się takiej praktyki jest to, że aby wykazać prowadzenie postępowania zgodnie z należytą starannością należy dowieść, że Zamawiający dokonał czynności żądania uzupełnienia ofert, czyli dokonał tej czynności jednokrotnie. Wreszcie trzecią okolicznością wpływającą na taką praktykę jest samo orzecznictwo, w tym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyrokach nie można nakazać Zamawiającemu dokonania czynności ponad czynności prawnie uzasadnione. Orzeczenia mogą zapadać tylko w granicach nakazania jednokrotnego żądania uzupełnienia dokumentów, gdyż żaden przepis nie uprawnia do nakazania Zamawiającemu następnego/kolejnego żądania uzupełnienia tych samych dokumentów. Ponadto, w praktyce, tylko jednokrotne stosowanie do jednego zdarzenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika z powszechnie przyjętego poglądu, że przepis ten stanowi wyjątek w stosunku do reguły, iż całość oferty powinna być złożona przed upływem terminu składania ofert i późniejszej jej niezmienności, za wyjątkiem okoliczności unormowanych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo, KIO^{*)} wskazała, że „ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 Pzp sprowadza się do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia Wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre wnioski, ale w wyniku niedopatrzienia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków, choć na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Wskazuje się przy tym, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument służący innym celom, aniżeli wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, względnie uzupełnienie brakującego pełnomocnictwa. Zasadą jest równe traktowanie Wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle; traktowane jako wyjątek od zasady, nie pozwalający na szersze, aniżeli wynikające z jego zakresu, zastosowanie”.

W konsekwencji, pomimo faktycznie istniejącej „drugiej szansy” na przedłożenie wymaganych (wraz z ofertą) dokumentów, należy w praktyce mieć na względzie, że mechanizm uzupełnienia dokumentów jest wyjątkiem od zasady, ze wszystkimi tego konsekwencjami.

^{*)} w wyroku z dnia 20 lutego 2015 r. sygn. akt 242/15

5. Odrzucenie treści oferty

Zgodnie z treścią przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas, gdy zaoferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, a co oznacza, iż niezgodność treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ. Tak więc dotyczy ona wyłącznie treści merytorycznej oferty, a nie jej formy. Wskazać należy jednocześnie na ugruntowaną linię orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej z której wynika, że Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis pozwala Zamawiającemu na żądanie od Wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań. Wobec tego Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Stwierdzić należy w sposób jednoznaczny, że Zamawiający nie może domniemywać, że określony Wykonawca wykona w całości przedmiot zamówienia, mimo iż tego nie potwierdził w ofercie. Dlatego też Zamawiający nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę że, skoro – zgodnie z definicją zawartą w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego – oferta to oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy, treścią oferty będzie treść owego oświadczenia. Przy czym treść ta może być rozumiana dwojako – jako przedmiot i sposób wykonania umowy lub jako to, co znajduje się w oświadczeniu („co napisano”). Problem w praktycznym stosowaniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp następuje w przypadku, gdy strony oraz inne podmioty zapoznające się z ofertą (oświadczeniem) mają przekonanie, że Wykonawca zaoferował pełne wykonanie przedmiotu zamówienia, w sposób wymagany przez Zamawiającego, natomiast nie znajduje to odzwierciedlenia *expressis verbis* w pisemnej treści oferty. Zatem można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża Wykonawca (i przez jej złożenie na siebie przyjmuje) z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje Zamawiający (i które opisał w SIWZ). Ewentualnie,

na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu zobowiązania w ofercie.

Przytoczyć w tym miejscu należy wyrok KIO^{*)}, w którym wskazano, iż „podstawę do odrzucenia oferty – z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – może stanowić jedynie treść merytoryczna danej oferty. Podstawa do stwierdzenia niezgodności ze specyfikacją może zatem wynikać, np. z zaproponowania przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji odmiennego od wymaganego przez Zamawiającego. Uchybienia dotyczące formy oferty nie mogą zatem stanowić podstaw do jej odrzucenia. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba za nieistotne uznała uchybienia polegające na braku numeracji stron, braku pieczęci, braku sformułowania „za zgodność z oryginałem” czy braku stwierdzenia „potwierdzam” na dokumencie zawierającym tłumaczenie z języka obcego”. Co więcej, „niedopuszczalne jest stwierdzanie niezgodności oferty, wbrew jej treści, wyłącznie na podstawie informacji ze stron internetowych, które co do zasady mają charakter poglądowy, informacyjny, nieskierowany do konkretnego adresata – w przeciwieństwie do skonkretyzowanego, adresowanego do Zamawiającego i wiążącego odwołującego oświadczenia woli wyrażonego w złożonej ofercie”^{***)}.

Bardzo ciekawą sytuację – z punktu widzenia przedmiotowej analizy – rozpatrywała KIO w sprawie o sygnaturze KIO 1902/13^{***)}. Izba orzekła, iż „dopuszczalność wyceny przez Wykonawcę pewnego elementu zamówienia (pozycji kosztorysowej) za 0 zł, należy oceniać w konkretnych okolicznościach sprawy, mając na uwadze treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) oraz charakter zamówienia. W rozpatrywanym stanie faktycznym, mając na względzie przywołane wyżej postanowienia SIWZ Izba uznała, że podanie w poz. 319 kosztorysu ofertowego oraz poz. 270 zestawienia materiałów wartości 0 zł za indywidualne programatory naścienne oraz serwer webowy było dopuszczalne. Nie można podzielić stanowiska zaprezentowanego przez odwołującego, że przez podanie wartości 0 zł doszło do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Podniesiony przez odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do merytorycznego aspektu zaoferowanego świadczenia i merytorycznych wymagań postawionych przez Zamawiającego. Podanie w jednej pozycji kosztorysu wartości 0 zł nie wywołuje skutku w postaci niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, szczególnie w sytuacji gdy Zamawiający określając postanowienia SIWZ nie zawęził możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł w SIWZ skutku

*) wyrok KIO z dnia 28 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 209/08

**) wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 82/14

***) wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2013 r., sygn. akt 1902/13

w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0 zł. Izba wskazuje, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego.

Podanie w pozycji 319 kosztorysu ofertowego wartości 0 zł nie świadczy o tym, że Wykonawca nie zaoferował wykonania tej pozycji i nie wywiąże się z jej realizacji.

Jak słusznie wskazał przystępujący złożona przez niego oferta obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, w tym również dostawę programatorów naściennych oraz serwera webowego w ilości wymaganej przez Zamawiającego.

Niezasadnym jest także powoływanie się przez odwołującego na podobny, jego zdaniem, błąd w kosztorysie ofertowym Wykonawcy W. Abstrahując od zasadności czynności polegającej na odrzuceniu oferty W., jako kwestii nie objętej niniejszym odwołaniem, Izba wskazuje, że o podobnych błędach w kosztorysach W. i S. można mówić jedynie w przypadku podania przez W. wartości 0 zł w pozycji 878 – izolacje cieplne i przeciwdźwiękowe. Odwołujący zdaje się pomijać kwestię braku ujęcia w kosztorysie ofertowym W. trzech innych pozycji kosztorysowych tj. uzupełnianie tynków zwykłych, oznakowanie p.poż. oraz wyposażenie budynku w gaśnice. Niezgodności tego typu, odmiennie niż podanie wartości 0 zł, mają charakter merytoryczny, odnoszą się bowiem za zakresu świadczenia Wykonawcy.

Podkreślić należy, że oferta przystępującego S. S.A. jest ofertą odpłatną, a cena podana przez niego w ofercie odpowiada rozumieniu pojęcia ceny określonego w art. 2 pkt 1 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.). Jednakże, jest to pojedynczy wyrok, który stara się przełamać obowiązującą linię orzeczniczą w tym zakresie. W związku z czym, stosowanie go w praktyce może narazić Wykonawcę i Zamawiającego na negatywne konsekwencje, gdy sprawę w KIO rozpatrywałby inny skład orzekający.

6. Uzupełnianie wykazu materiałów i robocizny

Jak rozpatrywano w rozdziale 3 niniejszego opracowania, istnieje możliwość uznania wykazu materiałów i robocizny za różnego rodzaju dokumenty wymagane przez Zamawiającego. Niemożliwym jest uchwycenie tego dokumentu jako jednego typu i zakwalifikowanie go do jednej z grup. Powyższe problemy, w równej mierze, dotyczą i Zamawiających i Wykonawców. Niemniej jednak, to zdecydowanie częściej Wykonawcy ponoszą negatywne konsekwencje takiego stanu rzeczy. W przypadku każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy ostrożnie zbadać, jak traktu-

je Zamawiający ten wykaz. Dodatkowo, w razie jakichkolwiek wątpliwości, Wykonawca może skierować odpowiednie pytanie do Zamawiającego w tym przedmiocie.

Orzecznictwo KIO także w tym zakresie wygenerowało szereg wskazówek praktycznych. Wydaje się bowiem, że została wykształcona jednolita linia orzecznicza w przedmiotowym zakresie. Przywołać w tym miejscu należy wyrok KIO^{*)}, gdzie Izba wskazała, iż „wbrew twierdzeniom odwołującego Zamawiający nie przewidział kosztorysu ryczałtowego, ale zgodnie z pkt 10.1 SIWZ określił wynagrodzenie jako wynagrodzenie kosztorysowe i wskazał, że rozliczenie w ramach wykonania umowy nastąpi na podstawie cen i stawek jednostkowych określonych kosztorysem. Jako element kosztorysu wskazano wykaz cen: materiałów robocizny i sprzętu. Wykaz ten był zatem częścią kosztorysu zdefiniowanego przez Zamawiającego. W ramach pozycji przedmiaru kalkulacje sporządzono metodą uproszczoną agregując pozycje, zatem z poszczególnych pozycji samego przedmiaru wypełnionych przez Wykonawcę, Zamawiający nie byłby w stanie rozliczyć zamówienia, w przypadku rozbieżności pomiędzy przedmiarem, a dokonanym w wyniku wykonania robót obmiarem. Dla rozliczenia zamówienia Zamawiającemu był zatem niezbędny wymagany wykaz cen (...). Zamawiający w sposób jasny i konkretny zawarł wymóg załączenia do oferty jako części składowej kosztorysu wykazu cen. Fakt, iż w poprzednich postępowaniach, w których odwołujący brał udział wynagrodzenie miało inny charakter, lub Zamawiający postawił inne wymagania nie stanowi okoliczności sanującej dla braków oferty odwołującego. Uchybienie zatem przez odwołującego i nie złożenie takiego dokumentu nie może być traktowane jako omyłka formalna, lub brak dokumentu, który podlega uzupełnieniu w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy jak dokumentu w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, ale wyłącznie jako treść oferty nieodpowiadająca treści SIWZ. Wykaz cen nie może służyć potwierdzeniu wymagań określonych dla robót budowlanych przez Zamawiającego, a może służyć wyłącznie informacji o zaoferowanych cenach. Słowo „powinien”, w ocenie Izby oznacza obowiązek, a nie uprawnienie”.

W innym wyroku KIO^{**)} wskazała, iż „Izba uznała, iż tego rodzaju zapisy SIWZ w rozpatrywanym przypadku wskazywały, iż wykaz materiałów, sprzętu i robocizny miał dla Zamawiającego znaczenie pod kątem merytorycznej oceny zawartości złożonej oferty. Tym samym w ocenie Izby nie ma wątpliwości, iż Zamawiający wymagał aby wraz z ofertą Wykonawca załączył wykaz materiałów, sprzętu i robocizny. W związku z powyższym Zamawiający zgodnie z ustawą odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie

*) wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 103/11

**) wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2541/10

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że zgodnie z § 3 ust. 5 projektu umowy, wartość robót dodatkowych będzie ustalona na podstawie kosztorysu sporządzonego przez Wykonawcę i zatwierdzonego przez Inspektora nadzoru; podstawą sporządzenia kosztorysu będą ceny jednostkowe określone w kosztorysie ofertowym. W przypadku braku odpowiednich cen jednostkowych, wycenę robót dodatkowych należy sporządzić w oparciu o cenniki KNNR, nośniki cenotwórcze określone w ofertowym wykazie cen czynników produkcji oraz ceny materiałów według cen zakupu, które nie mogą być wyższe od średnich cen publikowanych w wydawnictwie „Sekocenbud” w okresie wbudowania.

Biorąc pod uwagę powyższy zapis § 3 ust. 5 projektu umowy, wykaz materiałów, sprzętu i robocizny stanowił według powyższych zapisów treść oferty a jego brak mógł jedynie spowodować odrzucenie oferty Odwołującego.

Ponadto Zamawiający w sposób jasny i klarowny określił w SIWZ co powinien zawierać kosztorys, który to stanowił element oferty. Tym samym należy stwierdzić, że wymagany przez Zamawiającego wykaz materiałów, sprzętu i robocizny miał znaczenie merytoryczne dla Zamawiającego, a więc jego brak z punktu widzenia wymogów co do treści, a nie formy oferty, stanowi wyłącznie podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego.”. Przyjmując taką argumentację, w każdym przypadku, gdy mamy do czynienia z wynagrodzeniem o charakterze kosztorysowym, Zamawiający byłby zobowiązany odrzucić ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, gdyby Wykonawca nie dołączył wykazu materiałów i robocizny lub wykaz ten nie był całkowicie uzupełniony. Wskazać w tym miejscu należy, iż takie stanowisko może być uznane za bardzo niekorzystne dla Wykonawców, częstokroć eliminując ich ofertę z postępowania o udzielenie zamówienia.

Niestety, z punktu widzenia Wykonawców, wydaje się, że takie rozumowanie jest całkowicie uzasadnione. O ile – abstrahując od konkretnego stanu faktycznego – można prowadzić rozważania, czy tego rodzaju dokument w ogóle podlega uzupełnieniu, czy też wyraża on treść oferty sensu stricto, a przez to – że takie uzupełnienie stanowiłoby zmianę treści oferty, dostrzeżenia wymaga, że kosztorys na gruncie konkretnego postępowania o zamówienie publiczne ma takie znaczenie, jakie nada mu Zamawiający.

Powyższe potwierdza wyrok KIO, gdzie wskazano, że „zgodzić się można z Odwołującym, że SIWZ w sposób wyraźny nie wskazywała na obowiązek zawarcia w kosztorysie dokumentu tytułowanego „Wykaz materiałów i urządzeń” – wynika to jedynie z treści przedmiarów opracowanych przez Zamawiającego składających się na SIWZ, w ramach których – w odniesieniu do części przedmiarów – zawarto wykazy materiałów i urządzeń. Powyższe jednak – w zestawieniu z obowiązkiem złożenia kosztorysu szczegółowego, co istotne, służącego potwierdzeniu, że oferowane przez Wykonawców ma-

teriały i urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym w dokumentacji projektowej – powinno jednak być dla Wykonawców wystarczającą informacją, że należy złożyć taki kosztorys, który umożliwi identyfikację zaplanowanych do wykonania zamówienia materiałów i urządzeń, a następnie ich ocenę pod kątem spełnienia wymagań opisanych w dokumentacji. Niezależnie zatem od sposobu prezentacji – czy to poprzez załączenie Wykazu materiałów i urządzeń, czy to poprzez zawarcie w kosztorysie ofertowym szczegółowych danych co do materiałów i urządzeń, jakie Wykonawca planuje zastosować, takich które pozwolą na ocenę czy oferowane materiały i urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym w dokumentacji projektowej – kosztorys ofertowy musiał zawierać tego rodzaju informacje^{*)}.

Jak zatem można wywieść z dorobku orzeczniczego KIO, Izba jednoznacznie traktuje wykaz materiałów i robocizny jako dokument potwierdzający, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Co prawda, zdarzają się pojedyncze wyroki traktujące o tym, że oferta winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp (zawiera błąd w obliczeniu ceny), a także, że wykaz RMS można uzupełnić. Niemniej jednak, są to wyjątki, choć przejawiają pewną awangardę. Być może, w perspektywie czasu, linia orzecznicza zmieni się i Wykonawcy będą mogli uzupełniać wykaz materiałów i robocizny. W obecnym stanie prawnym oraz przy uwzględnieniu aktualnej linii orzeczniczej, powyższe jest – co do zasady – ryzykowne.

7. Podsumowanie

Rekapitulując rozważania poczynione w ramach niniejszej analizy, stwierdzić należy, iż uzupełnianie – w tym również samodzielne (bez uprzedniego wezwania Zamawiającego) – wykazu materiałów i robocizny, w przypadku ustanowienia wynagrodzenia kosztorysowego, nie jest dopuszczalne, a braki takiego wykazu lub jego niedołączenie do oferty skutkować będą odrzuceniem oferty Wykonawcy. W związku z powyższym, Wykonawca chcący wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane winien, każdorazowo:

- 1) ocenić, jakie wynagrodzenie zostało przyjęte przez Zamawiającego (sprawdzić SIWZ oraz wzór umowy);
- 2) sprawdzić dokładnie, złożenia jakich dokumentów żąda Zamawiający;
- 3) wnosić o wyjaśnienie treści SIWZ, w razie powstania jakichkolwiek wątpliwości;
- 4) sprawdzać na bieżąco aktualność oczekiwań Zamawiającego w danym postępowaniu.

*) Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1792/13

Jeżeli Zamawiający zastosował wynagrodzenie kosztorysowe, Wykonawca powinien w tym momencie zwrócić szczególną uwagę na poprawne i całościowe wypełnienie wykazu materiałów i robocizny. W ten sposób bowiem, nie doprowadzi do sytuacji, że Zamawiający będzie zmuszony do odrzucenia jego oferty.

Dariusz ĆWIK – Radca prawny, Partner Zarządzający w Kancelarii Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Spółka Partnerska w Warszawie. W latach 2004-2007 orzekał, jako Przewodniczący Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych. Arbiter Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie. Specjalizuje się w prawie zamówień publicznych, prawie cywilnym i prawie autorskim, obsługuje także projekty finansowane ze środków UE. Posiada wieloletnie doświadczenie w doradztwie prawnym na rzecz podmiotów z sektora publicznego, w tym ochrony zdrowia, także z sektora prywatnego. Z powodzeniem reprezentuje klientów m.in. przed Krajową Izbą Odwoławczą, sądami powszechnymi czy Główną Komisją Orzekającą ds. Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Finansów. Świadczył usługi prawne m.in. dla MIR, MKiDN, MS, Centrali ZUS, szpitali warszawskich, GDDKiA oddział w Rzeszowie, Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, Centrali ARiMR, Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich, PARP, PGNiG.

Piotr PŁACISZEWSKI – Dyrektor Zarządzający w Kancelarii Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Spółka Partnerska w Warszawie. Specjalizuje się w prawie zamówień publicznych. Posiada wieloletnie doświadczenie w doradztwie w zakresie prawa zamówień publicznych na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarówno po stronie Wykonawcy, jak i Zamawiającego. Prowadzi również audyt oraz kontrolę postępowań o zamówienia publiczne oraz sporządza opinie prawne w zakresie Prawa zamówień publicznych. Z powodzeniem reprezentuje klientów przed Krajową Izbą Odwoławczą. Swoją praktyką i doświadczeniem zdobytym w zamówieniach publicznych dzieli się także z Zamawiającymi i Wykonawcami prowadząc szkolenia. Świadczył usługi prawne m.in. dla Centrali ARiMR, PKP S.A., Władzy Wdrażającej Programy Europejskie, MKiDN, szpitali, muzeów, filharmonii.