

Warszawa, dnia 12 marca 2024 roku

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Agata Mikołajczyk

Izabela Niedziałek - Bujak

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych 16 lutego 2024 roku (pismem z dnia 13 lutego 2024 roku) do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego: Wójta Gminy Ujszy (ul. Gminna 1, 34-371 Ujszy)

od wyniku kontroli doraźnej z 31 stycznia 2024 roku (znak: KND/5/23/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Budowa i modernizacja oświetlenia przestrzeni publicznej poprzez instalację lamp zasilanych odnawialnymi źródłami energii.”

wyraża opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego Gminy Zgierz zgłoszone 16 lutego 2024 roku (pismem z 13 lutego 2024 roku) do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 31 stycznia 2024 roku (znak: KND/5/23/DKZP)

nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i stwierdził naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia była dostawa i montaż ulicznych lamp solarnych autonomicznych zasilanych przy pomocy paneli PV na terenie Sołectw Gminy Ujszy w ilości 400 sztuk.

Zakres zamówienia obejmował dostawę i montaż we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach 400 szt. lamp solarnych autonomicznych LED zasilanych przy pomocy paneli PV na terenach należących do Gminy Ujszy.

Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia precyzował załącznik nr 8 do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, zaś wymogi dotyczące realizacji zamówienia załącznik nr 9 do SWZ - Projekt umowy.

Zgodnie z pkt 3 protokołu postępowania wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 1 930 720,06 zł netto, co stanowiło równowartość kwoty 433 518,96 euro netto.

Zgodnie z Rozdziałem VII SWZ Wykonawca miał przedłożyć wraz z ofertą m.in. wypełniony Formularz Ofertowy. W Formularzu Oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ należało przedstawić oświadczenie: 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 – i w tym zakresie wykonawcy byli zobowiązani wypełnić

tabelę oraz złożyć oświadczenie, że 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.

Zamawiający wezwał na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawcę Solumen sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny m.in w zakresie:

cen jednostkowych opisanych w tabeli zawartej na końcu pkt 3 Formularza oferty, poprzez wskazanie cen jednostkowych wszelkich materiałów i urządzeń wykorzystywanych do realizacji zamówienia, tj. fundamentów betonowych, słupów oświetleniowych, wysięgników rurowych, opraw oświetleniowych, paneli słonecznych, regulatorów z wyłącznikiem zmierzchowym, i skrzyń hermetycznych z akumulatorami, etc. - z pominięciem kosztów robocizny.

Jako uzasadnienie Zamawiający wskazał: „Jak wynika z treści rozdziału 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). W zgodzie 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 podatku VAT”. Łączna cena ofertowa oferty winna wynikać z cen jednostkowych przedstawionych przez Wykonawcę w Formularzu Oferty. Jak zaś wynika z treści rozdziału XI pkt 5 SWZ, wszystkie ceny określone przez wykonawcę zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianie, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w Projekcie Umowy. Zamawiający ustalił, iż wynagrodzenie za wykonanie niniejszego zamówienia ma charakter ryczałtowy, co wynika z treści §11 ust. 1 Załącznika nr 9 do SWZ - Projektu Umowy.

Wykonawca złożył Formularz Oferty, gdzie na początku pkt 3 tego Formularza wskazał, iż „Oferuję(emy) wykonanie przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem za cenę:

- 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).

Następnie w tabeli zawartej na końcu pkt 3 SWZ, Wykonawca wskazał ceny jednostkowe, które - jak domniemywa Zamawiający - obejmują wyłącznie koszty robocizny z pominięciem wartości materiałów i urządzeń, tj. fundamentów betonowych, słupów oświetleniowych, wysięgników rurowych, opraw oświetleniowych, paneli słonecznych, regulatorów z wyłącznikiem zmierzchowym i skrzyń hermetycznych z akumulatorami, etc. Wynika to z faktu, iż suma wartości cen jednostkowych, zadeklarowanych przez Wykonawcę w powyżej wskazanej tabeli cen jednostkowych, stanowi kwotę netto w wysokości 120 100,00 zł, plus podatek VAT w kwocie 27 623,00 zł, tj. kwotę brutto w wysokości 147 723,00 zł - co nie odpowiada kwocie wynagrodzenia wskazanej przez Wykonawcę na początku w pkt 3 lit. a), b) i c) in principio Formularza Oferty, bowiem tak wynagrodzenie brutto za wykonanie zamówienia, Wykonawca określił w wysokości 2 380 000,00 zł.

