

Sygn. akt KIO/KD 9/22

UCHWAŁA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ z dnia 22 lutego 2022 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 31 stycznia 2022 r. (wpływ: 3 lutego 2022 r.), zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego: Miejski Zespół Obsługi Placówek Oświatowo- Wychowawczych w Jaworznie, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 stycznia 2022 r. (sygnatura: DKZP.WKZ3.442.146.2021.JB), postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wymianę kotłów gazowych na gazowe kondensacyjne w Szkole Podstawowej nr 8 w Jaworznie

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Członkowie: Jolanta Markowska

Małgorzata Matecka

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Uchwały z dnia 23 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO/KD 9/22

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany również jako „Kontrolujący”) w wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wymianę kotłów gazowych na gazowe kondensacyjne w Szkole Podstawowej nr 8 w Jaworznie, prowadzonego przez Miejski Zespół Obsługi Placówek Oświatowo-Wychowawczych w Jaworznie, na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), stwierdził naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów:

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”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. K. Eco-Technika Grzeczka (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.

W toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli doraźnej ustalono, iż Zamawiający – Miejski Zespół Obsługi Placówek Oświatowo-Wychowawczych w Jaworznie w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego wszczętego w dniu 31 grudnia 2020 r. wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Eco, a następnie zawarł z tym wykonawcą umowę w sprawie zamówienia publicznego nr OW.VII.262.9.2021 w dniu 28 maja 2021 r.

- 1) Jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca Eco zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za ryczałtową kwotę 177 000,00 zł brutto. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego przekazanymi w toku kontroli, Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp2004 skierował w dniu 26 kwietnia 2021 r. do wykonawcy Eco wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny z uwagi na fakt, że oferta tego wykonawcy okazała się niższa od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT o 35,02%. W przedmiotowym piśmie Zamawiający wskazał m.in. co następuje:

„Prosimy o wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Do wyjaśnień prosimy złożyć dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, (np. szczegółowy kosztorys) w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę”.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2021 r. wykonawca Eco przekazał następujące informacje:

Informuję, że cena oferty na wykonanie „Wymiany kotłów gazowych na gazowe kotły kondensacyjne w Szkole Podstawowej Nr 8 w Jaworznie” wycieczona została na podstawie dokładnej analizy możliwości technicznych i osobowych mojej firmy, mając na uwadze zakres rzeczowy robót do wykonania zawarty w dokumentach przetargowych.

Firma moja w poprzednich latach wykonywała podobne, co do wielkości mocy kotłowni, na terenie sąsiednich miast naszego województwa i z tego tytułu mam znaczące doświadczenia w tym zakresie, a co najważniejsze korzystne rabaty u dostawców na materiały i urządzenia potrzebne do wykonania przewidywanego zakresu robót. Na dzień dzisiejszy firma dysponuje niezbędnym sprzętem i wyposażeniem zaplecza technicznego do wykonania

przedmiotowego zadania.

Dodatkowym atutem mającym odniesienie na cenę wykonania całości zadania, byłyby zminimalizowane koszty związane z codziennym transportem pracowników i sprzętu, co uwzględnione zostało w ostatecznych kalkulacjach. Jednocześnie oświadczam, że w firmie przestrzegane jest prawo pracy, między innymi art. 2 ust. 3-5 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Podtrzymuję na dzień dzisiejszy cenę oferty na przedmiotowy zakres robót w wysokości 177.000,00 zł brutto.

Dla wyjaśnienia załączam kalkulacje wykonane na podstawie dokumentów przetargowych, oraz na podstawie przewidywanych kosztów mojej firmy. Jakość wbudowywanych materiałów i urządzeń każdorazowo potwierdzona będzie przepisowymi dokumentami".

Do przedmiotowego pisma wykonawcy Eco został załączony kosztorys podzielony na branże: „instalacje technologiczne”, o wartości kosztorysowej robót 127 442,81 zł netto oraz „instalacje elektryczne” o wartości kosztorysowej robót 16 485,28 zł netto. Jak wynika z informacji przekazanych przez Zamawiającego w toku kontroli, przedmiotowy kosztorys został uznany przez Zamawiającego za kosztorys uproszczony. W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty wykonawcy Eco i zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z tak ustalonym stanem faktycznym, zdaniem Kontrolującego, wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny przekazane przez wykonawcę Eco w piśmie z dnia 28 kwietnia 2021 r. charakteryzują się lakonicznością oraz ogólnikowością stwierdzeń. Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie Izby poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2021 r., sygn. KIO 888/21). W tym względzie należy uznać, iż wykonawca Eco nie skonkretyzował w swojej odpowiedzi możliwości technicznych i osobowych, które mogłyby mieć wpływ na cenę realizacji zamówienia, co pozwala na stwierdzenie, iż jest to element nieweryfikowalny z perspektywy badania rażąco niskiej ceny w postępowaniu. Stosownie do przyjętych w orzecznictwie zasad w tym zakresie, wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie (m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2021 r., sygn. KIO 946/21), czemu wykonawca Eco nie zadośćuczynił. Analogicznie nie mogą zostać uznane za potwierdzające, iż oferta wykonawcy Eco nie zawiera rażąco niskiej ceny sformułowania odnoszące się do dostępnych wykonawcy rabatów w sytuacji jeśli wykonawca nie przekazał szczegółowych informacji w tym zakresie w toku procedury badania rażąco niskiej ceny. Należy zwrócić przy tym uwagę, iż przekazany przez wykonawcę Eco pismem z dnia 24 maja 2021 r. objęty tajemnicą przedsiębiorstwa dokument pn. „Oferta handlowa” został przedłożony Zamawiającemu po upływie terminu wskazanego w piśmie Zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2021 r. (tj. po dniu 29 kwietnia 2021 r.), pomimo iż jak wynika z daty wydruku dokumentu, został on sporządzony przed tą datą, co wyklucza możliwość uwzględnienia informacji zawartych w dokumencie w odniesieniu do procedury badania rażąco niskiej ceny. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, złożenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego należy traktować na równi z sytuacją, w której wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone przez wykonawcę (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2018 r., sygn. KIO 282/18). Ponadto wskazać należy, iż w wyjaśnieniach z dnia 28 kwietnia 2021 r. wykonawca Eco sygnalizując dysponowanie niezbędnym sprzętem i wyposażeniem zaplecza technicznego do wykonania przedmiotowego zadania, nie sprecyzował jakiego rodzaju sprzęt i wyposażenie zaplecza technicznego posiada oraz w jaki sposób ich zastosowanie pozwala na wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę ofertową. Wykonawca Eco nie wyjaśnił

także co rozumie poprzez zminimalizowane koszty związane z codziennym transportem pracowników i sprzętu oraz przełożenia powyższego faktu na konkretne elementy cenotwórcze.

Jak podkreśla Kontrolujący, za niewystarczający w kontekście uzasadnienia braku rażąco niskiej ceny należy uznać załączony przez wykonawcę Eco do pisma z dnia 28 kwietnia 2021 r. kosztorys uproszczony. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na fakt, iż sam Zamawiający w piśmie z dnia 26 kwietnia 2021 r. wskazał, iż przykładowym dowodem dla wykazania braku rażąco niskiej ceny może być kosztorys szczegółowy, co należy rozumieć jako żądanie dokumentu, z którego wynika pewne minimum informacji na temat elementów cenotwórczych pozwalających na kalkulację określonej ceny ofertowej. W tym względzie podkreślić należy, iż w praktyce robót budowlanych za kosztorys szczegółowy rozumie się najczęściej kosztorys podający dla każdej pozycji obmiarowej, rozbicie ceny jednostkowej na koszty robocizny, materiałów i sprzętu (m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2013 r., sygn. KIO 2366/13). Należy zaznaczyć, iż z przedmiotowego kosztorysu uproszczonego nie wynikają m.in. koszty pracy sprzętu, koszty materiałów czy liczba i cena roboczogodzin w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysu. Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę na fakt, iż przedmiotowy kosztorys uproszczony nie zawiera pozycji odpowiadającej pozycji nr 45 i 46 w załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) pn. „Przedmiar robót”, przewidując z kolei odrębną pozycję nr 45 opisaną jako „Komin”. Uznać należy, iż brak jest podstaw do samodzielnego przyjęcia przez Zamawiającego, zgodnie z wyjaśnieniami przekazanymi w toku kontroli doraźnej w piśmie z dnia 17 sierpnia 2021 r. (wpływ do Urzędu drogą elektroniczną w dniu 17 sierpnia 2021 r.), iż pozycja nr 45 w kosztorysie uproszczonym wykonawcy Eco odpowiada pozycjom nr 45 i 46 z załącznika nr 4 do SIWZ, biorąc pod uwagę zasadniczą zmianę treściową nazwy danej pozycji. Podkreślić należy przy tym, iż nawet jeśli wykonawca nie był formalnie zobowiązany do złożenia w toku postępowania kosztorysu ściśle zgodnie z przedmiarami robót, w sytuacji jeśli wykonawca przedkłada kosztorys jako dowód, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, musi być on weryfikowalny przez pryzmat zakresu zamówienia, w innym wypadku nie spełniałby on swojej roli dowodowej i jego składanie byłoby bezprzedmiotowe. Biorąc

pod uwagę układ przedłożonego przez wykonawcę Eco kosztorysu, który co do zasady odpowiadał układowi przedmiaru robót zawartego w załączniku nr 4 do SIWZ zasadne jest uznanie, iż Zamawiający powinien co najmniej zwrócić się do wykonawcy Eco o szczegółowe wyjaśnienie w odniesieniu do pozycji budzącej wątpliwości. Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, brak jest przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, jeśli pierwotne wyjaśnienia wykonawcy nie rozwiąły

wątpliwości Zamawiającego związanych z rażąco niską ceną (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2021 r., sygn. KIO 888/21).

