



Zarząd
Zieleni Miejskiej
w Krakowie

NP.26.2.104.23.DO

Kraków, dnia 22 grudnia 2023r.

Adresat:

Konsorcjum firm: FSW Sp. z o.o., ul. Walerego Sławka 5 lok.16, 40-833 Katowice – Lider Konsorcjum, FRONTIDA Sp. z o.o., ul. Praska 62/18, 30-322 Kraków - członek konsorcjum

Dotyczy: postępowania nr NP.26.2.104.23.DO, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy usług polegających na sprzątnięciu pomieszczeń biurowych na stadionie przy ul. Reymonta w Krakowie, przy ul. Za Torem w Krakowie, w Pawilonie Okocimskim oraz w budynku na terenie Kąpieliska Zakrzówek, odpowiednio w odniesieniu od jednej do czterech części zamówienia, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie.

**Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania
w zakresie części 3 zamówienia**

Szanowni Państwo,

Zamawiający zawiadamia, iż z uwagi na zaistnienie okoliczności, które wypełniają dyspozycję art. 255 pkt 2) ustawy Pzp, zobowiązany był do unieważnienia postępowania w odniesieniu do części 3 zamówienia, ponieważ jedyna złożona oferta podlega odrzuceniu.

Ponadto Zamawiający informuje, iż działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz pkt 10) ustawy Pzp, odrzucił z postępowania złożoną ofertę w zakresie części 3 ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

Uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu: **oferty nr 1 Konsorcjum firm: FSW Sp. z o.o., ul. Walerego Sławka 5 lok.16, 40-833 Katowice – Lider Konsorcjum, FRONTIDA Sp. z o.o., ul. Praska 62/18, 30-322 Kraków - członek konsorcjum** w zakresie części 3, Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z treścią art. 226 ust.1 pkt. 5) ustawy Pzp, zobowiązany jest odrzucić ofertę jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający podkreśla, iż art. 7 pkt 29) ustawy Pzp mówi, iż przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający wskazuje, iż w formularzu oferty w pkt. 1.3 Wykonawca podał kwotę brutto oferty z uwzględnieniem należnego podatku od towarów i usług VAT w stawce 23% mimo, iż nie jest płatnikiem tego podatku. Ponadto złożył w ofercie oświadczenie iż,

„FSW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie jest płatnikiem VAT i przewiduje się, że nie zostanie płatnikiem tego podatku do końca 2024 roku. Jednocześnie oświadczam, iż w przypadku zmiany tej sytuacji, wskazana w ofercie kwota brutto zostanie zachowana bez zmiany, a podatek VAT zostanie doliczony do pomniejszonej kwoty netto, ustalonej tak, by oferowana kwota brutto nie uległa zmianie.”

Zamawiający zauważa, że zgodnie z postanowieniami SWZ wymagał określenia ceny w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014r. o informowaniu o cenach towarów i usług (tekst jednolity: Dziennik Ustaw z 2023r., poz. 168), za wykonanie przedmiotu zamówienia, co wyraźnie zaznaczył w pkt. 16) pkt. 5 SWZ:

„(...) 5. W ofercie należy podać cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014r. o informowaniu o cenach towarów i usług (tekst jednolity: Dziennik Ustaw z 2023r., poz. 168) za wykonanie przedmiotu zamówienia. Cenę oferty i jej poszczególne wartości składowe w ofercie należy określać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, stosując zasadę opisaną w art. 106e ust. 11 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (tekst jednolity: Dziennik Ustaw z 2022r., poz. 931 z późn. zm.).”

W związku z powyższym Wykonawca decydując się na złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu winien był wskazać w Formularzu ofertowym w pkt. 1.3 cenę oferty netto=brutto bez zastosowania podatku VAT, a co za tym idzie dokonać odpowiedniej i prawidłowej wyceny przedstawionej w Załączniku nr 9 do SWZ, Formularz Asortymentowo-Cenowy. W konsekwencji Zamawiający nie jest w stanie potwierdzić zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SWZ i kompletności oraz prawidłowości wycen.

Mając na uwadze powyższe, odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp jest w pełni uzasadnione, a obligatoryjne zastosowanie dyspozycji wynikającej z powołanej podstawy prawnej jest konieczne, ponieważ ocena oferty potwierdza, iż nie spełnia ona wymagań wynikających z treści SWZ.