W świetle powyższej różnicy pomiędzy kwotami netto, podatku VAT i brutto wynagrodzenia za wykonanie niniejszego zamówienia, o których mowa w pkt 3 lit a), b) i c) in principio Formularza Oferty, a sumą pozycji cen jednostkowych określonych przez Wykonawcę w tabeli zawartej na końcu pkt 3 Formularza Oferty, Zamawiający wzywa Wykonawcę do: złożenia wyjaśnień w przedmiocie treści złożonej oferty, w zakresie cen jednostkowych opisanych w tabeli zawartej w na końcu pkt 3 Formularza Oferty, poprzez wskazanie cen jednostkowych wszelkich materiałów i urządzeń wykorzystywanych do realizacji zamówienia, tj. fundamentów betonowych, słupów oświetleniowych, wysięgników rurowych, opraw oświetleniowych, paneli słonecznych, regulatorów z wyłącznikiem zmierzchowym i skrzyń hermetycznych z akumulatorami, etc. - z pominięciem kosztów robocizny”.

Ponadto Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 266 ustawy Prawo zamówień publicznych, zażądał od Wykonawcy - Solumen sp. z o.o., udzielenia w terminie do dnia 8 września 2022 roku wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie zaoferowanej ceny.

Wykonawca Solumen sp. z o.o. w treści wyjaśnień wskazał: „Zgodnie z Państwa słusznym twierdzeniem w tabeli z pkt. 3

Formularza oferty uwzględniliśmy jedynie koszty robocizny. W związku z czym w celu wyjaśnienia wątpliwości poniżej zamieszczamy tabelę z uwzględnieniem kosztów jednostkowych, w tym naszego zysku z tytułu potencjalnej realizacji". Wykonawca przedstawił tabelę i jednocześnie wyjaśnił, że w tabeli nie zostały wyszczególnione osobno koszty oprawy, panelu fotowoltaicznego i regulatora ze względu, że

stanowią one komplet urządzeń i Integralną całość lampy solarnej. Ponadto został doliczony zysk firmy wynoszący 10,53%.

Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych poinformował Wykonawcę - Solumen sp. z o.o. o dokonaniu poprawy w tabeli zawartej na końcu punktu 3 Formularza Oferty.

W treści uzasadnienia wyjaśnił, że dokonał przeliczenia cen jednostkowych w tabeli zawartej na końcu punktu 3 Formularza Oferty Wykonawcy, mając na względzie wskazane przez Wykonawcę ceny jednostkowe za: fundamenty betonowe prefabrykowane dla słupów trakcyjnych, słupy oświetleniowe, wysięgniki rurowe, oprawy solarne, w tym regulator z włącznikiem zmierzchowym oraz panel solarny 200W oraz akumulatory 120 AFT wraz ze skrzynią hermetyczną, a ponadto zakładany przez Wykonawcę zysk z tytułu realizacji zamówienia. Zmiany te nie wpłynęły na cenę ofertową wykonawcy, która pozostała na poziomie wynoszącym 2 380 000,00 PLN (słownie: dwa miliony trzysta osiemdziesiąt tysięcy złotych 00/100), stąd też oferta Wykonawcy - w konsekwencji - nie uległa zmianie.

Wykonawca Solumen sp. z o.o. wyraził zgodę na poprawienie w ofercie powstałych omyłek. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej za jaką uznał ofertę Wykonawcy Solumen sp. z o.o.

23 listopada 2022 r. została zawarta pomiędzy Zamawiającym a ww. Wykonawcą umowa nr PN/13/2022 w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał na następujące okoliczności:

W kontrolowanej sprawie Wykonawca w pierwotnie przesłanej tabeli nie ujął kosztu materiałów oraz zysku. Po przeprowadzeniu analizy nadesłanych przez Wykonawcę wyjaśnień 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. Wykonawca Solumen sp. z o.o. w 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 Solumen sp. z o.o. 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%

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 5 pozycji, które zostały doliczone do pozycji z załącznika nr 1.

Zamawiający wyjaśnił, że uznał, iż 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”

W oparciu o powyższe wyliczenia, Zamawiający dokonał poprawek w tabeli Wykonawcy, które jak wskazał Zamawiający, 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).

Jak podkreślił Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, 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 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.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał także, 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.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał na art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym 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. Oferta nie może być niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający określił w załączniku nr 1 do SWZ Formularz oferty, podstawę nakładu, opis pozycji oraz wyliczenie ilości robót. Faktem jest, że Wykonawca Solumen sp. z o.o. którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, wypełnił Formularz oferty jednak dla poszczególnych pozycji nie ujął kosztu materiałów oraz zysku. W nadesłanym piśmie 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. Wykonawca Solumen sp. z o.o. jasno wskazał, że zysk wynosić powinien 10,53%. Jednakże Zamawiający w wyjaśnieniach przekazanych na wezwanie Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający przedstawił, 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 przez Zamawiającego zmiany w tabeli wiązało się z przeprowadzeniem szeregu obliczeń matematycznych nie wynikających jednoznacznie z woli Wykonawcy.

Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dowodzi, że Zamawiający w efekcie dokonania zmian w ofercie Wykonawcy Solumen sp. z o.o. dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej zamiast jej odrzucenia, z uwagi na brak możliwości poprawienia zapisów tabeli w sposób wskazany przez Wykonawcę.

W konsekwencji Prezes Urzędu zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez

Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

16 lutego 2024 roku Zamawiający złożył zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli doraźnej. Zamawiający podkreślił, że przewidział wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym. W jego ocenie 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.

Dalej Zamawiający wskazał, że zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, z dokumentacji postępowania wynika, że tabela cen jednostkowych 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 następuje żadnej

trudności, bowiem cenę ofertową dzieli się przez ilość lamp, jakie miały zostać dostarczone i zamontowane.

Zamawiający nie zgodził się zatem ze stwierdzeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, 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. 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 umożliwiała Zamawiającemu zbadanie oferty pod kątem ewentualnej rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wyjaśnił, że wezwał Wykonawcę Solumen sp. z o.o. 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 wyjaśnił, 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. Celem bowiem tego przepisu jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SWZ, których poprawienie nie ma zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że dokonując poprawy innej omyłki w ofercie Wykonawcy Solumen sp. z o.o. dochował wymogom zawartym w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, 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. 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 zauważył, że dokonana przez niego poprawa Formularza oferty Wykonawcy, w zakresie tabeli zawartej pkt 3 in fine tegoż formularza, 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 piśmie z dnia 7 września 2022 r. Opiernie 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 Prawo zamówień publicznych, w orzecznictwie KIO uznawane jest za dopuszczalne.

W ocenie Zamawiającego z żadnego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, aby nieuprawnione było dokonywanie poprawek innych omyłek, w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 Prawo zamówień publicznych, 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 Prawo zamówień publicznych, również jest możliwe z zastosowaniem obliczeń matematycznych. Odnosnie 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 dostrzegł. 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.

Zamawiający zgodził się ze wskazaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że 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, jednakże wyliczenia te oparte były wyłącznie

na wartościach wynikających z Formularza oferty Wykonawcy oraz złożonych przez niego wyjaśnień z dnia 7 września 2022 r. Przepis art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 poza ramy wyznaczone przez art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał, że Wykonawca Solumen sp. z o.o. 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 zdaniem Zamawiającego 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.

Zdaniem Zamawiającego, nawet uznając, że dokonanie przez Zamawiającego poprawy treści tabeli zawartej w pkt 3 in fine Formularza oferty Wykonawcy było niezasadne, to i tak, okoliczność ta nie miała wpływu na wynik postępowania, bowiem brak było podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy Solumen sp. z o.o., w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych. Zastosowano wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym, przez co kalkulacja przedstawiana przez wykonawców tabeli miała jedynie walor pomocniczy i informacyjny, nie stanowiący zakresu zobowiązania wykonawców.

Zamawiający wskazał także, że jeżeli zaś z treści SWZ wynika, że kosztorys ofertowy nie wpływa na merytoryczną ocenę oferty, to ewentualne nieprawidłowości w takim kosztorysie nie mogą być podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych. 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 Prawo zamówień publicznych, 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 Prawo zamówień publicznych - choć w ocenie Zamawiającego taka okoliczność nie miała miejsca w niniejszym postępowaniu - to i tak ewentualne uchybienie powyższemu przepisowi ustawy Prawo zamówień publicznych nie miało wpływu na wynik postępowania.

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

W pierwszej kolejności Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, 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. W tym zakresie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał na postanowienia SWZ, w tym § 11 ust. 1 Wzoru umowy, zgodnie z którym 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.

Powyższe postanowienie zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jednoznacznie wskazuje na przyjęty przez Zamawiającego mieszany charakter wynagrodzenia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że tabela cen jednostkowych w tej sprawie nie jest elementem pomocniczym, nieistotnym z punktu widzenia wynagrodzenia. Stanowi ona podstawę do skorzystania z dyspozycji zawartej w § 11 ust. 5 Wzoru umowy.