Podsumowując wywód Kontrolujący podkreślił, że przepisy prawa statuują domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską (m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2021 r., sygn. KIO 1111/21), a tym samym w przypadku niewykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny przez wykonawcę, należy przyjąć, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Powyższe, zdaniem Kontrolującego, prowadzi do wniosku, że 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. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą Eco, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu.

- 2) W toku kontroli doraźnej ustalono, iż w rozdziale XIV pkt 1 SIWZ wskazano, iż wykonawca przedstawia ofertę zgodnie z ustawą oraz treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia według formularza ofertowego stanowiącego Załącznik Nr 9 do SIWZ [...], przyjmując sposób obliczenia ceny oferty określony w rozdziale XVI niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Treść pkt 2 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ została sformułowana przez Zamawiającego w następujący sposób: Po zapoznaniu się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia za ryczałtową kwotę _____ zł brutto (słownie: _____) ze stawką

podatku VAT ____ %. Ponadto w rozdziale XVI pkt 4 zdanie 1 SIWZ wskazano, iż przez cenę oferty Zamawiający rozumie cenę brutto za całe zadanie objęte przedmiotem zamówienia. W ramach ustaleń kontroli stwierdzono także brak postanowień SIWZ, w których Zamawiający wskazałby właściwą stawkę podatku VAT.

Jednocześnie Kontrolujący ustalił, iż w treści oferty wykonawcy Eco z dnia 9 kwietnia 2021 r. nie wskazano stawki podatku VAT.

W toku postępowania w sprawie zamówienia publicznego, w ramach procedury weryfikacji oferty wykonawcy Eco w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający uzyskał od wykonawcy Eco pismem z dnia 28 kwietnia 2021 r. kosztorysy uproszczone dla instalacji technologicznych oraz instalacji elektrycznych, z których wynika, iż łączna wartość kosztorysowa robót bez podatku VAT wyniosła 143 928,09 zł netto. Jednocześnie wskazać należy, iż przedmiotowe

kosztorysy, jak również treść pisma wykonawcy Eco z dnia 28 kwietnia 2021 r. nie zawierają informacji o stawce VAT zastosowanej do obliczenia ceny ofertowej brutto.

Jak wskazuje Kontrolujący, w toku kontroli, pismem z dnia 17 sierpnia 2021 r. Zamawiający potwierdził, iż w treści formularza oferty wykonawcy Eco nie wskazano stawki podatku VAT, wskazując jednocześnie co następuje.

„W wyniku postępowania wyjaśniającego, przeprowadzonego na podstawie art. 90 ust. 1 poprzedniej ustawy Pzp, Zamawiający ustalił, że do obliczenia ceny, Wykonawca: ECO Technika Grzewcza zastosował prawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 23 %. Fakt ten wynika ze złożonych przez tegoż Wykonawcę kosztorysów na łączną kwotę 143 928,09 zł netto. Po doliczeniu podatku VAT w wysokości 23 % daje kwotę 177 031,55 zł brutto. Co do różnicy 31,55 zł brutto w stosunku do kwoty w ofercie, Zamawiający nie miał wątpliwości, że ECO Technika Grzewcza R. K., przedstawił w ofercie cenę zaokrągloną. Różnica w kwocie 31,55 zł brutto, w ocenie Zamawiającego, również nie może być potraktowana jako błąd w obliczaniu ceny, ponieważ stanowi ona 0,0178 % ceny oferty. Ponadto odejmując z przedstawionej przez Wykonawcę ceny brutto 177 000,00 zł, łączną cenę netto z przedłożonych kosztorysów w kwocie 143 928,09 zł netto, otrzymujemy kwotę 33 071,91 zł, która po zaokrągleniu stanowi 23 % i w takiej wysokości Zamawiający określił stawkę VAT. Okoliczność podana przez Wnioskodawcę, że przy założeniu, iż Wykonawca Eco przyjąłby stawkę podatku VAT 23%, to wartość brutto obliczona na podstawie danych z kosztorysu powinna wynosić 177.031,55 zł, podczas gdy cena brutto wskazana w ofercie Wykonawcy wynosi 177.000,00 zł nie może być potraktowana jako błąd w obliczeniu ceny, lecz omyłka rachunkowa, która musiała zostać poprawiona przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 poprzedniej ustawy. W konsekwencji powyższego, wynagrodzenie Wykonawcy określone w paragrafie 12 zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego zostało określone przez Strony jako: 143.902,44 zł netto, plus podatek VAT w wysokości 23% tj. 177 000 00 zł brutto”.