Powyższe stanowisko Zamawiającego potwierdza, aktualne również przez analogię w obowiązującym stanie prawnym, orzecznictwo KIO, między innymi wyrok z dnia 11.01.2018r. (KIO 2706/17), w brzmieniu: *„1. Art.89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. (...)”*

W wyroku z dnia 14 sierpnia 2014r., KIO 1543/14, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: *„Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy P.z.p. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie*

proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaofferowany przedmiot dostawy bądź też usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.”

Ponadto niezgodność treści oferty z treścią SWZ „ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp)”, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 listopada 2013r., KIO 2478/13, co w opisanym stanie faktycznym jest w pełni wykazane, gdyż Zamawiający nie może dokonać poprawienia tych ofert nie powodując przy tym zmiany ich treści, czyli nie zmieniając oświadczeń woli Wykonawców, i nie naruszając zasad równego traktowania Wykonawców i uczciwej konkurencji. W wyroku tym Izba stwierdza też, iż „sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie, na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego. Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp”.

Podkreślić należy, iż zgodnie z wyrokiem KIO 3766/21 z dnia 17 stycznia 2022 roku „Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 k.c.) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym

postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom.”.

W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji zawartej w art. 66 kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli Wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 3 lutego 2012r., KIO 127/12).

Podkreślić należy, iż opisana niezgodność jest jednoznaczna i nie budzi żadnych wątpliwości, a w konsekwencji nie wymaga żadnych wyjaśnień. Ponadto z uwagi na jej charakter nie można jej uznać za omyłkę. Również nie można jej poprawić bez istotnej ingerencji w treść oferty, a de facto jej zmiany i złożenia nowego oświadczenia woli w imieniu Wykonawców, co w świetle obowiązujących przepisów jest niedopuszczalne.

Opisany stan faktyczny, tj. brak zgodności treści ofert z zapisami SWZ w aspekcie wymagań dotyczących kalkulacji ceny oferty i jej przedstawienia, potwierdza, iż bezsprzecznie zachodzi w niniejszym przypadku przesłanka do odrzucenia ofert wskazanych Wykonawców, gdyż ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji podjęta decyzja Zamawiającego jest w pełni uzasadniona, a przy tym obligatoryjna.

W ocenie Zamawiającego, w opisanym stanie faktycznym i prawnym, bezsprzecznie zachodzi przesłanka wypełniająca dyspozycję wynikającą z powołanego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. W konsekwencji oferty wskazanych Wykonawców należało odrzucić.

Ponadto Zamawiający uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu Wykonawcy wskazuje, iż zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt. 10) ustawy Pzp, zobowiązany jest odrzucić ofertę jeśli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zamawiający wskazuje ponownie, iż w formularzu oferty w pkt. 1.3 Wykonawca podał kwotę brutto oferty z uwzględnieniem należnego podatku od towarów i usług VAT w stawce 23% mimo, iż nie jest płatnikiem tego podatku i złożył w ofercie przytoczone wyżej oświadczenie. Dlatego też, Wykonawca w Formularzu ofertowym winien był wskazać cenę oferty netto=brutto bez zastosowania podatku VAT.

W niniejszym przypadku powodem odrzucenia wskazanej oferty jest błąd we wskazaniu ceny uwzględniającej zastosowanie stawki podatku od towarów i usług Vat w wysokości 23%.

Zamawiający podkreśla, iż błędne przyjęcie stawki podatku od towarów i usług Vat nie jest oczywistą omyłką pisarską ani rachunkową, tylko błędem w obliczeniu ceny (Uchwała Sądu Najwyższego Sygn. Akt. III CZP 52/11). Błędne zastosowanie stawki Vat jest to błąd Wykonawcy, który wskazuje, że cena ofertowa obliczona jest niezgodnie z obowiązującymi w tej kwestii przepisami prawa, tj. przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (tekst jednolity: Dziennik Ustaw z 2022r., poz. 931 z późn. zm.).

