



Warszawa, dnia

2022 r.

WICEPREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

*Mateusz Winiarz*

DKZP.WKZ3.442.146.2021.JB  
KND/161/21/DKZP

**Pani**

W odpowiedzi na pismo z dnia 31 stycznia 2022 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych drogą elektroniczną w dniu 31 stycznia 2022 r., znak: **OW.VII.221.167.2021**) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *wymianę kotłów gazowych na gazowe kondensacyjne w Szkole Podstawowej Nr 8 w Jaworznie*, przeprowadzonego przez Miejski Zespół Obsługi Placówek Oświatowo-Wychowawczych w Jaworznie uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia:

1. art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp2004”);
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 ustawy Pzp2004,

wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 stycznia 2022 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.146.2021.JB.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (dalej: „Eco”), podczas gdy oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eco, podczas gdy jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawierała błąd w obliczeniu ceny.

Pismem z dnia 31 stycznia 2022 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania wskazując, cyt.:

**Termin na wniesienie zastrzeżenia:** Doręczenie Zamawiającemu ww. informacji o wyniku kontroli doraźnej nastąpiło w dniu 25.01.2022 r. Tym samym, Zamawiający wnosząc przedmiotowe zastrzeżenia w dniu 31 stycznia br. [poniedziałek] dotrzymał 7 dniowego terminu wniesienia zastrzeżeń, o którym mowa w przepisie art. 610 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129, dalej: „ustawa Pzp2019”)

**Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym Prezes UZP zarzuca niezgodność z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm. dalej: „ustawa Pzp2004”)**

W wyniku przeprowadzenia kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania, Prezes UZP stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- **art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 „ustawy Pzp2004”**, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy: R [dalej: „Eco ”], podczas gdy oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- **art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 „ustawy Pzp2004”**, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy: Eco , podczas gdy jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawierała błąd w obliczeniu ceny,

czemu Zamawiający się sprzeciwia, wskazując że sformułowanie ww. zarzutów nastąpiło z uchybieniem zasadom wszechstronnej oceny okoliczności oraz logicznego rozumowania, a także poprzez błędną wykładnię przepisów stanowiących podstawę prawną zarzutów, jak i poprzez niewłaściwe ich zastosowanie [tzw. błąd subsumcji].

**Dowody na odparcie twierdzeń, z których Prezes UZP wywodzi skutki prawne**

#### **Ad 1**

W pierwszej kolejności, wskazania wymaga że zarzut Prezesa UZP, jakoby oferta Wykonawcy: Eco zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna zostać odrzucona nie został wykazany w informacji o wyniku kontroli.

Przeciwnie, w wyniku analizy podstawy faktycznej tego zarzutu można stwierdzić, że nieprawidłowością nie jest tutaj zaniechanie odrzucenia tejże oferty, ze względu na rażąco niską cenę, ale nieprawidłowe przeprowadzenie przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej, poprzez zaniechanie wyjaśnienia kosztorysu uproszczonego, złożonego przez Wykonawcę w celu wyjaśnienia podejrzanej ceny.

Generalnie Prezes UZP z jednej strony podważa wyjaśnienia Wykonawcy Eco , wskazując że mają one charakter ogólnikowy, lakoniczny oraz gołosłowny, natomiast z drugiej strony, w odniesieniu do kosztorysu złożonego przez Wykonawcę w ramach procedury wyjaśniającej, Prezes UZP kwestionuje jego uproszczony charakter oraz „zasadniczą zmianę treściową nazwy pozycji nr 45”

opisaną jako: „Komin”, która zdaniem Prezesa UZP nie odpowiada pozycjom 45 i 46 w Załączniku nr 4 do SIWZ, pn. Przedmiar robót.

Przy czym, ostatecznie konkluzja Prezesa UZP jest taka, że „[...] **zasadne jest uznanie, iż Zamawiający powinien co najmniej zwrócić się do Wykonawcy Eco o szczegółowe wyjaśnienia w odniesieniu do pozycji budzącej wątpliwości**”.

Na poparcie swych twierdzeń, Prezes UZP powołuje się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując że: „brak jest przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, jeśli pierwotne wyjaśnienia wykonawcy nie rozwiązały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną” [wyrok KIO z dnia 20 maja 2021 r. sygn. akt KIO 888/21]. Po czym, swoje wywody w tym zakresie, Prezes UZP kończy w ten sposób, że „uznać należy, iż poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Eco, podczas gdy oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp2004”.

W ocenie Zamawiającego, podstawa faktyczna i prawna tego zarzutu jest obarczona błędem, gdyż zawiera wewnętrzne sprzeczności. Jeżeli bowiem Prezes UZP najpierw wskazuje że Zamawiający powinien był wyjaśnić pozycje kosztorysu uproszczonego budzące wątpliwości, czego jednak nie uczynił to należy przyjąć, że wyjaśnienia Wykonawcy wraz z kosztorysem uproszczonym przedstawiały jednak jakąś wartość merytoryczną dla samego Prezesa UZP. W przeciwnym bowiem przypadku ponowne wezwanie o wyjaśnienia Wykonawcy byłoby bezprzedmiotowe.

Zgodnie bowiem z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, ponowne wezwanie Wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest dopuszczalne i usprawiedliwione tylko wtedy, gdyby złożone wyjaśnienia dostarczyły informacji powodujących nowe, wymagające rozstrzygnięcia wątpliwości. Nie można natomiast oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wywiązuje się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne, nie poparte żadnymi wyliczeniami oraz dowodami [zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 637/18].

**Jeżeli zatem zdaniem Prezesa UZP, wymagane było jedynie dopytanie Wykonawcy o niektóre pozycje kalkulacji cenowej, to nie można jednocześnie kategorycznie przesądzać, że oferta ta zawierała rażąco niską cenę i podlegała na tę okoliczność odrzuceniu. Takie rozumowanie jest pozbawione logiki. Trudno bowiem przewidzieć jak zachowałby się Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego o ponowne wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Nie można jednak wykluczyć że Wykonawca złożyłby odpowiednie wyjaśnienia, które usatysfakcjonowałyby także Prezesa UZP.**

W niniejszym stanie faktycznym sytuacji, można mówić o nieprawidłowym przeprowadzeniu przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej, który jak stwierdził Prezes UZP był zobowiązany ponownie wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, ale z tego obowiązku Zamawiający się nie wywiązał. Dopiero na skutek ponownego wyjaśnienia dot. konkretnych elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, Zamawiający mógłby podjąć decyzję o ewentualnym odrzuceniu tejże oferty. Reasumując, wobec tak wadliwie sformułowanej podstawy prawnej oraz faktycznej niniejszego zarzutu, Zamawiający nie potrafi wyinterpretować, jakie konkretnie jego działania i/lub zaniechania, Prezes UZP uznał za niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych:

1. czy przewinienie Zamawiającego miało tu polegać na nieprawidłowym przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego powtórnego wezwania Wykonawcy: Eco o wyjaśnienia dotyczące podejrzanej ceny, czym naruszone zostały przepisy art. 90 ust. 1 i 1a „ustawy Ppz2004”;
2. czy może chodzi o zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy: Eco na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 „uPzp” ze względu na złożenie przez Wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny w sposób zbyt ogólnikowy, lakoniczny oraz gołostowny, bez poparcia wyjaśnień stosownymi dowodami;
3. czy też tenże zarzut dotyczy zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 „uPzp” ze względu na rażąco niską cenę w wybranej ofercie ECO ?

W ocenie Zamawiającego, jeżeli tak jak twierdzi Prezes UZP, wymagane było zwrócenie się do Wykonawcy: Eco o ponowne wyjaśnienia dot. konkretnych elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, to Wykonawca nie może ponosić z tytułu takiego zaniechania Zamawiającego – negatywnych dla siebie konsekwencji, w postaci odrzucenia jego oferty ze względu na rażąco niską cenę, bez możliwości ponownego wyjaśnienia. Nie można także stwierdzić, czy owe zaniechanie Zamawiającego miało wpływ na wynik niniejszego postępowania – wpływ na wynik postępowania mógłby być wyłącznie teoretyczny, jeżeli Wykonawca nie sprostął obowiązkowi ponownego wyjaśnienia podejrzanej ceny.

Podkreślenia wymaga, że oferta drugiego w rankingu wykonawcy opiewała na kwotę 180 000,00 zł brutto, tj. wyższa zaledwie o 1,69 % a kolejna o 11,3 % i 7 z 10 złożonych ofert zawierały cenę niższą niż wartość kosztorysowa brutto, a zatem nie można było uznać, że oferta

ECO zawiera rażąco niską cenę.

**Odrębną kwestią jest natomiast, że w ocenie Zamawiającego, Wykonawca w sposób prawidłowy i wyczerpujący wyjaśnił kwestię podejrzanej ceny i wykazał że nie jest ona rażąco niska. Otóż obowiązującą formułą wynagrodzenia Wykonawcy w tym Zadaniu jest ryczałt i niezgodność treściowa nazwy pozycji zawartej w kosztorysie uproszczonym z pozycjami w przedmiarze robót nie przesądza o niezgodności zaoferowanego przedmiotu świadczenia z Opisem Przedmiotu Zamówienia.**

Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest bowiem to, że przyjmujący zamówienie zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy za umówioną cenę i nie przysługuje mu prawo podwyższenia wynagrodzenia niezależnie od tego czy w czasie zawierania umowy miał możliwość przewidzenia rozmiaru prac i wielkości ich kosztów. Przy ustaleniu wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac, czy też wzrostem kosztów prac obciąża przyjmującego zamówienie. Wynika to zresztą wprost z art. 632 § 1 KC., który przewiduje, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Strony decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe muszą się zatem liczyć z jego bezwzględnością i sztywnym charakterem. Ponadto zauważyć należy że owa „zasadnicza zmiana treściowa nazwy pozycji” ma miejsce w kosztorysie uproszczonym, złożonym przez Wykonawcę w celu wyjaśnienia podejrzanej ceny, który nie stanowi treści oferty sensu stricto. A zatem nazwy pozycji w tym dokumencie złożonym w ramach procedury wyjaśniającej nie muszą mieć lustrzanego odbicia z pozycjami przedmiarów robót. Prezes UZP pomija tutaj całkowicie fakt, że Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza jako podstawę kalkulacji ceny ofertowej w formule

ryczałtowej wskazał m. in. Projekt Budowlany oraz STWiOR. W ocenie Zamawiającego, Wykonawca ten dokonał powiązania poz. 45 [określony w opisie jako system odprowadzania spalin z kotłów, kolektor zbiorczy w kotłowni] i poz. 46 [określony w opisie jako system odprowadzania spalin z kotłów, komin na zewnątrz budynku] przedmiaru robót, przedstawiając kalkulację indywidualną w poz. 45 kosztorysu uproszczonego. Tym samym, Wykonawca zaoferował cenę za cały, kompletny system odprowadzania spalin. Potwierdzeniem powyższego jest chociażby fakt, że Wykonawca należycie zrealizował cały zakres prac w tym Zadaniu - ściśle zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia - co zostało potwierdzone w Protokole odbioru końcowego.

**Reasumując, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 „ustawy Pzp2004”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy: Eco [dalej: „Eco ”] ze względu na rzekomą rząco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia jest nieprawidłowo sformułowany oraz całkowicie niezasadniony.**

#### **Ad 2**

Odnosząc się do zarzutu Prezesa UZP, dotyczącego rzekomego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 ustawy Pzp2004, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy: Eco , podczas gdy jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawierała błąd w obliczeniu ceny, wskazujemy co następuje: W pierwszej kolejności podkreślić należy, że – wbrew ustaleniom Prezesa UZP – Zamawiający, podając sposób obliczenia ceny [art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004] w SIWZ, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT. Z treści SIWZ nie wynika obowiązek podania przez Wykonawcę kwoty, czy też stawki podatku VAT, które na daną cenę się składały. Zamawiający wyraźnie bowiem wskazał w rozdz. XVI pkt 4 SIWZ, że: „Przez cenę oferty Zamawiający rozumie cenę brutto za całe zadanie objęte przedmiotem zamówienia”. Ponadto wskazano, że cena ofertowa ma obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia oraz wszelkie koszty towarzyszące, konieczne do poniesienia przez Wykonawcę z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia oraz uwzględnić wszystkie elementy związane z prawidłową, terminową realizacją przedmiotu zamówienia i odbiorem końcowym.

Jedynie w konstrukcji wzoru formularza ofertowego [stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ], Wykonawcy podając cenę ryczałtową za wykonanie Przedmiotu Zamówienia mieli możliwość wskazania stawki podatku VAT, poprzez wypełnienie pustego pola:

2. Po zapoznaniu się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia za ryczałtową kwotę:

\_\_\_\_\_ zł brutto  
(słownie: \_\_\_\_\_ ).  
ze stawką podatku VAT \_\_\_\_ % ,

ale jak zastrzega Zamawiający, w kontekście sposobu obliczenia ceny zawartego w SIWZ, wskazanie w formularzu ofertowym stawki podatku VAT miało charakter wyłącznie informacyjny.