Zdaniem Kontrolującego, biorąc pod uwagę powyższą argumentację należy stwierdzić, iż postanowienia SIWZ przewidywały zawarcie przez wykonawcę w treści oferty stawki VAT, co oznacza, iż brak przedmiotowej stawki w ofercie wykonawcy Eco przesądza o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004. Jednocześnie należy podkreślić, iż dany brak nie mógł podlegać poprawieniu przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp2004. W odniesieniu do podstawy poprawy omyłek w ofercie, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp2004 należy wskazać, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji na liczbach, a stwierdzenie jej jest możliwe na podstawie prześledzonego działania matematycznego (m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8

kwietnia 2019 r., sygn. KIO 605/19). Należy podkreślić, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia będącym przedmiotem kontroli w zakresie treści oferty wykonawcy Eco nie wystąpił aspekt przeprowadzenia błędnego działania matematycznego, lecz zaniechanie wskazania stawki podatku VAT przez wykonawcę Eco w sprzeczności z postanowieniami SIWZ. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyklucza się możliwość uznania za omyłkę rachunkową sytuacji, w której omyłka nie wynika z błędnie przeprowadzonego przez wykonawcę działania matematycznego, ale z niedochowania należytej staranności w obliczeniu ceny oferty (m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2020 r., sygn. KIO 1313/20). Analogicznie stwierdzić należy, iż dotyczy to również sytuacji, w której niedochowanie należytej staranności po stronie wykonawcy przejawia się poprzez niewypełnienie określonej pozycji formularza ofertowego wbrew postanowieniom SIWZ. W odniesieniu zaś do podstawy poprawy omyłek, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp2004 należy wskazać, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjęto pogląd, zgodnie z którym zaistniała omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, a ponadto Zamawiający może dokonać poprawienia takiej omyłki tylko w sytuacji, gdy wie (a wiedza ta oparta jest wyłącznie na informacjach zawartych w ofercie oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) jak takiej poprawy należy dokonać (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2021 r., sygn. KIO 788/21). Należy zauważyć, iż uzupełnienie oferty wykonawcy Eco w zakresie stawki podatku VAT możliwe było tylko w sytuacji uzyskania przez Zamawiającego dodatkowych informacji od wykonawcy, na co wskazuje sam Zamawiający w treści pisma z dnia 17 sierpnia 2021 r. Szczególne znaczenie ma w tym względzie fakt, iż Zamawiający nie określił przedmiotowej stawki podatku VAT w ramach postanowień SIWZ. Ponadto nie budzi wątpliwości brak możliwości zakwalifikowania przedmiotowej sytuacji jako omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp2004.

Jak wskazuje dalej Kontrolujący, nie może także ująć uwadze, iż informacje uzyskane przez Zamawiającego od wykonawcy Eco w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie dały jednoznacznej podstawy do ustalenia stawki podatku VAT w wysokości 23%. W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż Zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy Eco o wyjaśnienie treści oferty w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp2004, lecz wykorzystał informacje uzyskane w toku procedury badania rażąco niskiej ceny. Wskazać należy jednocześnie na istniejącą niespójność pomiędzy wartością ceny netto, ceny brutto oraz stawki podatku VAT ustalonych w ramach uzyskanych w ten sposób informacji, przejawiającą się poprzez niezgodność uzyskanej stawki podatku VAT przed zaokrągleniem tej wartości z dopuszczalnymi stawkami podatku VAT wynikającymi z przepisów prawa. Jak wskazano uprzednio, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za omyłkę rachunkową

uważa się omyłkę wynikającą z błędnego działania na liczbach, podczas gdy nie można za taką uznać sytuacji, gdy Zamawiający dokonuje działania (zaokrąglenia) w celu dostosowania określonej wartości do stawki wynikającej z przepisów prawa, gdyż jest to aspekt wykraczający poza działania stricte matematyczne. W szczególności należy zwrócić uwagę na rozbieżność pomiędzy wartością netto wynikającą z kosztorysu przekazanego przez wykonawcę Eco (143 928,09 zł) a wartością netto określoną w umowie w sprawie zamówienia publicznego (143 902,44 zł), co potwierdza niejednoznaczność sposobu ewentualnego poprawienia oferty, biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający nie miał pełnej wiedzy ani w zakresie wartości netto oferty, jak również stawki podatku VAT. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się natomiast, w odniesieniu do podstawy poprawy omyłek, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp2004, że oczywista omyłka to taka, która poza łatwością wykrycia cechuje się tym, że jest przypadkową i niezamierzoną niedokładnością w zapisie lub w wyliczeniu, której sposób poprawienia nasuwa się samo przez się każdemu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2010 r., sygn. KIO 2003/10), w odniesieniu zaś do podstawy poprawy omyłek, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp2004 – iż Zamawiający, na podstawie oferty powinien mieć możliwość samodzielnego ustalenia sposobu poprawienia tej oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. KIO 156/20). Należy uznać, iż Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie miał możliwości samodzielnego i jednoznacznego ustalenia sposobu poprawy oferty z uwagi na brak wystarczających danych na etapie przed wyborem najkorzystniejszej oferty.