W świetle ugruntowanego piśmiennictwa i orzecznictwa błędem w obliczaniu ceny, w rozumieniu art. 226 ust.1 pkt. 10) ustawy Pzp, jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, w tym przypadku polegający na zastosowaniu innych danych do obliczeń niż wynikające z właściwych przepisów prawa, tj. ustawy o podatku od towarów i usług. Zamawiający zaznacza, że nie ma

obowiązku wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawki podatku od towarów i usług, stąd też powinna ona być przyjęta przez Wykonawcę w ofercie w wysokości wynikającej z przepisów prawa podatkowego. Obowiązkiem Zamawiającego jest natomiast ocena przyjętej przez Wykonawcę stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym.

Błędne podanie stawki podatku od towarów i usług nie jest też okolicznością możliwą do przyjęcia jako oczywista omyłka rachunkowa, a to oznacza, że nie można jej poprawić w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, ani nie można tego uznać za inną omyłkę opisaną w pkt 3) przywołanego przepisu.

W związku z powyższym, nie można uznać za prawidłowe określenie ceny oferty z zastosowaniem podatku od towarów i usług w wysokości 23%, gdyż Wykonawca nie jest płatnikiem tego podatku.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza orzecznictwo, w tym między innymi aktualny również przez analogię w obowiązującym obecnie stanie prawnym wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 29 lipca 2009r., (KIO 917/09); orzekła: „(...) Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny. Elementem ceny jest podatek VAT, zatem zamawiający ma obowiązek przeprowadzić weryfikację również w tym zakresie(...)”.

Zgodnie z orzecznictwem w tym zakresie (które mimo wejścia w życie nowej ustawy Pzp nie straciło na aktualności), oferta z błędną stawką VAT podlega odrzuceniu ze względu na błąd w obliczeniu ceny. Takie stanowisko przyjęto w wyroku KIO z dnia 11 stycznia 2021r., (KIO 3229/20), gdzie wskazano iż: „Za błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie i zastosowanie przez wykonawcę wadliwej stawki VAT, w przypadku gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SIWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie (...)”.

Również 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 2011r., sygn. akt III CZP 52/11).

W tym miejscu, przywołać należy również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2019r. (sygn. akt KIO 1046/19), nadal aktualny w obowiązującym stanie prawnym, w którym wskazano iż: „Skład orzekający stoi jednak na stanowisku, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty zawsze, jeżeli stwierdzi błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty, nie dokonał w tym zakresie żadnego zróżnicowania. Przyjąc zatem należy, że chodzi tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, i to niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej (...)”.

Stanowisko Zamawiającego jest uzasadnione również w tezach wyroku Izby z dnia 27 maja 2021r. (KIO 942/21), w którym orzeczono, iż „Określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym

mowa w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Tym samym, zamawiający na gruncie przywołanej regulacji ma obowiązek weryfikacji zaoferowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny, w zakresie dotyczącym określenia właściwej stawki VAT. Na zamawiającym spoczywa bowiem, wynikający z przepisów, obowiązek prawidłowego i zgodnego z prawem przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niewątpliwie ocena ofert, w zakresie oferowanej ceny odbywać się musi na równych zasadach, z poszanowaniem reguł równego traktowania i uczciwej konkurencji.”.

Wyżej opisane stanowiska, są też jednolicie aprobowane w doktrynie prawniczej (przykładowo Red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2021, s. 722), „Błędem w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT. Stawka podatku VAT jest bowiem elementem cenotwórczym. Do błędu w obliczeniu ceny dotyczącym stawki podatku VAT dojdzie w sytuacji, gdy wykonawca przyjmie w ofercie stawkę nieprawidłową w okolicznościach, gdy zamawiający nie określi w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT.”.

W ocenie Zamawiającego, w opisanym stanie faktycznym i prawnym, bezsprzecznie zachodzą przesłanki wypełniające dyspozycję wynikającą z powołanego art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz pkt 10) ustawy Pzp. W konsekwencji ofertę wskazanego Wykonawcy należało odrzucić.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Wykonawcy, a w konsekwencji do orzeczenia jak na wstępie o unieważnieniu postępowania.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp od powyższej decyzji przysługuje prawo wniesienia pisemnego i umotywowanego odwołania, przy czym z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, można je wnieść w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, gdyż informacja ta została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołanie przysługuje między innymi na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przy ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem postańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Z poważaniem,

Otrzymują:

1. Adresaci;
2. Strona internetowa postępowania;
3. a/a.