Wypełnienie w formularzu ofertowym pola dotyczącego stawki podatku VAT, wynikało wyłączenie z faktu, że we wzorze Umowy [stanowiącej Załącznik nr 11 do SIWZ] zachodziła konieczność wpisania nie tylko ceny brutto, ale też ceny netto oraz stawki podatku VAT:

#### § 12

1. Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe, które zgodnie z ofertą Wykonawcy wynosi ..... zł netto (słownie: ..... /100), plus podatek Vat .... %, tj. razem ..... **zł brutto** (słownie: .....).
2. Strony postanawiają, że rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy nastąpi po dokonaniu odbioru końcowego całości przedmiotu umowy.

Przy czym, w momencie składania ofert, Wykonawcy nie byli przecież zobowiązani do wypełnienia druku wzoru Umowy. Okoliczność więc że wzór Umowy zawiera wymagania odnośnie konieczności wpisania zarówno ceny netto, ceny brutto i stawki podatku VAT nie mogła być powodem odrzucenia oferty, skoro sposób obliczenia ceny w SIWZ wyraźnie wskazywał, że: „przez cenę oferty Zamawiający rozumie cenę brutto za całe zamówienie”.

Jeżeli nawet informacje dotyczące stawki podatku VAT byłyby niezbędne z punktu widzenia przeprowadzenia weryfikacji ofert pod względem merytorycznym – to i tak, wbrew temu co twierdzi Prezes UZP w zaskarżonej informacji o wyniku kontroli – Zamawiający miał możliwość zastosowania w tej sytuacji przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp2004 i uzyskanie od Wykonawcy Eco w drodze wyjaśnienia treści złożonej oferty – informacji o zastosowanej przez Wykonawcę stawce podatku VAT i kwocie podatku [rozbiciu całkowitej ceny brutto na jej poszczególne składniki]. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej [np. wyrok z dnia 5 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2670/14] samo bowiem skierowanie zapytania i uzyskanie przedmiotowych informacji dotyczących brakującej stawki podatku VAT nie stanowiłoby niedopuszczalnych negocjacji między Zamawiającym, a Wykonawcą i nie prowadziłyby również do zmiany treści oferty, jeżeli Wykonawca poruszał się będzie w obrębie informacji wynikających z formularza ofertowego, a informacje te zostaną jedynie uszczegółowione. W opisywanym postępowaniu, Zamawiający w celu pozyskania informacji o stawce podatku VAT w ofercie Eco nie zastosował instytucji wyjaśnienia treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp2004, gdyż informację taką powziął w wyniku równoległego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, dotyczącego rażąco niskiej ceny. Bezsprzeczne jest, że Zamawiający przeprowadził przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze odwróconej, o której mowa w art. 24a ustawy Pzp2004.

Procedura odwrócona co do zasady polega na tym, że Zamawiający w pierwszej kolejności dokonuje oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty oraz kryteriów oceny ofert opisanych w specyfikacji, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do Wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza [uzyskała najwyższą ilość punktów w rankingu], dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp2004.

Tym samym, Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert pod kątem przesłanek odrzucenia, badał równocześnie – w tym samym czasie – czy w odniesieniu do oferty Eco zaistniały wszystkie przesłanki odrzucenia oferty, czyli zarówno m.in.: przesłanka zgodności treści oferty z treścią SIWZ, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004 przesłanka rażąco niskiej

ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004, jak i przesłanka błędu w obliczeniu ceny, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004.

Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w tym w szczególności przedłożone na tę okoliczność kosztorysy uproszczone, pozwoliły stwierdzić, że cena brutto zaoferowana przez Wykonawcę Eco zawiera prawidłową stawkę podatku VAT, tj. 23 %.

**W konsekwencji powyższego, wynagrodzenie Wykonawcy zostało przez Strony określone w paragrafie 12 zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego w wysokości tożsamej jak w ofercie Wykonawcy Eco , tj.: 143.902,44 zł netto, plus podatek VAT w wysokości 23% tj. 177 000 00 zł brutto.**

Prawidłowość zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 23% Zamawiający ustalił również na podstawie pozostałych ofert, w których wykonawcy określili w wysokości 23%, czego Prezes UZP w żadnym miejscu informacji o wyniku kontroli nie kwestionuje.

Mając powyższe na uwadze, w niniejszym stanie faktycznym nie zaistniała przesłanka odrzucenia oferty Eco , ze względu na jej rzekomą niezgodność z treścią SIWZ, o czym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004.

Aby bowiem można było mówić o niegodności treści oferty z treścią SIWZ musi istnieć możliwość przyporządkowania treści SIWZ [jej wymagań merytorycznych co do zawartości oferty] która winna znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty. W przedmiotowym postępowaniu warstwa merytoryczna SIWZ nie zawierała żadnych wymagań, aby Wykonawca musiał przedstawiając cenę ryczałtową za wykonanie Przedmiotu Umowy, wykazać w jaki sposób taką cenę uzyskał. Nawet jeżeliby uznać, że taki wymóg wskazania stawki podatku VAT wynikał wyłącznie z konstrukcji samego formularza ofertowego, to jak wskazano już powyżej, Zamawiający mógłby uzyskać taką informację od Wykonawcy: Eco w wyniku zastosowania przepisu art. 87 ust.1 ustawy Pzp2004.

Tym samym, brak wskazania przez Eco w formularzu ofertowym stawki podatku VAT mógł zostać uzupełniony w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 „uPzp”. O tym bowiem, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. W niniejszym przypadku, ewentualne uzupełnienie stawki podatku VAT w formularzu ofertowym w żadnej mierze nie zmieniałoby oświadczenia woli Wykonawcy zawartego w ofercie, gdyż cena ryczałtowa brutto za wykonanie Przedmiotu Umowy w tej samej wysokości, tj. 177.000 00 zł brutto została przeniesiona z formularza ofertowego do Umowy.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot nie odpowiada opisanemu w SIWZ Przedmiotowi Zamówienia, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. W niniejszym przypadku z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Wykonawca Eco złożył bowiem ofertę, która zarówno co do treści, jak też formy przedstawienia powyższej treści odpowiada zapisom i wymaganiom SIWZ. Ponadto w opisywanym przypadku nie może być także mowy o zaistnieniu przesłanki odrzucenia oferty Eco , ze względu na rzekomą błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004.

**Prezes UZP w żadnym miejscu w informacji o wyniku kontroli nie wykazał bowiem, że cena w ofercie Eco obliczona jest w sposób nieprawidłowy, że zastosowano nieprawidłową**

**stawkę podatku VAT itd. Tylko w takim przypadku można byłoby natomiast mówić o możliwości wystąpienia błędu w obliczeniu ceny.**

*Odrzucenie oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub kosztu wymaga stwierdzenia, iż odmiennosc sposobu obliczenia ceny przez Wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby Wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez Wykonawcę niewłaściwych danych, wynikający przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego.*

*W niniejszym przypadku, nie dość że Zamawiający nie wymagał we wskazanym w SIWZ sposobie obliczenia ceny podania w formularzu ofertowym ceny netto oraz stawki podatku VAT – taka możliwość wynika jedynie z konstrukcji wzoru formularza ofertowego, ale wyłącznie w celach informacyjnych - to jeszcze nie zachodzi tutaj odmiennosc sposobu obliczenia ceny przez Wykonawcę Eco , skutkująca tym, że cena oferty byłaby inna, gdyby Wykonawca ściśle zastosował się do konstrukcji formularza ofertowego i wypełnił puste pole ze stawką podatku VAT.*

*Mając powyższe na uwadze, wnosimy o uwzględnienie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przedmiotowych zastrzeżeń, a w przypadku ich nieuwzględnienia przekazania zastrzeżeń do zaopiniowania przez Izbę.*

**Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych informuje, co następuje:**

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, należy stwierdzić, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli nie zasługuje na uwzględnienie.