Jak dodaje Kontrolujący, należy także podkreślić, iż w orzecznictwie Sądu Najwyższego ukształtował się pogląd, zgodnie z którym określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 20 października 2011 r., sygn. III CZP 52/11). W przedmiotowej uchwale Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę, że w sytuacji, w której Zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ZamPubU, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności.

Należy uznać, iż przyjęcie wykładni, zgodnie z którą niewskazanie w ofercie przez wykonawcę stawki podatku VAT, jeśli obowiązek wskazania stawki tego podatku wynikał z treści SIWZ nie skutkowałoby odrzuceniem oferty w sytuacji, jeśli co do zasady odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 znajduje zastosowanie do sytuacji, w których wykonawca wskazał nieprawidłową stawkę podatku VAT, prowadziłoby do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawców, których wadliwe działanie polega na niewskazaniu stawki

podatku VAT. Można bowiem założyć, iż każdy wykonawca, który miałby wątpliwość co do prawidłowości przyjętej przez siebie stawki podatku VAT, preferowałby niewskazywanie tej stawki w formularzu oferty, jeśli działanie takie nie skutkowałoby odrzuceniem oferty. Ma to szczególne znaczenie w sytuacjach, gdy formularz oferty zawiera tylko cenę brutto oraz wartość stawki VAT, a tym samym brak jest informacji o cenie netto, co może utrudniać weryfikację sposobu obliczenia przez wykonawcę ceny brutto. Tym samym uznać należy, iż istnieją podstawy do kwalifikowania tego rodzaju działania także jako błąd w obliczeniu ceny skutkujący koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004. Jednocześnie należy stwierdzić, iż przesłanki zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 ziściły się w niniejszej sprawie z uwagi na niewystąpienie omyłek w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp2004.

Reasumując, zdaniem Kontrolującego uznać należy, 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.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą Eco, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu. Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 610 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Informacja o wyniku kontroli została Zamawiającemu doręczona w dniu 25 stycznia 2022 r. Zamawiający pismem z dnia 31 stycznia 2022 r. (wpływ: 3 lutego 2022 r.), przedstawił Prezesowi Urzędu umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej. Tym samym, Zamawiający 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.

Zgodnie z treścią zastrzeżeń, Zamawiający sprzeciwia się zarzutom wskazanym w informacji pokontrolnej, 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].

- 1) Jak wskazuje Zamawiający, podkreślenia wymaga, że zarzut Prezesa UZP, jakoby oferta Wykonawcy: Eco-Technika 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 podejrzaney ceny.

Generalnie Prezes UZP z jednej strony podważa wyjaśnienia Wykonawcy Eco-Technika, 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-Technika 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].

Jak kontynuuje Zamawiający, 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-Technika o wyjaśnienia dotyczące podejrzanej ceny, czym naruszone zostały przepisy art. 90 ust. 1 i 1a „ustawy Pzp2004”;
2. czy może chodzi o zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy:

Eco- Technika 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 gołosłowny, 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-Technika?

W ocenie Zamawiającego, jeżeli tak jak twierdzi Prezes UZP, wymagane było zwrócenie się do Wykonawcy: Eco-Technika 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 K. R. ECO TECHNIKA GRZEWCA zawiera rażąco niską cenę.

Odrębną kwestia 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 umowy 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 bezwzględnym 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: Ryszard Konieczko Eco-Technika Grzewcza [dalej: „Eco-Technika”] ze względu na rzekomą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia jest nieprawidłowo sformułowany oraz całkowicie nieuzasadniony.

- 2) Zamawiający 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-Technika, podczas gdy jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawierała błąd w obliczeniu ceny, wskazuje 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 uwzględniać 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 zastrzeża 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 z wyłączenia 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”.

Jak kontynuuje Zamawiający, 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-Technika 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 orzecnictwem 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-Technika 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-Technika 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-Technika 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-Technika, 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-Technika, 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-Technika w wyniku zastosowania przepisu art. 87 ust.1 ustawy Pzp2004.

Tym samym, brak wskazania przez Eco-Technika 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-Technika 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-Technika, ze względu na rzekomy 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-Technika 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-Technika, 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, Zamawiający wniósł o uwzględnienie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przedmiotowych zastrzeżeń, a w przypadku ich nieuwzględnienia, przekazania zastrzeżeń do zaopiniowania przez Izbę.

Następnie pismem z dnia 8 lutego 2022 r. Prezes Urzędu w całości podtrzymał swoje stanowisko i przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli Prezesa UZP, podzieliła stanowisko Prezesa UZP w zakresie wskazanych przez niego naruszeń przepisów obowiązujących prawa.

Izba, stwierdzając powyższe, wydała niniejszą opinię w przedmiotowej sprawie w granicach zastrzeżeń zgłoszonych od wyników kontroli przez Zamawiającego.

Nadto, Izba potwierdziła ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UZP w przedmiotowej sprawie.

Mając na celu wyrażenie opinii w sprawie zastrzeżeń, Izba ustaliła na podstawie akt kontroli, że poczynione przez Prezesa UZP ustalenia co do faktów są rzetelne i niebudzące wątpliwości.

Następnie Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszonych przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli Prezesa UZP, stanęła na stanowisku, że wnioski w zakresie przeprowadzonej kontroli znajdują

uzasadnienie w odniesieniu do stwierdzonych naruszeń.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego z powyższych zastrzeżeń.

1) Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej: „ustawa PZP”), zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak stanowi z kolei art. 90 ust. 2 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Dopełnieniem ww. przepisów jest treść art. 90 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli

dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na tych właśnie przepisach opierał się zarzut Kontrolującego, którego konkluzją było to, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy R. K. Eco-Technika Grzeczka, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy, którego wezwano do udzielenia wyjaśnień w zakresie jej kalkulacji, do stwierdzenia, że oferta podlega odrzuceniu, można dojść w dwojaki sposób. Po pierwsze, odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, który na wezwanie do złożenia wyjaśnień w ogóle ich nie składa. Po drugie, odrzuceniu z tej samej przyczyny podlega również oferta wykonawcy, który co prawda wyjaśnienia przedłożył, jednak nie są one poparte dowodami lub dowody te nie pozwalają na stwierdzenie, że cena przez niego zaproponowana jest ceną realną, za którą można zrealizować przedmiot zamówienia. Innymi słowy, wykonawca nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Przy czym, zgodnie w orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, że pozytywna ocena Zamawiającego w zakresie przedłożonych przez wykonawcę wyjaśnień ceny, możliwa jest jedynie w razie, gdy są one konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania- chodzi bowiem o wykazanie ww. okoliczności przez wykonawcę.

Stosowanie ogólników traktujących o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc... przeważnie nic nie wnoszą do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie jako ich podstawa czy zasadnicza treść (wyrok z dnia 6 lipca 2021 r., KIO 1680/21). Nie można bowiem w takiej sytuacji mówić o wykazaniu, a o niepopartych dowodami twierdzeniach.

Zatem w sytuacji, gdy przedłożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie pozwalają na ich pozytywną ocenę w zakresie wykazania realności zaproponowanej ceny, aktualizuje się obowiązek odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Nie można więc zgodzić się ze stwierdzeniem Zamawiającego, że w jego ocenie, Wykonawca w sposób prawidłowy i wyczerpujący wyjaśnił kwestię „podejrzanej ceny” i wykazał, że nie jest ona rażąco niska. Takie stanowisko jest nieuprawnione na gruncie przepisów ustawy PZP stosowanej w

przedmiotowym postępowaniu i ustalonego stanu faktycznego. Zamawiający nie mógł bowiem pozytywnie ocenić przedłożonych mu przez wykonawcę wyjaśnień, gdyż zaniechał on obowiązku wykazania realności jego ceny. Stwierdzenie braku wykazania tej okoliczności jest tożsame z uznaniem, że cena oferty danego wykonawcy jest rażąco niska. W sprzeczności ze stanowiskiem Zamawiającego stoi także ustalony stan faktyczny, zgodnie z którym to sam Zamawiający za przykładowy dowód potwierdzający realność ceny uznał kosztorys szczegółowy – a nie uproszczony.

Nie jest przy tym Zamawiający uprawniony do subiektywnej oceny przedłożonych wyjaśnień. Ocena przedłożonych wyjaśnień powinna mieć charakter obiektywny - nawet jeśli zaproponowana cena jest ceną realną, jednak zachodziły podstawy do wezwania o wyjaśnienia, oferta wykonawcy, który zaniechał obowiązku wykazania realności ceny, powinna zostać odrzucona.

Izba podziela stanowisko Kontrolującego, 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 zadośćuczynił wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy PZP obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim, wykonawca Eco nie skonkretyzował, jakie zasoby techniczne czy osobowe pozwolą mu na uzyskanie zaoferowanej ceny. Zaniechał tego także w stosunku do potencjalnych rabatów, jakie są mu oferowane. Wyłącznie na twierdzeniu oparł tezę, że na wysokość ceny ofertowej wpływ mają również zminimalizowane koszty związane z codziennym transportem pracowników i sprzętu. Nie sposób takich wyjaśnień traktować w kategoriach wykazania. Są to jedyne twierdzenia, niepoparte jakimikolwiek dowodami.

Wskazać również należy, że ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które Zamawiający nie zapytał. Wówczas gdy te wyjaśnienia i dowody (na pierwsze wezwanie) zrodziłyby po stronie Zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia, możliwym byłoby ponowne wezwanie (wyrok z dnia 9 czerwca 2021 r., KIO 1166/21).

Poruszana przez Kontrolującego kwestia ewentualnego ponownego wezwania miała jedynie charakter subsydiarny do

czynionych wcześniej ustaleń. Izba przychyliła się w tym zakresie do argumentacji wskazanej w odpowiedzi na zastrzeżenia.

Podsumowując, zarzut Kontrolującego polegający na stwierdzeniu, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty, której cena jest rażąco niska, nie wymagał udowodnienia sensu stricto, że cena w wysokości 177 tys złotych brutto zaproponowana przez wykonawcę jest ceną, za którą

nie można było wykonać przedmiotu zamówienia. Wystarczającym do takiego stwierdzenia było to, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedłożone przez wykonawcę, nie pozwalały na stwierdzenie, że zadośćuczynił on obowiązowi wykazania realności zaproponowanej przez niego ceny. Już w takiej sytuacji aktualizuje się bowiem obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy PZP, tj. z uwagi na rażąco niską cenę oferty.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego dotycząca ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w analizowanym postępowaniu czy też dotycząca błędu logicznego w sformułowanych przez Kontrolującego zarzutach. Pozostają one bez związku z istotą analizowanego zagadnienia. Zdaniem Izby, Kontrolujący jasno i precyzyjnie wskazał na naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, co znajduje wyraz w treści informacji pokontrolnej.

Z powyższych względów, Izba uznała, że doszło w opiniowanej sprawie do naruszenia przez Zamawiającego przepisów 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.

- 2) Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zamawiający odrzuca również ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP).

Jak stanowi natomiast treść art. 87 ust. 2 ustawy PZP, Zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie (pkt 1), oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek (pkt 2), inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (pkt 3) - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do argumentacji Zamawiającego, zawartej w treści zastrzeżeń, że tak naprawdę z treści SIWZ nie wynika obowiązek podania przez wykonawcę kwoty, czy też stawki podatku VAT, stwierdzić należy, że argumentacja ta nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie bowiem z treścią formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ, wykonawca podając cenę brutto musiał również wskazać zastosowaną stawkę podatku VAT. Załącznik do SIWZ również traktować należy jako jej treść. Nie ulega zatem wątpliwości, że chociaż Zamawiający nie wskazał jaką konkretną stawkę podatku VAT uważa za prawidłową przy rozpatrywanym przedmiocie zamówienia, to obowiązek jej wskazania ciążył na wykonawcach składających oferty, co potwierdza treść formularza ofertowego.

Istniała zatem niezgodność treści oferty z warstwą merytoryczną SIWZ, gdyż załączniki do niej również stanowią o jej treści. Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska Kontrolującego, iż nie można przyznać stawce podatku VAT wskazywanej przez wykonawcę w formularzu oferty wyłącznie waloru informacyjnego, rozumianego jako niepodlegającego weryfikacji w procesie badania ofert.

Nie można również zgodzić się z argumentacją, że brak wskazania stawki VAT w formularzu ofertowym mógł zostać uzupełniony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Instytucja poprawy omyłki może bowiem znaleźć zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający ma pewność, w jaki sposób ją poprawić, przy czym chodzi o jeden możliwy sposób poprawy, a nie jeden z wielu sposobów (wyrok z dnia 20 maja 2021 r., KIO 950/21). Skoro brak było w treści formularza ofertowego miejsca do uzupełnienia kwoty netto, nie było również podstaw do tego by samodzielnie, za pomocą prostego działania matematycznego, uzupełnić lukę w zastosowanej stawce VAT.

Izba w niniejszej sprawie podziela stanowisko zaprezentowane przez Kontrolującego, że warunkiem do zastosowania instytucji poprawy omyłki jest to by: zaistniała omyłka nie była wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, a ponadto Zamawiający może dokonać poprawienia takiej omyłki tylko w sytuacji, gdy wie (a wiedza ta oparta jest wyłącznie na informacjach zawartych w ofercie oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) jak takiej poprawy należy dokonać (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2021 r., sygn. KIO 788/21).

Jak przyznaje Zamawiający, wiedzę w zakresie zastosowanej stawki podatku pozyskał on z dokumentów przedstawionych przez wykonawcę w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie posiadał jednak wystarczających informacji dla samodzielnego określenia prawidłowej stawki VAT, biorąc pod uwagę rozbieżność pomiędzy wartością netto wynikającą z kosztorysu przekazanego przez wykonawcę Eco, a wartością netto określoną w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Zastosowanie w niniejszej sprawie 23% stawki VAT do kwoty przedstawionej przez wykonawcę w kosztorysie, przedstawia bowiem inną wartość liczbową, niż przez niego zaofferowana. Nie ma przy tym znaczenia niska wartość tej kwoty.

Nie można w związku z tym aprobować zachowania Zamawiającego polegającego na arbitralnym, pozbawionym jednoznacznych i nie budzących wątpliwości podstaw, samodzielnym ustaleniu zastosowanej przez wykonawcę stawki VAT.

Zgodzić się również należy z argumentacją przedstawioną przez Kontrolującego, że nawet w sytuacji, gdy decydującą o porównywalności ofert w postępowaniu jest cena brutto, Zamawiający i tak ma obowiązek zbadać prawidłowość

zastosowanej przez wykonawców stawki podatku VAT, jeśli jej wskazanie było wymagane – a w niniejszej sprawie było.

Jednocześnie bowiem wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, że nieuwzględnienie w cenie oferty prawidłowej stawki podatku VAT stanowi co do zasady błąd w obliczeniu ceny. Zatem wobec braku wskazania w SIWZ prawidłowej stawki podatku VAT, ciężar w tym zakresie został przerzucony na wykonawców. Brak wskazania stawki podatku VAT w dokumentach zamówienia powoduje, że ewentualne zastosowanie wadliwej stawki podatku VAT nie może być konwalidowane w toku oceny i badania ofert jako omyłka podlegająca poprawieniu, a stwierdzenie nieprawidłowości w tym zakresie winno skutkować odrzuceniem oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Obowiązkiem Zamawiającego jest zawsze poddanie ocenie, czy wykonawcy przyjęli prawidłowe stawki podatku VAT, wysokość podatku VAT stanowi bowiem zasadniczy element cenotwórczy (na co wskazano m.in. w uchwale Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11).

Za nieuzasadnioną należy uznać argumentację Zamawiającego, jakoby miał on możliwość zastosowania w tej sytuacji przepisu art. 87 ust. 1 ustawy PZP i uzyskanie od Wykonawcy Eco-Technika, w drodze wyjaśnienia treści złożonej oferty – informacji o zastosowanej przez Wykonawcę stawce podatku VAT i kwocie podatku. Nie można uznać za prawidłowe stanowiska, na które powołuje się Zamawiający w ślad za wyrokiem KIO z dnia 5 stycznia 2015 r., KIO 2670/14. Odnosi się ono bowiem do zupełnie innego stanu faktycznego, w którym Zamawiający nie wymagał podania w formularzu ofertowym stawki podatku VAT. Natomiast instytucja wzywania do wyjaśnień dotyczy tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, lecz jest wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty, lecz tego zaniechał (tak wyrok z dnia 11 grudnia 2020 r., KIO 2968/20).

Izba podziela także stanowisko Kontrolującego, że przyjęcie wykładni, zgodnie z którą niewskazanie w ofercie przez wykonawcę stawki podatku VAT, nie skutkowałoby odrzuceniem oferty, prowadziłoby do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawców, którzy tych stawek nie wskazują. Jeśli bowiem, co do zasady, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP znajduje zastosowanie do sytuacji, w których wykonawca wskazał nieprawidłową stawkę podatku VAT, to brak takiej sankcji w stosunku do wykonawców, którzy tych stawek w ogóle nie wskazują (np. z uwagi na wątpliwości w zakresie prawidłowej stawki), stawiałby ich w korzystniejszej sytuacji, skoro niewskazanie jakiegokolwiek stawki nie skutkowałoby odrzuceniem oferty.

Ma to szczególne znaczenie w sytuacjach, gdy formularz oferty zawiera tylko cenę brutto oraz wartość stawki VAT, a tym samym brak jest informacji o cenie netto, co może utrudniać weryfikację sposobu obliczenia przez wykonawcę ceny brutto. Tym samym uznać należy, iż istnieją podstawy do kwalifikowania tego rodzaju działania także jako błąd w obliczeniu ceny

skutkujący koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004. Jednocześnie należy stwierdzić, iż przesłanki zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 ziściły się w niniejszej sprawie z uwagi na niewystąpienie omyłek w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp2004.

Wobec powyższej argumentacji, zdaniem Izby, Zamawiający w niniejszej sprawie dopuścił się także naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eco, podczas gdy jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawierała błąd w obliczeniu ceny.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie: