

Warszawa, dnia 08.02.2022 r.

Znak sprawy: WZP/WIPFE/D-332-58/21

Adresat
(wszyscy Wykonawcy)

Zawiadomienie o odrzuconych ofertach Wykonawców oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji na „Wykonanie i dostawę puzzli informacyjno-promocyjnych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2014-2020” (nr sprawy: WZP/WIPFE/D-332-58/21)

I. Zawiadomienie o odrzuconych ofertach Wykonawców

1. Działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) informuje, że w przedmiotowym zamówieniu na „Wykonanie i dostawę puzzli informacyjno-promocyjnych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2014-2020” (nr sprawy: WZP/WIPFE/D-332-58/21) postanowił odrzucić ofertę Wykonawcy, **Agencja Reklamowo – Wydawnicza Studio B&W Wojciech Janecki**, ul. Podjazdowa 2/31, 41-200 Sosnowiec (oferta nr 04; dalej Wykonawca) z uwagi na fakt, iż oferta Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny.

W dniu 28 stycznia 2022 r. działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.), który stanowi, że „Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych” Zamawiający wzywał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie zaproponowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do wskazania sposobu kalkulacji ceny w przedmiotowym postępowaniu. Wątpliwości Zamawiającego budziła wskazana w pkt 1, Załącznika nr 1 do SWZ – Formularza oferty, tj. cena za wykonanie i dostawę puzzli informacyjno-promocyjnych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2014-2020, która wynosi 34.301,01 zł brutto.

Całkowita wartość oferty Wykonawcy jest niższa o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 „W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”.

Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO, Izba) wydawanym na podstawie przepisów obowiązujących do 31 grudnia 2020 r. „(...) ustawodawca w art. (...) ustawy Pzp jednoznacznie przesądził, że różnica tego rodzaju pomiędzy ceną ofertową a średnią arytmetyczną cen musi prowadzić do uruchomienia procedury wyjaśniającej (...)” (sygn. KIO 439/15) oraz „(...) Obowiązek wszczynania procedury na podstawie (...) Pzp występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności (...)” (sygn. KIO 2776/14). Izba potwierdza ww. stanowisko również w wyroku z dnia 24 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1887/16) gdzie wskazano, że „(...) zgodnie z (...) Pzp, zamawiający jest uprawniony i zobowiązany zarazem do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w przypadku wystąpienia okoliczności określonych w tym przepisie, uzasadniających wątpliwości co do rażąco niskiej ceny oferty. Zgodnie z (...) Pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena, która istotnie (o 30%) odbiega od wartości przedmiotu zamówienia lub od średniej arytmetycznej złożonych ofert, nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Treść składanych wyjaśnień musi być wyczerpująca i musi czynić zadość oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w treści wezwania (...)”. Wskazane orzecznictwo dotyczy ustawy sprzed nowelizacji, niemniej jednak, wprowadzone zmiany przepisów w zakresie konieczności badania potencjalnie rażąco niskiej ceny nie wpłynęły na jego radykalną zmianę, co wynika z orzecznictwa wskazanego w dalszej części niniejszego pisma. Potwierdzają to również okoliczności opisane w komentarzach do aktualnej ustawy P.z.p. obowiązującej od 1 stycznia 2021 r., których autorzy wskazują m.in., że „Szczególną sytuację, w której zamawiający musi ex lege powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, przewidziano w art. 224 ust. 2 pkt 1. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o minimum 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający jest zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, niezależnie od tego, jak ocenia jego ofertę. W takim wypadku spełnienie formalnego, matematycznego wymogu obliuguje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia”.

Z powyższego wynika, że Zamawiający miał obowiązek wezwać do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny każdego Wykonawcę, którego oferta cenowa jest niższa o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert chyba, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W związku z obowiązkiem wynikającym z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., Zamawiający wezwał Wykonawcę do podania całokształtu okoliczności mających wpływ na wysokość podanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 224 ust. 3 wyjaśnienia mogły dotyczyć w szczególności:

- 1) „zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r., poz. 2207, z późn. zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy”.

Powyższe przesłanki nie stanowią zamkniętego katalogu. Wykonawca może wskazać wszystkie okoliczności, które uzna za istotne dla wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

Zamawiający poinformował, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy

Zgodnie z obowiązującym dotychczas wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 189/15) Wykonawca musiał wykazać, że odpowiednio skalkulował cenę ofertową, a w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Powyższe potwierdza również wyrok z dnia 25 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1257/21) gdzie wskazano „Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia”.

Jak dotychczas wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza (np. w wyroku z dnia 11 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 121/16) „(...) wykonawca musi nie tylko wyjaśnić »co« – jaki czynnik ma wpływ czy jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca musi też wyjaśnić »w jaki sposób« wskazane czynniki mają wpływ na wysokość tej ceny. Jednocześnie wykonawca może wykazać, że jest w stanie zastosować czynniki niedostępne dla innych wykonawców i w ten sposób wpłynąć na wysokość ceny, a w zasadzie na niski poziom ceny. Samo przytoczenie i nawet udowodnienie (...) bez wykazania wpływu tego elementu na cenę i odmiennego zastosowania tego czynnika od innych wykonawców nie może dać zamawiającemu podstaw do przyjęcia takich wyjaśnień i potwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wprost przeciwnie – zamawiający w takim przypadku jest obowiązany zastosować się do art. (...) Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«”. Wskazane orzecznictwo również dotyczy ustawy sprzed nowelizacji, niemniej jednak, wprowadzone zmiany przepisów w zakresie konieczności badania potencjalnie rażąco niskiej ceny nie wpłynęły na jego radykalną zmianę, co wynika z szerokiego orzecznictwa nie tylko Izby ale również sądów, gdzie wielokrotnie podkreślano, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Tym samym nie byłoby wystarczające złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami (np. umowa zawarta z podwykonawcą czy oferta handlowa). Wykonawca, wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musiał wskazać również, w jakim stopniu specyficzne, dotyczące tylko tego wykonawcy okoliczności, wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w kalkulacji.

Zamawiający wskazał, że działając zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. „Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 24 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1887/16) „(...) brak dostatecznych wyjaśnień powinien skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o art. (...) Pzp. Zgodnie bowiem z poglądem wypracowanym w orzecznictwie, złożenie przez wykonawcę, wezwanego w trybie (...) Pzp, wyjaśnień niedostatecznych jest zrównane w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień lub uznaniem, że wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (...)”. Konieczność odrzucenia oferty wynika również z bieżącego orzecznictwa. Zgodnie z wyrokiem KIO z 5 sierpnia 2021 r. (sygn. akt KIO 1663/21) ciężar dowodu obciąża Wykonawcę. Jeżeli Wykonawca temu ciężarowi nie podoła, to spełnia się przesłanka odrzucenia oferty. Wówczas bowiem istnieje tzw. domniemanie rażąco niskiej ceny, któremu wykonawca nie zaprzeczył.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej za realizację przedmiotu zamówienia, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 2 lutego 2022 r., do godz. 11:00.

Wykonawca w dniu 2 stycznia 2022 r., o godz. 14:07, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w przesłał w formie elektronicznej następując wyjaśnienia „(...) cena została źle policzona (policzyłem dla 2 tys. sztuk) ale przy 2 rodzajach a nie 6 przy tych parametrach nie jestem w stanie tego zrealizować”.

Wskazanie niewłaściwej ceny nie może zostać uznane za jakakolwiek formę omyłki możliwą do poprawienia na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy P.z.p.

Wskazanie niewłaściwej ceny, która nie obejmuje wszystkich rodzajów elementów przedmiotu zamówienia nie może być uznane za omyłkę pisarską lub rachunkową. Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych za oczywistą omyłkę pisarską można uznać omyłkę polegającą na przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym lub pisarskim powinna być możliwa do poprawienia bez odwoływania się do innych dokumentów.

Oczywistą omyłką rachunkową jest natomiast omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. Ustawa P.z.p. nie precyzuje co należy uznać za „oczywistą omyłkę rachunkową” w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 2 tejże ustawy, dlatego istotne pozostaje odwołanie się do słownikowego wyjaśnienia, że zwrot „oczywisty” jest tożsamy z „niebudzący wątpliwości”. Jeżeli więc dana omyłka będzie wymagała złożenia wyjaśnień lub nie będzie dostrzegalna na pierwszy rzut oka, nie będzie miała cech oczywistości i nie będzie mogła być poprawiona w tym trybie. Ponadto, Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach sam przyznał, że podana cena oferty została źle skalkulowana, ponieważ nie obejmuje wszystkich rodzajów elementów zamówienia, które należało wycenić, co jest jednoznaczne z faktem, iż oferta nie zawiera omyłki ale właśnie błąd w obliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny, żaden sposób nie podlega poprawieniu na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy P.z.p.

Na gruncie przepisów ustawy P.z.p treść oferty to oświadczenie woli Wykonawcy wyrażone w Formularzu ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie Wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez Wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z Wykonawcą zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie, pod pojęciem treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań Zamawiającego przede wszystkim co do wartości, zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. KIO zwraca uwagę, że treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania Wykonawcy do zgodnego z żądaniami Zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się Formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. W przypadku formy wynagrodzenia kosztorysowego za treść oferty uznaje się kosztorys ofertowy, natomiast w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego – wartość wskazana w ofercie. Jak wskazuje KIO wyjaśnienia Wykonawcy nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a muszą jedynie ograniczać się do jej wykładni. Złożenia przez Wykonawcę na skutek wyjaśnień nowego oświadczenia, tj. właściwej ceny za przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego, nie można byłoby uznać za wykładnię oferty.

Brak możliwości uznania, iż wskazanie niewłaściwej ceny i niepoliczenie wszystkich rodzajów elementów zamówienia nie może stanowić jakiegokolwiek przewidzianej w ustawie P.z.p. omyłki prowadzi do tego, iż działanie takie musi zostać uznane za błąd w obliczeniu ceny. Ponieważ przepisy ustawy P.z.p. nie zawierają definicji błędu, zgodnie z art. 8 ustawy P.z.p. błąd należy rozpatrywać jako wadę oświadczenia woli w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 84 § 2 K.c. można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny). Chodzi tu o błąd co do faktu, polegający na niezgodnym z rzeczywistością wyobrażeniu o istniejącym stanie rzeczy lub o treści czynności prawnej.

Błąd w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. zachodzi, jeśli cena oferty została podana w sposób nieprawidłowy, odbiegający od stanu faktycznego lub cena została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. W opinii KIO błąd w obliczeniu ceny „to inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego”.

W wyroku z dnia 2 lutego 2018 r. (sygn. KIO 129/18) Izba wskazała również „Należy wskazać, iż ustawa Pzp nie podaje definicji dla sformułowania „błąd w obliczeniu ceny”. Definicja ta została wykształcona przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i zgodnie z nim przyjmuje się, iż błąd w obliczeniu ceny to błąd polegający na nieprawidłowym ustaleniu stanu faktycznego podlegającego wycenie, na przyjęciu niewłaściwych danych do obliczenia ceny, to również każdy inny niż oczywista omyłka rachunkowa błąd, powstały

w szczególności poprzez zastosowanie niewłaściwych jednostek, niewłaściwych ilości, zakresu czynności, pominięcie wyceny czy też przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT. Charakterystycznym elementem błędu w obliczeniu ceny jest brak możliwości jego poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, a konsekwencją wystąpienia, jest konieczność odrzucenia oferty”.

W związku z powyższym, w tym w szczególności z wyjaśnieniem Wykonawcy należy przyjąć, że Wykonawca popełnił błąd w obliczeniu ceny poprzez niewłaściwe wskazanie ceny brutto za wszystkie rodzaje elementów zamówienia. Tym samym, odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. jest uzasadnione.

2. Działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 218 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) informuje, że w przedmiotowym zamówieniu na „Wykonanie i dostawę puzzli informacyjno-promocyjnych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2014-2020” (nr sprawy: WZP/WIPFE/D-332-58/21) postanowił odrzucić ofertę Wykonawcy, **PPHU LIR Elżbieta Zajet**, ul. Grunwaldzka 2, 82-300 Elbląg (oferta nr 03; dalej Wykonawca) z uwagi na fakt, iż oferta jest niezgodna z przepisami ustawy, gdyż Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie.

Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego wskazanym:

- 1) w pkt 15 SWZ „Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert wariantowych”;
- 2) w pkt 25.1 SWZ „Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę (...)”;
- 3) w pkt 31.1 SWZ „Wykonawca zobowiązany jest podać całkowitą wartość brutto za realizację zamówienia (liczbowo i słownie)”.

Wykonawca złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W pkt 1 Załącznika nr 1 do SWZ – Formularza oferty Wykonawca wskazał:

1. Oferujemy spełnienie przedmiotu zamówienia, zgodnie z warunkami i postanowieniami zawartymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia za całkowitą cenę brutto:

91 020 *;

(kwota słownie: osiemdziesiąt cztery tysiące osiemset siedemdziesiąt złotych 00/100).

Zamawiający nie wymagał przygotowania dodatkowej szczegółowej kalkulacji ceny, czy też jakiegokolwiek innej formy kosztorysu. Tym samym Zamawiający nie ma żadnej możliwości ustalić która cena jest faktyczną ceną za realizację przedmiotu zamówienia poza wezwaniem Wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Niemniej jednak zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty (...)”.

Wezwanie Wykonawcy do wyjaśnień doprowadziłoby do sytuacji, w której Wykonawca musiałby podać konkretną ceną za realizację przedmiotu zamówienia, mogą wybrać, czy właściwą jest wartość podana liczbowo w wysokości 91.020,00 zł brutto, czy też wartość podana słownie w wysokości 84.870,00 zł brutto. Tego typu wyjaśnienia stanowią w praktyce negocjacje ceny złożonej oferty. Wykonawca mógłby wskazać jedną z wartości dysponując wiedzą na temat cen zaproponowanych przez innych uczestników postępowania i tym samym wpłynąć na wynik przedmiotowego postępowania.

Na gruncie przepisów ustawy P.z.p treść oferty to oświadczenie woli Wykonawcy wyrażone w Formularzu ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie Wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez Wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z Wykonawcą zawarta umowa w sprawie

zamówienia publicznego. W orzecznictwie, pod pojęciem treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań Zamawiającego przede wszystkim co do wartości, zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. W powyższym przypadku Wykonawca w praktyce złożył dwa oświadczenia woli w zakresie wartości przedmiotu zamówienia. Z treści oferty nie wynikały żadne dane pozwalające uznać, że z całą pewnością doszło do omyłki, która mogłaby zostać poprawiona, ani też dane pozwalające jednoznacznie ustalić, która z cen jest ceną prawidłową.

KIO zwraca uwagę, że treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania Wykonawcy do zgodnego z żądaniami Zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się Formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie Wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym.

Zamawiający dopuszcza możliwość dokonywania poprawek w ofercie Wykonawcy jedynie w zakresie wskazanym w art. 223 ust. 2 ustawy P.z.p. Nie wszystkie pomyłki podlegają konwalidacji, w szczególności te dotyczące ceny oferty, ponieważ bezpośrednio rzutują one na pozycję Wykonawcy w rankingu. Przykładem takiej pomyłki może być błędne rozwinięcie słowne cyfrowego zapisu ceny. Z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 1 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1040/21) wynika, że taki błąd nie podlega poprawieniu.

Izba uznała, że złożenie oferty, której cena różni się w zależności od rodzaju zapisu (cyfrowego lub słownego), można traktować jako złożenie *de facto* dwóch niezależnych od siebie ofert. Tym samym Wykonawca mógłby po otwarciu ofert i zapoznaniu się z cenami zaoferowanymi przez innych Wykonawców wybrać tę cenę, która pozwoliłaby mu uzyskać zamówienie. Izba podkreśliła, że z treści oferty nie wynikały żadne dane pozwalające uznać, że z całą pewnością doszło do omyłki, która mogłaby zostać poprawiona, ani też dane pozwalające jednoznacznie ustalić, która z cen jest ceną prawidłową.

Z art. 218 ust. 1 ustawy P.z.p. jasno wynika, że każdy Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Z zaistniałej sytuacji wynika, że jeżeli Wykonawca w sposób pośredni lub bezpośredni przedłożył Zamawiającemu dwie różne ceny za to samo zamówienie, można traktować jego działanie jako sprzeczne z prawem. W konsekwencji oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Izba wskazała, że *„Skoro Wykonawca (...) prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) złożył dwie oferty w postępowaniu, jest to niezgodne z art. 218 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”*.

Ten skutek powinien nastąpić niezależnie od tego, czy Wykonawca złożył dwie oferty, czy też jedną ofertę wariantową. Takie wątpliwości mogą się pojawić ze względu na fakt, że Wykonawca złożył jeden formularz ofertowy wskazujący dwie odmienne ceny. Niezależnie jednak od tego, czym kierował się Wykonawca, mógłby teraz otrzymać możliwość wybrania jednej z cen zawartych w formularzu ofertowym po otwarciu ofert i zapoznaniu się z cenami innych wykonawców. To z kolei narusza podstawową zasadę udzielania zamówienia publicznego opisaną w art. 16 ustawy P.z.p., który wskazuje, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców, a także w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zdaniem Izby *„(...) w sytuacji, gdy wykonawca ma możliwość wyboru ceny po otwarciu ofert i zapoznaniu się z cenami innych wykonawców, zdecydowanie stanowi to naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, gdyż stawia jednego z wykonawców w pozycji uprzywilejowanej, innej i znacznie korzystniejszej niż innych wykonawców (...)”*.

Ponadto, Izba wskazała, że Zamawiający nie jest uprawniony do wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Jak wskazała Izba, w przedmiotowej sytuacji Wykonawca nie wyjaśniałby treści oferty, lecz dokonywał wyboru jednej z cen, co jest zarówno niedopuszczalne, jak i naruszające zasadę równego traktowania Wykonawców. Poza tym nie doszło do popełnienia omyłki w ofercie Wykonawcy, lecz do złożenia oferty z ceną alternatywną, co stanowi nieusuwalny błąd oferty. Oznacza to, że Zamawiający miałby jeszcze jedną podstawę do odrzucenia oferty kwestionowanej przez odwołującego, mianowicie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. wskazującego, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy.

Tym samym Zamawiający wzywając Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie dopuściłby się nieuzasadnionego i niezgodnego z prawem poprawienia omyłki w ofercie jednego

z Wykonawców, w sytuacji gdy podane przez niego ceny były różne w zapisie cyfrowym i słownym. Najbardziej rażącym byłby fakt, że udzielając wyjaśnień, Wykonawca znałby już ceny innych oferentów, co spowodowało, że mógł wybrać cenę korzystniejszą z perspektywy toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym zasadnym jest odrzucenie oferty Wykonawcy, na podstawie art. 226 ust 1 pkt 3 ustawy P.z.p., który stanowi, iż złożona oferta jest niezgodna z przepisami ustawy.

II. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym zamówieniu

Działając na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) informuje, że w przedmiotowym postępowaniu na „*Wykonanie i dostawę puzzli informacyjno-promocyjnych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2014-2020*” (nr sprawy: WZP/WIPFE/D-332-58/21) postanowił jako najkorzystniejszą wybrać ofertę złożoną przez Wykonawcę, **Agencję Reklamy Eureka Plus Barbara Fedorowicz, Ryszard Fedorowicz**, ul. 3 Maja 11, 35-030 Rzeszów (oferta nr 02; dalej Wykonawca).

Kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym zamówieniu były: Cena – 50% – max 50pkt; Parametry funkcjonalne – 50% – max 50pkt. Wybrany Wykonawca, zaproponował najkorzystniejszy bilans wszystkich wskazanych w SWZ kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego spośród Wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

W przedmiotowym postępowaniu złożono cztery oferty. Zamawiający nie wykluczył z udziału w postępowaniu żadnego Wykonawcy oraz odrzucił dwie oferty Wykonawców. Zamawiający nie odrzucił żadnej oferty Wykonawcy z uwagi na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w każdej części przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 253 ust 2 ustawy P.z.p. zostanie przekazana Wykonawcom, którzy złożyli oferty a także zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania: <https://bip.mazowia.eu/zamowienia-publiczne/> oraz <https://miniportal.uzp.gov.pl/Postepowania/>.

Zgodnie z art. 308 ust. 2 ustawy P.z.p. Zamawiający przewiduje zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Załącznikami do niniejszego zawiadomienia są:

1. zbiorcze zestawienie ofert, zawierające nazwy (firmy) i adresy Wykonawców;
2. punktacja przyznana ofertom w kryterium oceny ofert oraz łączna punktacja.

Mariusz Frankowski
p.o. Dyrektora
Mazowieckiej Jednostki Wdrażania Programów Unijnych
/- podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym

Sprawę prowadzi:
Anna Pogorzelska
tel. 22 542 27 43
fax. 22 698 31 44/57
email: a.pogorzelska@mazowia.eu