#### **Ad 1)**

Kontrolujący stoi na stanowisku, wyrażonym także w treści Informacji o wyniku kontroli, że przedstawione przez wykonawcę Eco informacje obejmujące treść pisma z dnia 28 kwietnia 2021 r. oraz załączony doń kosztorys uproszczony nie dają wystarczających podstaw do uznania, iż wykonawca zadośćczynił wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp2004 obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Szczegółowa argumentacja w tym zakresie została przekazana na str. 3-5 Informacji o wyniku kontroli, a przedstawione przez Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli wnioski nie dają podstaw do jej zakwestionowania. W szczególności należy zaznaczyć zasadniczy brak możliwości uznania kosztorysu uproszczonego za wystarczający w sytuacji, jeśli Zamawiający sam wskazał na kosztorys szczegółowy jako dokument pozwalający na wykazanie braku rażąco niskiej ceny. Celem klaryfikacji wyrażonego przez Kontrolującego stanowiska należy jedynie podkreślić, iż kwestia ewentualnego wezwania wykonawcy Eco do złożenia wyjaśnień w zakresie treści kosztorysu uproszczonego miała w kontekście przedstawionej argumentacji charakter subsydiarny, odnoszący się tylko do hipotetycznej sytuacji przyjęcia wyrażonej w toku kontroli doraźnej perspektywy Zamawiającego, iż kosztorys uproszczony był dokumentem wystarczającym – nawet bowiem w takiej sytuacji, złożony przez wykonawcę Eco kosztorys co najmniej bez uzupełnienia go dodatkowymi wyjaśnieniami, nie pozwalałaby na uznanie, iż wykonawca ten wykazał w sposób dostateczny, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Należy zauważyć bowiem, iż na etapie weryfikacji rażąco niskiej ceny Zamawiający nie posiadał podstawy do samodzielnego przyjęcia założenia o powiązaniu pozycji nr 45 i 46 z załącznika nr 4 do SIWZ na gruncie kosztorysu uproszczonego, jak sam bowiem wskazuje Zamawiający



w zastrzeżeniach od wyniku kontroli, potwierdzeniem owego powiązania miałyby być dopiero zrealizowanie całego zakresu prac w danym zadaniu, o czym w oczywisty sposób Zamawiający nie mógł mieć wiedzy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, ponadto sam fakt, iż wykonawca zrealizował określone zadanie za przewidzianą cenę nie przesądza o prawidłowości i dostateczności przedłożonego przez niego dokumentu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia w kontekście wykazania braku rażąco niskiej ceny. W szczególności podkreślić należy, iż pojęcie „komin” w ramach treści załącznika nr 4 do SIWZ pojawia się tylko w pozycji nr 46 a nie w pozycji nr 45, co tym bardziej stanowi podstawę do kwestionowania możliwości samodzielnego przyjęcia przez Zamawiającego tak szerokiej interpretacji sformułowania wykonawcy Eco zawartego w pozycji nr 45 kosztorysu uproszczonego.

W tym względzie zaznaczyć należy, iż przedmiotem zarzutu jest naruszenie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eco, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co zostało wyraźnie wyeksplikowane na str. 2 Informacji o wyniku kontroli. Jakkolwiek bowiem ponownie podkreślić należy, iż Kontrolujący stoi na stanowisku niedopuszczalności uznania kosztorysu uproszczonego za wystarczający do zadośćuczynienia obowiązku wykonawcy Eco wynikającemu z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp2004 z uwagi na istotę samego kosztorysu i wynikające z niej ograniczenia treściowe (szczegółowo wskazane na str. 4 Informacji o wyniku kontroli) w kontekście sformułowań samego Zamawiającego wynikających ze skierowanego do wykonawcy Eco wezwania z dnia 26 kwietnia 2021 r., o tyle uznać należy, iż nawet w przypadku wzięcia pod uwagę kosztorysu uproszczonego jak przyjął Zamawiający, nie sposób uznać, iż wykonawca wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny biorąc pod uwagę niejednoznaczność treści tego kosztorysu. Jednocześnie ze względu na ustawowe przeniesienie ciężaru dowodu na wykonawcę w tym zakresie, sam fakt niewykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny skutkuje koniecznością uznania ceny za rażąco niską, a w konsekwencji uznaniem, iż dana oferta podlega odrzuceniu.

Tym samym zasadne jest stwierdzenie, iż poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eco, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp2004.

## **Ad 2)**

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż nie można przyznać stawce podatku VAT wskazywanej przez wykonawcę w formularzu oferty wyłącznie waloru informacyjnego, rozumianego jako niepodlegającego weryfikacji w procesie badania ofert, ze względu na fakt, iż jest to element cenotwórczy biorąc pod uwagę, że ocena i porównywanie ofert w kontekście kryterium cenowego odbywa się na podstawie cen brutto, co wynika także z treści rozdziału XVI pkt 4 zd. 1 SIWZ. Analogicznie nie sposób przyjąć, aby załącznik do SIWZ zawierający treść formularza ofertowego nie stanowił integralnej części SIWZ, a zostawienie pustego pola na wskazanie podatku VAT nie podlegało interpretacji jako obowiązek jej wskazania przez wykonawcę. Podkreślić należy także, iż fakt, że Zamawiający żądał podania przez wykonawców w formularzu ofertowym całkowitej ceny brutto nie zaprzecza istotności informacji dotyczącej zastosowanego podatku VAT, bowiem w zakresie weryfikacji oferty w przypadku żądania podania tej stawki, Zamawiający jest zobowiązany do stwierdzenia prawidłowości podanej przez wykonawców stawki VAT zarówno jeśli wykonawca podaje cenę netto, jak również gdy podaje cenę brutto, nawet bowiem w przypadku przewidzenia

wynagrodzenia ryczałtowego odnoszącego się do ceny brutto, nie jest dopuszczalne złożenie oferty z nieprawidłową stawką VAT. W uchwale Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 20 października 2011 r., sygn. III CZP 52/11 wyrażono pogląd, iż *przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania, czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym.*

Należy podkreślić także, iż przywołany przez Zamawiającego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2670/14 nie znajduje zastosowania dla sprawy będącej przedmiotem kontroli doraźnej z uwagi na odmienne okoliczności stanu faktycznego – zamawiający w postępowaniu, którego dotyczył wskazany wyrok nie żądał podania w formularzu oferty stawki VAT. Powyższe ma istotne znaczenie ze względu na fakt, iż w sprawie będącej przedmiotem kontroli Zamawiający żądał w treści formularza oferty wskazania tej stawki, a tym samym uzupełnienie tej informacji przez Zamawiającego stanowiłoby zmianę w treści oferty podlegającą ocenie w kontekście art. 87 ust. 2 ustawy Pzp2004, co jak wykazano w treści Informacji o wyniku kontroli (str. 6-7), nie było dopuszczalne w analizowanym przypadku. Ma to także szczególne znaczenie z uwzględnieniem faktu, iż Zamawiający nie posiadał wystarczających informacji dla samodzielnego określenia prawidłowej stawki VAT biorąc pod uwagę rozbieżność pomiędzy wartością netto wynikającą z kosztorysu przekazanego przez wykonawcę Eco (która była podstawą dla określenia przez Zamawiającego stawki VAT na etapie postępowania o udzielenie zamówienia) a wartością netto określoną w umowie w sprawie zamówienia publicznego, co zostało szczegółowo uargumentowane w treści Informacji o wyniku kontroli (str. 7-8).

Ponadto wskazać należy, co zostało podkreślone już w Informacji o wyniku kontroli (str. 8), iż przyjęcie wykładni zgodnie z którą nie podlegałyby odrzuceniu oferta niezawierająca stawki VAT (w sytuacji, jeśli Zamawiający wymagał jej podania), podczas gdy co do zasady odrzuceniu podlega oferta z błędną stawką VAT, prowadziłoby do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawców, którzy zaniechali wskazania tej stawki. Przyjęcie takiego poglądu mogłoby skutkować prewencyjnym niewskazywaniem przez niektórych wykonawców stawki VAT celem uniknięcia konsekwencji w postaci odrzucenia oferty z założeniem, iż prawidłowa stawka VAT może zostać dookreślona na etapie wyjaśniania treści oferty, gdy wykonawca zna już treść ofert innych wykonawców, w tym zastosowanych przez nich stawek VAT – ma to w szczególności znaczenie w sytuacji, jeśli Zamawiający żąda wskazania w formularzu ofertowym jedynie cen brutto oraz stawek VAT, bez wskazywania cen netto.

Tym samym zasadne jest stwierdzenie, iż poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eco, podczas gdy jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawierała błąd w obliczeniu ceny, Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 ustawy Pzp2004.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 22 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 9/22) wyraziła opinię, iż zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu 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 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”) opinia Izby jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *wymianę kotłów gazowych na gazowe kondensacyjne w Szkole Podstawowej Nr 8 w Jaworznie*.

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 9/22).

Załącznik:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 9/22).