



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Hubert Nowak

DKZP.WKZ1.442.6.2026.KK
KND/5/23/DKZP

Wójt Gminy Ujsoty
Urząd Gminy Ujsoty
ul. Gminna 1
34-371 Ujsoty

Szanowny Panie Wójtce,
w odpowiedzi na pismo z dnia 13 lutego 2024 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 16 lutego 2024 r.), zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: **Budowa i modernizacja oświetlenia przestrzeni publicznej poprzez instalację lamp zasilanych odnawialnymi źródłami energii (numer postępowania: PN/13/2022)**, uprzejmie informuję, że podtrzymuję stanowisko dotyczące naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej jako: „ustawa Pzp”, oraz art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez niedozwoloną zmianę treści oferty, które miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ umożliwiło wybór oferty, która powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, wskazane w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ1.442.6.2023.KK.

Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach przedstawił swoje stanowisko, wskazując że nie zgadza się z przedstawionym w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* zarzutami jakoby w postępowaniu doszło do ww. naruszeń.

W pierwszej kolejności Zamawiający, powołując się na zapisy SWZ wraz z załącznikami wskazał, że z postanowień powyższych dokumentów zamówienia niewątpliwie wynika, iż dla potrzeb rozliczenia przedmiotowego zamówienia, przewidziane zostało wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym.

Zamawiający podkreślił również, że mając na uwadze powyższe uzasadnione będzie stanowisko, iż dla wysokości wynagrodzenia określonego w formie ryczałtu, nie mają znaczenia faktycznie poniesione przez wykonawcę koszty. Jest to wynagrodzenie przyjęte z góry bez przeprowadzania szczegółowej analizy jakichkolwiek kosztorysów czy kalkulacji. Wynika z tego, że wykonawca nie ma obowiązku załączać do oferty zestawienia prac i materiałów. W razie zaś jego załączenia, dokument nie może być podstawą do kwestionowania czy odrzucenia jego oferty przez zamawiającego. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy ukształtowane przez Zamawiającego warunki zamówienia (w szczególności projektowane postanowienia Umowy) w ogóle nie przywołują kosztorysu ofertowego jako dokumentu, który jest niezbędny do wykonania zobowiązań umownych Wykonawcy.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Zamawiający wskazał, że w opinii Prezesa UZP z dokumentacji postępowania wynika, że tabela cen jednostkowych w tej sprawie nie jest elementem pomocniczym, nieistotnym z punktu widzenia wynagrodzenia, gdyż stanowi podstawę skorzystania z dyspozycji zawartej w § 11 ust. 5 Wzoru umowy zgodnie z którym w przypadku, gdy ze względów niezależnych od stron w szczególności braku możliwości dokonania montażu poszczególnych lamp w danej lokalizacji i niezrealizowania z tego powodu całego zakresu rzeczowego, wykonawca otrzyma wynagrodzenie za rzeczywistą liczbę dostarczonych i zamontowanych lamp za cenę odpowiadającą iloczynowi dostarczonych i zamontowanych lamp i ich ceny jednostkowej wyliczonej w oparciu o cenę ofertową. W ocenie Zamawiającego, z wykładni regulacji § 11 ust. 5 Projektu Umowy nasuwa się inny wniosek. Jak wynika z literalnego brzmienia powyższej regulacji Projektu Umowy, rzeczywistą kwotę wynagrodzenia wylicza się jako iloczyn „dostarczonych i zamontowanych lamp” i „ceny jednostkowej wyliczonej w oparciu o cenę ofertową”. Nie ma tu żadnego odniesienia się do kalkulacji cenowej zawartej w tabeli cen jednostkowych określonych w Formularzu ofertowym, a jedynie do ceny ofertowej. Przyjmując ryczałtowy charakter wynagrodzenia zastosowany w przedmiotowym zamówieniu, przez „cenę ofertową” przyjmuje się cenę globalną podaną przez Wykonawcę za wykonanie zamówienia, a zatem kwotę określoną w pkt 3 lit. a), b) i c) Formularza oferty, a nie ceny jednostkowe zawarte w tabeli poniżej wskazanego pkt 3 lit. a), b) i c) tegoż Formularza. Ustalenie „ceny jednostkowej wyliczonej w oparciu o cenę ofertową” każdej dostarczonej i zamontowanej lampy w ramach zamówienia, nie nastręcza żadnej trudności, bowiem cenę ofertową dzieli się przez ilość lamp, jakie miały zostać dostarczone i zamontowane. Przyjmując ofertę Wykonawcy, tak określona cena jednostkowa wyniosłaby:

$2\ 380\ 000,00\ \text{PLN (cena ofertowa)} / 400\ \text{sztuk (ilość lamp, zgodnie z treścią rozdziału II pkt 1 i 2 SWZ)} = 5\ 950,00\ \text{PLN za jedną dostarczoną i zamontowaną lampę.}$

Nie można zatem zgodzić się ze stwierdzeniem Prezesa UZP, jakoby „tabela cen jednostkowych w tej sprawie nie jest elementem pomocniczym, nieistotnym z punktu widzenia wynagrodzenia, gdyż stanowi podstawę skorzystania z dyspozycji zawartej w § 11 ust. 5 Wzoru umowy”, bowiem - jak wynika z literalnego brzmienia § 11 ust. 5 Projektu Umowy - tabela ta nie miała znaczenia dla końcowego rozliczenia zamówienia.

Zamawiający, mając na względzie postanowienia SWZ oraz załączników, w tym w szczególności Formularza oferty oraz Projektu Umowy uznał, iż zawarta w pkt 3 in fine Formularza oferty tabela cen jednostkowych miała jedynie walor pomocniczy, a zatem nie stanowiła elementu oferty określającego zobowiązanie Wykonawcy. Nie zmienia to jednak faktu, iż w takim wypadku - pomimo określenia wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym - tabela ta umożliwiła Zamawiającemu zbadanie oferty pod kątem ewentualnej rażąco niskiej ceny.

W kontrolowanym postępowaniu, Zamawiający wezwał Wykonawcę S do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, właśnie z uwagi na rażąco zaniżone podstawy kalkulacji ryczałtowej ceny ofertowej, przedstawione w tabeli zawartej w pkt 3 in fine Formularza oferty.

Zamawiający wskazując ponownie na fakt, iż tabela cen jednostkowych zawarta w pkt 3 Formularza oferty nie stanowiła oferty określającego zobowiązanie Wykonawcy, a miała jedynie walor pomocniczy i informacyjny, wskazał, że dla „czystości procedowania”, biorąc pod uwagę, że przedmiotowa tabela zawarta była w Formularzu ofertowym, postanowił poprawić tą tabelę w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Zamawiający podkreślił, że dokonując poprawy innej omyłki w ofercie Wykonawcy S dochował wymogom zawartym w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy pzp, ponieważ:

1. błędne wypełnienie przez Wykonawcę tabeli zawartej pkt 3 in fine Formularza oferty, było nieintencjonalnym, niecelowym działaniem Wykonawcy powodującym powstanie niezgodności w treści oferty. O fakcie tym niewątpliwie świadczy ryczałtowa cena oferty wskazana w pkt 3 lit.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

- a), b) i c) in principio Formularza oferty, która nie wynika z kalkulacji przedstawionej przez Wykonawcę w tabeli cen jednostkowych;
2. omyłka ta - choć nie dotyczy części oferty stanowiącej zobowiązanie Wykonawcy - stanowi niezgodność z dokumentami zamówienia, bowiem Zamawiający wymagał wypełnienia - dla celów pomocniczych i informacyjnych - przedmiotowej tabeli cen jednostkowych, czemu dał wyraz w samej treści załącznika nr 1 do SWZ - Formularzu oferty;
 3. dokonana zmiana treści tabeli nie spowodowała istotnych zmian w treści oferty, rozumianej jako oświadczenie woli Wykonawcy stanowiące o zakresie zobowiązania, a wręcz nie spowodowała żadnych takich zmian. Wynika to z faktu - wobec ryczałtowego wynagrodzenia - że Wykonawca podał cenę oferty brutto w pkt 3 lit. a), b) i c) in principio Formularza oferty, która w wyniku dokonanej poprawy nie uległa zmianie.

Zamawiający podkreślił również, że dokonana poprawa Formularza oferty, w zakresie tabeli zawartej pkt 3, została dokonana w oparciu o informacje podane przez Wykonawcę w samym formularzu oraz w oparciu o informacje wynikające ze złożonych przez niego wyjaśnień w nadesłanych pismem z dnia 7 września 2022 r. Opieranie się również na treści wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego, przy dokonywaniu poprawy innych omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy pzp, w orzecznictwie KIO uznawane jest za dopuszczalne. Przykładowo w wyroku z dnia 10 stycznia 2022 r., KIO 3722/21, Izba uznała, że „skorzystanie przez zamawiającego z wyjaśnień wykonawcy może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Należy odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na nieoczywisty charakter tzw. innych omyłek, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione.”

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający nie zgadza się ze stwierdzeniem Prezesa UZP zawartym w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, że przedstawiony przez Zamawiającego sposób wyliczenia „Wskaźnika wzrostu ceny jednostkowej” na poziomie 11,76(4) % nie jest równoznaczny z zyskiem wskazanym w wyjaśnieniach przez Wykonawcę na poziomie 10,53 %. Dokonanie przez Zamawiającego powyższej zmiany wiązało się z przeprowadzeniem szeregu obliczeń matematycznych nie wynikających jednoznacznie z woli Wykonawcy wskazanej w wyjaśnieniach z dnia 7 września 2022 r.

Zamawiający zgodził się ze wskazaniem Prezesa UZP, że w celu wyliczenia ceny jednostkowej poszczególnych elementów Zamawiający musiał sam dokonać wyliczenia „Wskaźnika wzrostu ceny jednostkowej” dla każdej pozycji, a co za tym idzie dokonać wyliczenia ceny jednostkowej, jednakże wyliczenia te oparte były wyłącznie na wartościach wynikających z Formularza oferty Wykonawcy oraz złożonych przez niego wyjaśnień z dnia 7 września 2022 r. Zamawiający wskazał, że przepis art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, nie miarkuje, ani nie wyznacza granic możliwości dokonania poprawy innej omyłki poprzez czasochłonność i złożoność pracy w samym procesie dokonywania poprawy. Istotą dokonania poprawy omyłki - bez względu na ilość i złożoność podejmowanych działań przez Zamawiającego - jest doprowadzenie do zgodności oferty z dokumentami zamówienia, nie dokonując istotnej zmiany treści oferty, tj. wpływającej na oświadczenie woli Wykonawcy. Samo zaś zastosowanie działań matematycznych, nawet złożonych, per se nie oznacza automatycznie, że miała miejsce ingerencja w treść oferty Wykonawcy, wykraczająca po za ramy wyznaczone przez art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Na zakończenie powyższych wywodów, Zamawiający zwrócił uwagę, że pismem z dnia 21 września 2022 roku Wykonawca S oświadczył, że „W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 19.09.2022 r. dotyczące postępowania o numerze ref. PN/13/2022 pn.: „Budowa i modernizacja oświetlenia przestrzeni publicznej poprzez instalację lamp zasilanych odnawialnymi źródłami energii”, wyrażamy zgodę na poprawienie w ofercie powstałych omyłek.” Oświadczenie to potwierdziło prawidłowość wyliczenia cen jednostkowych w tabeli zawartej w Formularzu oferty zgodnie z pierwotną wolą Wykonawcy wyrażoną poprzez podanie globalnej ryczałtowej ceny ofertowej w pkt 3 lit. a), b) i c) *in principio* Formularza oferty.

Jak wskazał Zamawiający, nawet uznając, że dokonanie przez Zamawiającego w niniejszym stanie faktycznym poprawy treści tabeli zawartej w pkt 3 *in fine* Formularza oferty Wykonawcy - to i tak, okoliczność ta nie miała wpływu na wynik postępowania, bowiem brak było podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy S, w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy pzp. Jak już wskazano wcześniej, w niniejszym postępowaniu zastosowano wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym, przez co kalkulacja przedstawiana przez wykonawców w powyższej tabeli miała jedynie walor pomocniczy i informacyjny, nie stanowiący zakresu zobowiązania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający stwierdził, iż *nawet błędnie wypełniona przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu tabela cen jednostkowych zawarta w pkt 3 in fine Formularza oferty, nie dawała Zamawiającemu podstaw do odrzucenia takiej oferty Wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy pzp, co wynika z faktu zastosowania wynagrodzenia ryczałtowego oraz braku nadania tej tabeli przez postanowienia dokumentów zamówienia rangi merytorycznej treści oferty, tj. wpływającej na zakres zobowiązania Wykonawcy. Uznając zatem, że Zamawiający przekroczył granice dopuszczalności poprawy omyłki, w trybie art. 223 ust. 1 pkt 3) ustawy pzp - choć w ocenie Zamawiającego taka okoliczność nie miała miejsca w niniejszym postępowaniu - to i tak ewentualne uchybienie powyższemu przepisowi ustawy pzp nie miało wpływu na wynik postępowania*

Odnosząc się do powyższego należy podkreślić, że Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach opiera swoją argumentację na twierdzeniu, zgodnie z którym z zapisów SWZ wraz z załącznikami niewątpliwie wynika, iż dla potrzeb rozliczenia przedmiotowego zamówienia przewidziane zostało wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym.

Odnosząc się do powyższego należy podkreślić, że obok wynagrodzenia kosztorysowego i ryczałtowego możliwe jest również wynagrodzenie mieszane polegające na określeniu wynagrodzenia w sposób ryczałtowy wraz z zastrzeżeniem, że za część prac należy się wynagrodzenie kosztorysowe. Z analizy dokumentacji postępowania wynika, że w niniejszym postępowaniu przewidziane zostało wynagrodzenie mieszane.

Zgodnie z rozdziałem XI pkt 2 SWZ *cena podana w ofercie, musi być ceną ostateczną, kompletną, jednoznaczną, nadto musi uwzględniać: wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego w niniejszej SWZ, wszelkie zobowiązania Wykonawcy oraz, obejmować wszystkie ewentualne dodatkowe stanowiące ryzyko Wykonawcy koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz, zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji całości przedmiotu zamówienia. Cena brutto oferty składanej przez osobę fizyczną, która nie prowadzi działalności gospodarczej powinna zawierać wszelkie składniki, które Zamawiający, zgodnie z obowiązującymi przepisami, zobowiązany byłby naliczyć i odprowadzić (wszelkie koszty pracownika i pracodawcy).*

Zgodnie z rozdziałem XI pkt 4 SWZ *za cenę oferty uważa się wartość wszystkich pozycji wymienionych w tabeli zawartej w Formularzu Oferty - to jest sumę poszczególnych pozycji z uwzględnieniem podatku VAT - cena brutto. Jeżeli Wykonawca nie jest płatnikiem VAT, w Formularzu Oferty zamiast stawki podatku VAT wpisuje formułę „nie jestem płatnikiem*



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

podatku VAT\ łączna cena ofertowa oferty winna wynikać z cen jednostkowych przedstawionych przez Wykonawcę w Formularzu Oferty.

Zgodnie z Rozdziałem VII SWZ Wykonawca miał przedłożyć wraz z ofertą m.in. wypełniony Formularz Oferty stanowiący załącznik nr 1 do SWZ, który wyglądał w sposób następujący: **oświadczam(y), że:**

1. Zapoznałem (liśmy) się z treścią SWZ zamówienia.
2. Gwarantuję (emy) wykonanie zamówienia zgodnie z treścią: SWZ, wyjaśnień do SWZ oraz jej modyfikacji.
3. Oferuję(emy) wykonanie przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem za cenę:
 - a) cena netto (bez VAT):
 - b) należny podatek VAT w wysokości %
 - c) cena brutto (z VAT):zawierające następujące instalacje oraz ceny jednostkowe:

Podstawa nakładu, opis pozycji, wyczerpanie ilości robót				
Podstawa nakładu, opis pozycji, wyczerpanie ilości robót	Ilość	Jedn.	jednostkowa netto	Wartość netto
1.1 KNR 2-01 0707-02 Wykopy ręczne o głębokości do 1,5 m wraz z zasypaniem gruntu kat. III - wykop pod słupy oświetleniowe /analogia/	168	m3		
1.2 KNR 5-24 0103-04 Fundamenty betonowe prefabrykowane dla słupów trakcyjnych, odpajanie gruntu mechanicznie, wykop o bezpiecznym nachyleniu skarp, objętość fundamentu do 1,50 m3	400	szt.		
1.3 KSNR5 1001-02 Montaż i stawianie słupów oświetleniowych o wysokości do 6m i masie do 300 kg	400	szt.		
1.4 KNNR5 1002-01 Montaż wysięgników rurowych, na słupie, wysięgnik do 15 kg (do 1,5m)	400	szt.		
1.5 KNNR5 1004-02 Montaż opraw oświetlenia zewnętrznego, na wysięgniku - oprawy	400	szt.		
1.6 KNNRW 5/1004/1 Montaż baterii słonecznych na słupie o mocy panelu w zakresie minimum 160- 200W /analogia/	400	szt.		
1.7 KNNRW 5/1004/1 Montaż regulatora z włącznikiem zmierzchowym /analogia/	400	szt.		
1.8 KNNRW 5/1004/1 Montaż skrzyni hermetycznej z akumulatorami poprzez wykopanie oraz obsadzenie w ziemi wraz z podłączeniem przewodów do lampy solarnej /analogia/	400	szt.		
1.9 Kalkulacja własna Demontaż istniejących lamp na terenie kompleksu sportowego w Orlik w Ujsołach oraz zabezpieczenie instalacji elektrycznej zasilającej obecne lampy wraz z odtransportowaniem na miejsce wskazane przez zamawiającego - transport do 2 km	14	szt.		
1.10 Kalkulacja własna Demontaż elementu monitoringu - 1 szt. kamery CCTV oraz ponowne zamontowanie na nowo postawionym słupie (lampie solarnej)	1	szt.		
1.11 Kalkulacja własna Uruchomienie i regulacja oświetlenia.	400	kpi		
Wartość netto				
Wartość podatku VAT				
Wartość brutto				



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Zawierał również m.in. oświadczenie o następującej treści:

Oświadczam(y), że powyższa cena zawiera wszystkie koszty, jakie ponosi Zamawiający w przypadku wyboru niniejszej oferty.

Zgodnie z dyspozycją zawartą w § 11 ust. 1 Wzoru umowy wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu Umowy strony ustaliły na podstawie ceny z oferty Wykonawcy. Miało to być wynagrodzenie ryczałtowe za kompleksowe wykonanie przedmiotu zamówienia z zastrzeżeniem § 11 ust. 5, zgodnie z którym w przypadku, gdy ze względów niezależnych od stron w szczególności braku możliwości dokonania montażu poszczególnych lamp w danej lokalizacji i niezrealizowania z tego powodu całego zakresu rzeczowego, wykonawca otrzyma wynagrodzenie za rzeczywistą liczbę dostarczonych i zamontowanych lamp za cenę odpowiadającą iloczynowi dostarczonych i zamontowanych lamp i ich ceny jednostkowej wyliczonej w oparciu o cenę ofertową.

Należy wskazać, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 grudnia 2021 r., sygn. akt: III CSKP 127/21 w *praktyce funkcjonowania umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane dominujące są dwie formy wynagrodzenia za wykonanie dzieła czy obiektu (robót budowlanych), tj. wynagrodzenie kosztorysowe (art. 629 k.c.) i wynagrodzenie ryczałtowe (art. 632 k.c.). Wynagrodzenie kosztorysowe ustala się na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, a więc wykonawca opiera się na zestawieniu materiałów, kosztów pośrednich i bezpośrednich oraz założonym zarobku (zysku). Wynagrodzenie ryczałtowe stanowi natomiast z góry określoną kwotę pieniężną. Wybór sposobu określenia wynagrodzenia ma konsekwencje w płaszczyźnie dopuszczalności ewentualnej modyfikacji umówionego wynagrodzenia – w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego dopuszczalna jest zmiana wynagrodzenia, jeżeli w toku prac nastąpiła zmiana wysokości cen lub stawek obowiązujących w obliczeniach kosztorysowych, zaś w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego jest ono - co do zasady - niezmiennie, chyba że zajdą przesłanki wynikające z art. 632 § 2 k.c.*

Wbrew stanowisku Sądów obu instancji żaden z tych rodzajów wynagrodzenia nie został ustalony w umowie łączącej strony niniejszego procesu. Przede wszystkim wymaga podkreślenia, że ustalenie rodzaju i sposobu ustalenia wynagrodzenia w przypadku umowy o dzieło czy umowy o roboty budowlane ustawodawca pozostawił woli stron w ramach swobody kontraktowania (art. 353¹ k.c.). Oznacza to, że strony umowy mogą skorzystać z któregoś z modelowego (przewidzianego w kodeksie cywilnym) wynagrodzenia, ale mogą ustalić inny sposób jego ustalenia, tzw. mieszany. W tym przedmiocie strony mają dosyć szeroką swobodę, mogą zatem ustalić np., że ryczałt odnosi się do robót ujętych w umowie, zaś wszelkie roboty dodatkowe będą rozliczane kosztorysowo, może to być również wynagrodzenie kosztorysowe w ramach ryczałtu (a więc wykonawcy będzie należało się wynagrodzenie wyliczone po zakończeniu robót na podstawie kosztorysu, ale to wynagrodzenie nie może przekraczać z góry określonej kwoty pieniężnej) itd. W takich przypadkach postanowienia umowy o roboty budowlane (ewentualnie umowy o dzieło) mają pierwszeństwo w stosunku do rozwiązań kodeksowych.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy należy wskazać, że zasady ustalenia wynagrodzenia zostały, jak słusznie zauważył Zamawiający ustalone, w rozdziale XI SWZ oraz w §11 Wzoru umowy – wynika z nich, maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie wszystkich robót. Jednakże należy mieć również na uwadze dyspozycję zawartą w §11 ust. 5 Wzoru umowy, zgodnie z którym w przypadku, gdy ze względów niezależnych od stron w szczególności braku możliwości dokonania montażu poszczególnych lamp w danej lokalizacji i niezrealizowania z tego powodu całego zakresu rzeczowego, wykonawca otrzyma wynagrodzenie za rzeczywistą liczbę dostarczonych i zamontowanych lamp za cenę odpowiadającą iloczynowi dostarczonych i zamontowanych lamp i ich ceny jednostkowej wyliczonej w oparciu o cenę ofertową.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Powyższy zapis jednoznacznie wskazuje na przyjęty przez Zamawiającego mieszany charakter wynagrodzenia. Natomiast tabela cen jednostkowych w tej sprawie nie jest elementem pomocniczym, nieistotnym z punktu widzenia wynagrodzenia. Podkreślenia wymaga fakt, że stanowi ona podstawę do skorzystania z dyspozycji zawartej w §11 ust. 5 Wzoru umowy.

Jak wskazano w zastrzeżeniach z dnia 13 lutego 2024 r.: *W ocenie Zamawiającego, z wykładni regulacji § 11 ust. 5 Projektu Umowy nasuwa się inny wniosek. Jak wynika z literalnego brzmienia powyższej regulacji Projektu Umowy, rzeczywistą kwotę wynagrodzenia wylicza się jako iloczyn „dostarczonych i zamontowanych lamp” i „ceny jednostkowej wyliczonej w oparciu o cenę ofertową”. Nie ma tu żadnego odniesienia się do kalkulacji cenowej zawartej w tabeli cen jednostkowych określonych w Formularzu ofertowym, a jedynie do ceny ofertowej. Przyjmując ryczałtowy charakter wynagrodzenia zastosowany w przedmiotowym zamówieniu, przez „cenę ofertową” przyjmuje się cenę globalną podaną przez Wykonawcę za wykonanie zamówienia, a zatem kwotę określoną w pkt 3 lit. a), b) i c) Formularza oferty, a nie ceny jednostkowe zawarte w tabeli poniżej wskazanego pkt 3 lit. a), b) i c) tegoż Formularza. Ustalenie „ceny jednostkowej wyliczonej w oparciu o cenę ofertową” każdej dostarczonej i zamontowanej lampy w ramach zamówienia, nie nastęrcza żadnej trudności, bowiem cenę ofertową dzieli się przez ilość lamp, jakie miały zostać dostarczone i zamontowane. Przyjmując ofertę Wykonawcy, tak określona cena jednostkowa wyniosłaby:*

2 380 000,00 PLN (cena ofertowa) / 400 sztuk (ilość lamp, zgodnie z treścią rozdziału II pkt 1 i 2 SWZ) = 5 950,00 PLN za jedną dostarczoną i zamontowaną lampę.

Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym. Jak wynika z Formularza ofertowego na cenę ofertową oprócz pozycji dotyczących montażu 400 lamp znajdowały się pozycje:

- 1.9 **Kalkulacja własna** Demontaż istniejących lamp na terenie kompleksu sportowego w Orlik w Ujsołach oraz zabezpieczenie instalacji elektrycznej zasilającej obecne lampy wraz z odtransportowaniem na miejsce wskazane przez zamawiającego - transport do 2 km, 14 szt., oraz
- 1.10 **Kalkulacja własna** Demontaż elementu monitoringu - 1 szt. kamery CCTV oraz ponowne zamontowanie na nowo postawionym słupie (lampie solarnej).

Nie jest więc możliwe przedstawione przez Zamawiającego rozwiązanie polegające na ustaleniu „ceny jednostkowej wyliczonej w oparciu o cenę ofertową” każdej dostarczonej i zamontowanej w ramach zamówienia lampy poprzez zastosowanie równania, w którym cenę ofertową dzieli się przez ilość lamp, jakie miały zostać dostarczone i zamontowane.

Odnosząc się do podniesionej przez Zamawiającego kwestii tabeli cen jednostkowych zawartej w pkt 3 Formularza oferty poprawy w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp oraz stwierdzenia, że nie stanowiła ona oferty określającego zobowiązanie Wykonawcy, a miała jedynie walor pomocniczy i informacyjny w ślad za *Informacją o wyniku kontroli doraźnej* należy wskazać, że dyspozycja art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp nie stanowi narzędzia do naprawiania błędnie złożonych ofert, lecz jest podstawą poprawienia omyłek, którego może dokonać zamawiający, a znaczenie tych poprawek dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) wykonawcy nie będzie istotne. Proces poprawiania omyłek nie może prowadzić przy tym do konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego w treść oferty. Wystąpienie omyłki nie może też pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy. Jak stanowi art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawieniu podlegają omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja poprzez odniesienie do „istotności zmian” wyraża zasadę, że skoro to zamawiający ma dokonać weryfikacji oferty, to poprawki muszą mieścić się w ramach korekty możliwej dla zamawiającego. Tym samym zamawiający ofertę może „poprawiać”, ale nie może zastępować wykonawcy w jej tworzeniu.

Przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp daje możliwość poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia,



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

z zastrzeżeniem, że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Kwestia istotności zmian nie została zdefiniowana wprost w ustawie Pzp, jednakże bazując na orzecznictwie, ocena w tym zakresie każdorazowo odbywa się z uwzględnieniem danego stanu faktycznego. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, przede wszystkim, istotna zmiana treści oferty powinna stanowić znaczącą, istotną zmianę treści oświadczenia woli wykonawcy. Ponadto, zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę szczególnie wtedy, gdy sposób w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę. Omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy, muszą mieć taki charakter, aby ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, co do zasady bez udziału wykonawcy w tej czynności. O tym, czy po poprawieniu omyłki nastąpi istotna zmiana treści oferty należy oceniać, biorąc pod uwagę zakres zmian, przedmiot zamówienia i całość oferty. O istotności innej omyłki nie decyduje to, czy zmiana wpływa na cenę lub czy dotyczy essentialia negotii oferowanego świadczenia. Zmiana nieistotna w treści oferty to zmiana niewielka w stosunku do całego przedmiotu oferowanego świadczenia¹.

W tym miejscu należy odnieść się do przedstawionych w zastrzeżeniach argumentów Zamawiającego, zgodnie z którymi w ocenie Zamawiającego z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynika, aby nieuprawnione było dokonywanie poprawek innych omyłek, w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, w wyniku przeprowadzania obliczeń matematycznych. Co więcej, sam ustawodawca dopuszcza dokonywanie poprawy oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2) ustawy pzp, która to poprawa - co oczywiste - dokonywana zawsze jest poprzez obliczenia matematyczne. Skoro zatem dopuszczalne jest poprawianie oczywistych omyłek rachunkowych w wyniku obliczeń matematycznych, to tym bardziej poprawianie innych omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy pzp, również jest możliwe z zastosowaniem obliczeń matematycznych. Odnośnie zaś braku równości pomiędzy „Wskaźnikiem wzrostu ceny jednostkowej” (nazwa robocza nadana przez Zamawianego dla potrzeb ukazania sposobu wyliczenia) na poziomie 11,76(4) % a zyskiem wskazanym w wyjaśnieniach przez Wykonawcę na poziomie 10,53 %, to Zamawiający takiej niezgodności nie dostrzega. W wyjaśnieniach w toku niniejszej kontroli Zamawiający szczegółowo wyjaśnił w jaki sposób powyższe wartości zostały wyliczone w oparciu o informacje pozyskane z Formularza oferty Wykonawcy i jego wyjaśnień z dnia 7 września 2022 r. Wyliczenie tych wartości zostało dokonane z zastosowaniem równania proporcji, tj. z zastosowaniem równania czynniki obiektywnego, jakim jest działania matematyczne.

Podkreślenia wymaga fakt, że w kontrolowanej sprawie Wykonawca w pierwotnie przesłanej tabeli nie ujął kosztu materiałów oraz zysku. Po przeprowadzeniu analizy nadesłanych przez Wykonawcę wyjaśnień należy wskazać, że koszt materiałów został przedstawiony w sposób niebudzący wątpliwości. Jednakże zysk nie został przez Wykonawcę podany w sposób precyzyjny i nie budzący wątpliwości dla każdej pozycji. Co więcej, Wykonawca S w nadesłanych piśmie z dnia 7 września 2022 r. wyjaśnieniach jasno wskazał, że zysk wynosić powinien 10,53%.

W wyjaśnieniach przekazanych na wezwanie Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający wyjaśnił w jaki sposób dokonał wyliczeń w celu naniesienia poprawek w tabeli:

Wykonawca S wyjaśnił, że w tabeli został doliczony zysk firmy wynoszący 10,53%. W tabeli dodana została pozycja ZYSK, gdzie zawarta została wartość w kwocie 203 659,35 zł.

Zysk na poziomie 10,53%, Wykonawca wyliczył w ten sposób, że:

Wartość netto 1 934 959,35 zł - 100%

¹ Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2022 r., sygn.. akt KIO 3772/21.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Zysk 203 659,35 zł - x%

$203\,659,35 \times 100\% / 1\,934\,959,35 = 10,52(5)\%$, a to po zaokrągleniu = 10,53 %

Niezależnie od powyższego, istotnym jest, że suma wszystkich pozycji w tabeli zawartej w piśmie z dnia 7 września 2022 r., tj. suma cen jednostkowych bez wyliczonego zysku, wynosi 1 731 100,00 zł.

Zamawiający przyjął, że wyliczony i wykazany przez Wykonawcę zysk w kwocie 203 659,35 zł winien zostać rozłożony równomiernie i proporcjonalnie na każdą pozycję tabeli, w zakresie zgodnym z załącznikiem nr 1 do SWZ - Formularzem oferty. Dodatkowo, załącznik nr 1 nie zawierał dodatkowych pozycji w postaci:

2. Kalkulacja własna Fundamenty betonowe prefabrykowane dla słupów trakcyjnych	400	szt.	229	91 600,00
3. Kalkulacja własna Słup oświetleniowy	400	szt.	1099	439 600,00
4. Kalkulacja własna Wysięgnik rurowy	400	szt.	150	60 000,00
5. Kalkulacja własna Oprawa solarna FOBOS 25, w tym regulator z włącznikiem zmiernym oraz panel solarny 200W	400	kpi	1550	620 000,00
6. Kalkulacja własna Akumulator 120 AH wraz ze skrzynią hermetyczną	400	kpi	1000	400 000,00

zatem pozycje te doliczone zostały do pozycji z załącznika nr 1:

1.2 KNR 5-24 0103-04 Fundamenty betonowe prefabrykowane dla słupów trakcyjnych, odspajanie gruntu mechanicznie, wykop o bezpiecznym nachyleniu skarp, objętość fundamentu do 1,50 m3	400	szt.
1.3 KSNR5 1001-02 Montaż i stawianie słupów oświetleniowych o wysokości do 6m i masie do 300 kg	400	szt.
1.4 KNNR5 1002-01 Montaż wysięgników rurowych, na słupie, wysięgnik do 15 kg (do 1,5m)	400	szt.
1.5 KNNR5 1004-02 Montaż opraw oświetlenia zewnętrznego, na wysięgniku - oprawy	400	szt.
1.6 KNNRW 5/1004/1 Montaż baterii słonecznych na słupie o mocy panelu w zakresie minimum 160- 200W /analogia/	400	szt.

Wobec uznania przez Zamawiającego, że wyliczony i wykazany przez Wykonawcę zysk w kwocie 203 659,35 zł winien zostać rozłożony równomiernie i proporcjonalnie na każdą pozycję tabeli, w zakresie zgodnym z załącznikiem nr 1 do SWZ - Formularzem oferty, zamawiający wyliczył „wskaźnik” zwiększenia każdej pozycji tabeli, zgodnej z załącznikiem nr 1, w następujący sposób: Suma wszystkich pozycji w tabeli zawartej w piśmie z dnia 7 września 2022 r., tj. suma cen jednostkowych bez wyliczonego zysku - 1 731 100,00 zł

Kwota zysku - 203 659,35 zł

Suma 1 731 100,00 zł -100%

Zysk 203 659,35 zł - x %

$203\,659,35 \times 100\% / 1\,731\,100,00 = 11,76(4)\%$ - „Wskaźnik wzrostu ceny jednostkowej”



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Następnie Zamawiający wyliczył z wykorzystaniem wyliczonego „Wskaźnika wzrostu ceny jednostkowej” ceny dla poszczególnych pozycji w tabeli. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że dokonane pismem z dnia 19 września 2022 r. w tabeli poprawki nie wpłynęły na cenę oferty, bowiem ta w dalszym ciągu wynosiła, zgodnie z pkt 3 lit. a) - c) tego formularza:

- a) cena netto (bez VAT): 1 934 959,35 PLN (słownie: jeden milion dziewięćset trzydzieści cztery tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dziewięć złotych 35/100)
- b) należny podatek VAT w wysokości 23 %: 445 040,65 PLN (słownie: czterysta czterdzieści pięć tysięcy czterdzieści złotych 65/100)
- c) cena brutto (z VAT): 2 380 000,00 PLN (słownie: dwa miliony trzysta osiemdziesiąt tysięcy złotych 00/100).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* nie kwestionuje zasadności dokonania poprawek poprzez zastosowanie obliczeń matematycznych, jednakże powinny one jasno wynikać z nadesłanych przez Wykonawcę wyjaśnień, a przedstawiony przez Zamawiającego sposób wyliczenia „Wskaźnika wzrostu ceny jednostkowej” na poziomie 11,76(4) % nie jest równoznaczny z zyskiem wskazanym w wyjaśnieniach przez Wykonawcę na poziomie 10,53%. Dokonanie przez Zamawiającego powyższej zmiany wiązało się z przeprowadzeniem szeregu obliczeń matematycznych nie wynikających jednoznacznie z woli Wykonawcy wskazanej w wyjaśnieniach z dnia 7 września 2022 r.

Zamawiający w celu wyliczenia ceny jednostkowej poszczególnych elementów musiał sam dokonać wyliczenia „Wskaźnika wzrostu ceny jednostkowej” dla każdej pozycji, a co za tym idzie dokonać wyliczenia ceny jednostkowej. Należy ponownie podkreślić, że była to daleko idąca ingerencja w treść oferty wykonawcy a sposób wyliczenia ceny oferty, nie był możliwy do poprawienia na podstawie danych zawartych w ofercie ani w wyjaśnieniach wykonawcy. Należy również wskazać, że z dokumentacji postępowania wynika, że tabela cen jednostkowych w tej sprawie nie jest elementem pomocniczym, nieistotnym z punktu widzenia wynagrodzenia, gdyż stanowi podstawę do skorzystania z dyspozycji zawartej w §11 ust. 5 *Wzoru umowy* zgodnie z którym w przypadku, gdy ze względów niezależnych od stron w szczególności braku możliwości dokonania montażu poszczególnych lamp w danej lokalizacji i niezrealizowania z tego powodu całego zakresu rzeczowego, wykonawca otrzyma wynagrodzenie za rzeczywistą liczbę dostarczonych i zamontowanych lamp za cenę odpowiadającą iloczynowi dostarczonych i zamontowanych lamp i ich ceny jednostkowej wyliczonej w oparciu o cenę ofertową.

Wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nakazuje zatem odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Mając na uwadze powyższe, należy zauważyć, że Zamawiający określił w załączniku nr 1 do SWZ *Formularz oferty*, podstawę nakładu, opis pozycji oraz wyliczenie ilości robót. Faktem jest, że Wykonawca S którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, wypełnił *Formularz oferty* jednak dla poszczególnych pozycji nie ujął kosztu materiałów oraz zysku. W nadesłanych pismem z dnia 7 września 2022 r. na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach zysk nie został przez Wykonawcę podany w sposób precyzyjny i nie budzący wątpliwości dla każdej pozycji. Należy podkreślić, że Wykonawca S jasno wskazał, że zysk wynosić powinien 10,53%. Jednakże Zamawiający w wyjaśnieniach przekazanych na wezwanie Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający wyjaśnił w jaki sposób dokonał wyliczeń w celu naniesienia w tabeli poprawek dla „Wskaźnika wzrostu ceny jednostkowej” na poziomie 11,76(4) %, który nie był tożsamy z zyskiem wskazanym przez Wykonawcę. Dokonanie



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

przez Zamawiającego zmiany w tabeli wiązało się z przeprowadzeniem szeregu obliczeń matematycznych nie wynikających jednoznacznie z woli Wykonawcy.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez niedozwoloną zmianę treści oferty. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ umożliwiło wybór oferty, która powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 12 marca 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 4/24) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że zastrzeżenia zgłoszone do *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 31 stycznia 2024 r. nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej zwaną „ustawą Pzp”, opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp, Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględni zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: **Budowa i modernizacja oświetlenia przestrzeni publicznej poprzez instalację lamp zasilanych odnawialnymi źródłami energii (numer postępowania: PN/13/2022).**

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 4/24).

Załącznik:

Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2023 r., sygn. akt: KND/5/23/DKZP.