Jak zauważył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, dyspozycja art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi narzędzia do naprawiania błędnie złożonych ofert, lecz jest podstawą poprawiania 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 Prawo zamówień publicznych, 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. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wyjaśnił, że: przepis art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych daje możliwość poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na

niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, z zastrzeżeniem, że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Kwestia istotności zmian nie została zdefiniowana wprost w ustawie Prawo zamówień publicznych, jednakże bazując na orzecznictwie, ocena w tym

zakresie każdorazowo odbywa się z uwzględnieniem danego stanu faktycznego. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym 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 świadczenia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że Wykonawca w pierwotnie przesłanej tabeli nie ujął kosztu materiałów oraz zysku. Po przeprowadzeniu analizy nadesłanych przez Wykonawcę wyjaśnień stwierdził, 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 Solumen sp. z o.o. 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:

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał także, że 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.

Zauważył, że 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. 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.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis art. 226 ust. 1

pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje zatem odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że Zamawiający określił w załączniku nr 1 do SWZ Formularz oferty, podstawę nakładu, opis pozycji oraz wyliczenie ilości robót. Wykonawca Solumen sp. z o.o. którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, wypełnił Formularz Oferty jednak dla poszczególnych pozycji nie ujął kosztu materiałów oraz zysku. W nadesłanych piśmie 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. Wykonawca Solumen sp. z o.o. 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 przez Zamawiającego zmiany w tabeli wiązało się z przeprowadzeniem szeregu obliczeń matematycznych nie wynikających jednoznacznie z woli Wykonawcy.

Z uwagi na powyższe Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedozwoloną zmianę treści oferty. Stwierdził także, że powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ umożliwiło wybór oferty, która powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z treścią art. 610 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba zważyła co następuje:

Zastrzeżenia Zamawiającego Wójta Gminy Ujsoły zgłoszone 16 lutego 2024 roku (pismem z 13 lutego 2024 roku) do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 31 stycznia 2024 roku nr KND/5/23/DKZP nie zasługują na uwzględnienie.

Izba w całości podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zgodnie z rozdziałem XI SWZ Opis sposobu obliczenia ceny:

„2. Cena podana w ofercie, musi być ostateczną, kompletną, jednoznaczną, nadto musi uwzględniać wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego w niniejszym 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).”

„ 4. 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. (...) Łączna cena ofertowa oferty winna wynikać z cen jednostkowych przedstawionych przez Wykonawcę w Formularzu Oferty.”

Zgodnie z § 11 ust. 5 Wzoru Umowy, 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.

Powyżej przytoczone postanowienia SWZ wskazują jednoznacznie, że Formularz Oferty miał znaczenie dla obliczenia ceny. Przede wszystkim, zgodnie z powyżej zacytowanym rozdziałem 11 pkt 4 SWZ, łączna cena ofertowa oferty winna wynikać z cen jednostkowych przedstawionych przez Wykonawcę w Formularzu Oferty. Zatem ceny jednostkowe stanowiły podstawę do obliczenia ceny oferty. Ponadto, zgodnie z powyżej przytoczonym § 11 pkt 5 Wzoru Umowy, ceny jednostkowe mogą posłużyć do rozliczenia pomiędzy stronami.

Powyższe postanowienia pokazują znaczenie Formularza Ofertowego i zawartych w nim pozycji dotyczących cen jednostkowych przy obliczeniu ceny. Postanowienia te wskazują równocześnie na fakt, że wynagrodzenie w niniejszej sprawie nie miało jedynie charakteru ryczałtowego, ale jak słusznie zauważył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych – charakter mieszany.

Tabela cen jednostkowych nie była zatem elementem nieistotnym z punktu widzenia wynagrodzenia wykonawcy, ale stanowić miała podstawę do skorzystania z dyspozycji zawartej w § 11 ust. 5 Wzoru umowy i dokonania między stronami rozliczenia.

W ocenie Izby twierdzenie Zamawiającego, jakoby we Wzorze Umowy nie było żadnego

odniesienia do kalkulacji cenowej zawartej w tabeli cen jednostkowych określonych w Formularzu ofertowym, a jedynie odniesienie do ceny ofertowej, jest twierdzeniem stworzonym wyłącznie na potrzeby obrony stanowiska Zamawiającego.

Nie jest zasadne stanowisko Zamawiającego, że „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”.

Jak słusznie zauważył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, z Formularza ofertowego wynika, że na cenę ofertową oprócz pozycji dotyczących montażu 400 lamp, znajdowały się następujące 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).

Oznacza to, że nie jest 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.

Gdyby zawarte w Formularzu Ofertowym ceny jednostkowe rzeczywiście nie miały znaczenia, a znaczenie miała jedynie cena łączna za realizację zamówienia, Zamawiający nie dążyłby do doprowadzenia zgodności cen jednostkowych w Formularzu Ofertowym z ceną łączną za realizację zamówienia. Zamawiający nie dokonywałby zmian w Formularzu Ofertowym, gdyby ten rzeczywiście nie miał żadnego znaczenia. Tymczasem jak wskazano powyżej, Formularz Ofertowy i zawarte w nim ceny jednostkowe miały znaczenie – gdyż cena łączna miała być sumą poszczególnych pozycji Formularza Ofertowego, ale przede wszystkim, ceny jednostkowe miały stanowić podstawę do rozliczenia pomiędzy stronami (w sytuacji przewidzianej w § 11 ust. 5 Wzoru Umowy).

Izba zatem w całości podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym analiza dokumentacji postępowania prowadzi do wniosku, że dla rozliczenia w przedmiotowym zamówieniu przewidziano wynagrodzenie o charakterze mieszanym.

Nie ulega wątpliwości, że Formularz Oferty stanowi treść oferty. Dokonywanie jakichkolwiek

zmian w treści oferty nie jest możliwe. Wyjątek stanowi art. 223 ustawy Prawo zamówień publicznych, który w określonych w tym artykule sytuacjach zezwala Zamawiającemu na dokonanie poprawienia treści oferty. W art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych została przewidziana możliwość poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym dyspozycja art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Ponadto poprawienie omyłki może nastąpić, gdy sposób jej poprawienia jest oczywisty, jasny, widoczny dla każdego.

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 zmiany wiązało się z przeprowadzeniem obliczeń matematycznych, które mają charakter nieoczywisty - nie wynikają z treści wyjaśnień Wykonawcy Solumen sp. z o.o.

Jak słusznie zauważył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, 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. Powyższe oznacza daleko idącą ingerencję w treść oferty Wykonawcy.

Zamawiający samodzielnie przyjął poprawienie omyłki poprzez przyjęcie określonego wzoru i obliczenie „wskaźnika wzrostu ceny jednostkowej”. Oświadczenie w tym zakresie nie zostało wyrażone przez Wykonawcę w treści wyjaśnień. Samodzielnie przyjęty przez Zamawiającego sposób rozłożenia kwot na poszczególne pozycje tabeli przy przyjęciu „wskaźnika wzrostu ceny jednostkowej” stanowił przykład kreowania za Wykonawcę treści Formularza Ofertowego. Kreowania w sposób, jaki w ogóle nie wynikał ani z oświadczenia Wykonawcy, ani z jakiegokolwiek dokumentu w postępowaniu.

Poprawienie omyłki może nastąpić w sytuacji, gdy od początku, w sposób oczywisty dla każdego wiadomo, w jaki sposób należy ją poprawić. W sytuacji, gdy Zamawiający przeprowadza nieoczywiste obliczenia i dokonuje podziału na poszczególne pozycje tabeli na podstawie własnej oceny, nie stanowi poprawienia omyłki, a tak jak wskazano powyżej – zbyt daleko idące, nadmierne działanie Zamawiającego w postaci kreowania treści oferty Wykonawcy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca

ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający określił w Formularzu Oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, podstawę nakładu, opis pozycji oraz wyliczenie ilości robót. Wykonawca Solumen sp. z o.o. wypełnił Formularz Oferty, jednak dla poszczególnych pozycji nie ujął kosztu materiałów oraz zysku. Wykonawca dopiero w treści wyjaśnień przedstawił koszty materiałów oraz zysk, który nie został przez Wykonawcę podany w sposób precyzyjny i nie budzący wątpliwości dla każdej pozycji. Zamawiający samodzielnie dokonał obliczeń „Wskaźnika wzrostu ceny jednostkowej” na poziomie 11,76(4)%, który nie był tożsamy z zyskiem wskazanym przez Wykonawcę. Dokonanie przez Zamawiającego zmiany w tabeli wiązało się z przeprowadzeniem szeregu obliczeń matematycznych nie wynikających jednoznacznie z woli Wykonawcy. Stąd działanie Zamawiającego przekraczało uprawnienia wynikające z art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy Solumen sp. z o.o.

W konsekwencji należało uznać za zasadne stwierdzenie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedozwoloną zmianę treści oferty oraz stwierdzenie, że naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ umożliwiło wybór oferty, która powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza działając na podstawie art. 610 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodnicząca:

Członkowie: