



NP.26.2.46.24.BM

Kraków, dnia 13 sierpnia 2024r.

Adresaci:

1. F.P.H.U. „ZAUNER” DAWID CABAŁA, Kobyle 177, 32-720 Nowy Wiśnicz
2. STAR-KOP URBAŃCZYK Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7, 32-070 Czernichów
3. BS OGRODY Bartłomiej Stanisławczyk, Laskowa 510, 34-602 Laskowa
4. Park-M Poland Sp. z o. o., ul. Piaski 12, 33-340 Stary Sącz

Dotyczy: postępowania nr: NP.26.2.46.24.BM, którego przedmiotem wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych i nasadzeń zieleni wraz z ich pielęgnacją w ramach zadania pn.: „PRAWO DO FIKOŁKÓW na Bulwarach!Zieleń!Architektura do zabawy, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie.

Zawiadomienie o wyniku – unieważnieniu postępowania

Szanowni Państwo,

Zamawiający zawiadamia, iż z uwagi na zaistnienie okoliczności, które wypełniają dyspozycję wynikającą z art. 255 pkt 3) ustawy Pzp unieważnia postępowanie, ponieważ wszystkie złożone oferty niepodlegające odrzuceniu przewyższają kwotę, którą Zamawiający zamierza i może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający odstąpił od oceny ofert, z uwagi na konieczność unieważnienia postępowania w oparciu o wyżej powołaną podstawę prawną i faktyczną.

Ponadto Zamawiający zawiadamia, iż odrzucił oferty Wykonawców, tj.:

- a) ofertę **F.P.H.U. „ZAUNER” DAWID CABAŁA, Kobyle 177, 32-720 Nowy Wiśnicz** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i lit. c) ustawy Pzp, gdyż została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, jak i Wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający zawiadamia, iż wskazany Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez tego Wykonawcę jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający, w oparciu o art. 98 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp, zatrzymał wadium złożone w postępowaniu przez Wykonawcę,
- b) ofertę **BS OGRODY Bartłomiej Stanisławczyk, Laskowa 510, 34-602 Laskowa** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne i prawne

Ad. a) Na wstępie należy zaznaczyć, iż oferta Wykonawcy **F.P.H.U. „ZAUNER” DAWID CABAŁA, Kobyle 177, 32-720 Nowy Wiśnicz**, została najwyżej oceniona w rankingu kryteriów oceny i porównania ofert, dlatego też Zamawiający dniu

24.07.2024r., działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał do złożenia, podmiotowych środków dowodowych, tj. aktualnych na dzień ich złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 273 ust. 1 ustawy Pzp, a określonych w treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w nieprzekraczalnym terminie do końca dnia 30.07.2024r.

Zamawiający wskazuje, iż Wykonawca w dniu 28.07.2024r. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przedłużenie terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi Zamawiający wyraził zgodę na przesunięcie terminu ich złożenia do końca dnia 05.08.2024r. Wykonawca nie przystał wnioskowanych dokumentów, dlatego też Zamawiający wysłał do Wykonawcy wezwanie ponowne do złożenia podmiotowych środków dowodowych z terminem na ich złożenie do końca dnia 9 sierpnia 2024r.

W wyznaczonym terminie Wykonawca nie przystał wnioskowanych podmiotowych środków dowodowych, a tym samym w żaden sposób nie odniósł się do wezwań Zamawiającego, a co za tym idzie nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Stan faktyczny i opisane wyżej okoliczności jednoznacznie wypełniają przesłanki odrzucenia oferty Wykonawcy wynikające z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i lit. c) ustawy Pzp.

W związku z powyższym Zamawiający zmuszony był w oparciu o powołane podstawy prawne odrzucić ofertę Wykonawcy z uwagi na nie spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu i niezłożenie podmiotowych środków dowodowych.

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 20 maja 2015r. KIO 982/15 wskazała iż: „*To wykonawca ma wykazać - ponad wszelką wątpliwość - poprzez złożenie wskazanych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (brak domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę).*”.

Podobnie wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015r. KIO 1275/15 dowodzi iż: „*(...)1. Jeśli wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, nie ma doświadczenia wymaganego, czyli takiego, które się liczy. Wykonawca, który nie będzie dysponował (wymaganym) doświadczeniem nie może zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu, gdyż nie może być traktowany lepiej niż wykonawca, który rzeczywiście posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie - naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców oraz prowadziłoby do obejścia art. 22 ust. 1 p.z.p. 2. Natomiast celem art. 26 ust. 2b p.z.p. nie jest obejście art. 22 p.z.p. - nie może być tak, że zamówienie może wykonywać podmiot, który nie ma wymaganego przez zamawiającego doświadczenia i dopiero będzie je zdobywał podczas wykonywania owego zamówienia (tak się dzieje w przypadku, gdy wykonawca będzie sam wykonywał zamówienie - tylko ewentualnie korzystając z jakichś porad). Gdyby zamawiający taką możliwość dopuszczał, nie stawiałby żadnych warunków udziału w postępowaniu. (...)*”.

Podjętą decyzję potwierdza także wyrok KIO z 13 sierpnia 2013r. (sygn. akt KIO 1538/14, 1540/14), w którym rozstrzygano kwestię zasadności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp z powodu nieuzupełnienia dokumentów w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego wskazano, jak

następuje: „przyczyną wykluczenia jest nie tyle nieuzupełnienie dokumentów, ale niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu”.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2017r., III CZP 27/17, przez niezłożenie dokumentów (lub oświadczeń) należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego Wykonawcy czyli sytuację, w której Wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której Wykonawca składa dokument (oświadczenie), z którego jednak nie wynika potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego.

Także stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 9 lutego 2021r. KIO 174/21 potwierdza, iż: „(...) Brak posiadania przez wykonawcę wymaganego doświadczenia do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ stanowi o braku możliwości zaoferowania przez wykonawcę realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z jednoznacznie określonymi wymaganiami (...)”.

Ponadto Zamawiający podkreśla, iż nieuzupełnienie dokumentów w terminie, podobnie jak i niepełne ich uzupełnienie, albo uzupełnienie nie potwierdzające spełnienia warunków wymaganych w SWZ, jest równoznaczne z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 886/23 z dnia 20 kwietnia 2023r. „(...) zamawiający zobligowany jest precyzyjnie wskazać, dlaczego te środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku. Dopiero bezskuteczny upływ terminu na usunięcie precyzyjnie opisanego uchybienia, może stanowić podstawę do odrzucenia oferty(...)”. W orzeczeniu tym Izba orzekła też, iż „(...) odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. musi być poprzedzone jednym, lecz prawidłowym wezwaniem do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, kierowanym w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. Wezwanie kierowane do wykonawcy w tym trybie nie może mieć charakteru jedynie formalnej czynności. Powinno być dokładne, precyzyjne, wskazywać konkretnie na element warunku udziału w postępowaniu, który nie został wykazany. Treść wezwania zależy od konkretnego stanu faktycznego.”

Z kolei wyrok Izby, KIO 811/23 z dnia 7 kwietnia 2023r., wyraźnie wskazuje iż, „Przesłanką odrzucenia oferty, wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c p.z.p., ma zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca nie złoży wymaganych przez zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych, których celem jest potwierdzenie spełnienia wymagań zamawiającego opisanych w SWZ.”

Mając na uwadze opisany wyżej stan faktyczny i prawny oraz dokumenty zgromadzone w toku postępowania, stwierdzić należy, iż bezspornie zachodzi konieczność odrzucenia Wykonawcy z postępowania na podstawie powołanego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz lit c) ustawy Pzp, gdyż Wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Dlatego też, Zamawiający zobowiązany był do orzeczenia jak na wstępie.

Ad. b) Uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu oferty **BS OGRODY Bartłomiej Stanisławczyk, Laskowa 510, 34-602 Laskowa**, Zamawiający wskazuje, iż jej treść w zakresie wymagań dotyczących kalkulacji ceny oferty i jej przedstawienia jest

niezgodna z warunkami zamówienia opisanym w treści SWZ. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie Wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym.

Zamawiający zauważa, że zgodnie z SWZ Wykonawca winien określić cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią wymagań opisanych w SWZ i z załączonym do SWZ formularzem ofertowym (Załącznik nr 1 do SWZ), czyli odpowiednio do treści wskazanej w tym wzorze. W ofercie należało przedstawić cenę za całość zamówienia, a w tym również cenę za wykonanie robót budowlanych w zakresie podstawowym, cenę za wykonanie prac w branży zieleni w zakresie podstawowym, cenę za wykonanie pielęgnacji zieleni w zakresie podstawowym oraz cenę za zakres zamówienia objętego prawem opcji 1.

Ponadto zgodnie z wymaganiami SWZ i wzorem formularza oferty zawartym w treści SWZ Zamawiający wymagał, aby wynagrodzenie za wykonanie pielęgnacji zieleni w zakresie podstawowym wynosiło odpowiednio:

„(...) 1.3 za wykonanie pielęgnacji zieleni w zakresie podstawowym, **nie mniej niż 0,7% i nie więcej niż 2% łącznej ceny oferty za wykonanie prac w branży zieleni**, (...)”

Natomiast Wykonawca, w złożonej ofercie podał łączną cenę za cały zakres przedmiotu zamówienia w kwocie 644.865,00 brutto zł, przy czym w powyższej cenie oferty uwzględnił:

„(...) 1.3 wynagrodzenie za wykonanie pielęgnacji zieleni w zakresie podstawowym, nie mniej niż 0,7% i nie więcej niż 2% łącznej ceny oferty za wykonanie prac w branży zieleni, tj. kwotę 1.620,00 zł brutto, (...)”.

W ocenie Zamawiającego, oferta bezsprzecznie nie odpowiada wymaganiom i warunkom treści SWZ, gdyż podana przez Wykonawcę cena za wykonanie pielęgnacji zieleni w zakresie podstawowym wynosi 0,25% łącznej ceny oferty, a nie jak to było wymagane nie mniej niż 0,7% i nie więcej niż 2%.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Pojęcie warunków zamówienia zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 29) ustawy Pzp. Poprzez 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, sposobu przygotowania oferty, w tym również wyliczenia jej ceny itd. Do określenia lub opisanego warunków zamówienia służą dokumenty zamówienia, w tym SWZ.

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom Zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia, a w niniejszej sprawie wyliczenia i przedstawienia ceny oferty w formularzu ofertowym.

Dlatego też, w świetle opisanego stanu faktycznego i prawnego oraz materiałów zgromadzonych w postępowaniu, a w szczególności treści złożonej oferty, Zamawiający mając na uwadze dyspozycję wynikającą z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, zobowiązany był do odrzucenia oferty wskazanego Wykonawcy.

Zamawiający zwraca uwagę, iż nie ma możliwości poprawienia oferty wymienionego wyżej Wykonawcy w trybie art. 223 ustawy Pzp, gdyż nie mieści się to w żadnej możliwości poprawienia takiej „omyłki” jaką daje wskazany przepis.

Ewentualnie taka zmiana oferty nie byłaby ani oczywistą omyłką pisarską, ani oczywistą omyłką rachunkową, ani nawet inną omyłką polegającą na niezgodności ofert z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści ofert.

Ponadto zdaniem Zamawiającego ewentualne uzupełnienie, czy też poprawienie oferty w opisanym jako niezgodność zakresie byłoby uznane za niedopuszczalne negocjacje dotyczące treści złożonej oferty lub jej istotnych zmian i doprowadziły *de facto* do zmiany treści oferty lub złożenia nowej oferty.

W świetle art. 223 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalnym jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcami negocjacji dotyczących złożonych ofert, z uwzględnieniem wyjątków wynikających z ustawy oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w ich treści. Takie działanie doprowadziłoby również do naruszenia zasad wynikających między innymi z art. 16 ustawy Pzp, tj. złamania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi być oczywista i niewątpliwa, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne, co w niniejszym przypadku jest bezdyskusyjne, jak wyżej opisano.

Zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia, a to Zamawiający jednoznacznie powyżej wykazał.

Zauważyć należy, iż w wyroku z dnia 7 marca 2018r. w sprawie VIII Ga 102/18 dotyczącej zamówienia publicznego, Sąd Okręgowy w Szczecinie stwierdził, że „*aby dokonać wykładni oświadczenia woli, a w konsekwencji odczytać jego treść w świetle art. 65 § 1 K. c. poza zwróceniem uwagi na kontekst językowy analizowanego oświadczenia uwzględnić należy także okoliczności jego złożenia, czyli kontekst sytuacyjny*”. Kontekst językowy dobrze ujęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 kwietnia 2022 r. w sprawie KIO 917/22, w którym wskazała, że „*aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych 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), w szczególności opisanego w SWZ – opisie przedmiotu zamówienia oraz porównania go do świadczenia które zaoferował Wykonawca w ofercie. 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.*”

Natomiast zgodnie z doktryną jak i orzecznictwem, które pomimo zmiany przepisów ustawy Pzp znajduje zastosowanie przez analogię również w aktualnym stanie prawnym, treść oferty odpowiada treści SWZ, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez Zamawiającego w przedmiotowym dokumencie. Przywołane wyżej aspekty wskazują jednoznacznie, że oferowana przez Wykonawcę treści oferty w zakresie wymagań dotyczących kalkulacji ceny oferty i jej przedstawienia są niezgodne z warunkami zamówienia opisanym w treści SWZ.

Zgodnie z judykatami KIO „*W zakresie instytucji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., iż niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i*

nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie przez ustawodawcę obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.), ma dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub też polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, że 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 to również są zamieszczane w SIWZ)” (zob. wyrok KIO z dnia 18 lutego 2021 roku, KIO 189/21); „W zakresie instytucji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., iż niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie przez ustawodawcę obowiązku poprawienia oferty, wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.), ma dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub też polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, że 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 to również są pomieszczone w SIWZ) (...) Niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje (zaciąga), z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, albo też na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Powyższe koresponduje z definicją zawartą w art. 66 § 1 k.c., według której oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenie woli składane przez wykonawcę w ofercie, ma określić istotne postanowienia umowy, która zostanie zawarta z wybranym wykonawcą” (zob. wyrok KIO z dnia 15 lutego 2021 roku, KIO 207/21); „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiącą przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu w SIWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SIWZ, które dotyczą sposobu opisanie, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy” (zob. wyrok KIO z dnia 24 marca 2021 roku, KIO 475/21); „Niepodanie wymaganych wartości jest istotnym brakiem treści oferty, oznacza bowiem brak określenia elementów ceny jednostkowej czyli elementów istotnych dla przyszłego zobowiązania umownego, na podstawie których wyliczane będzie wynagrodzenie wykonawcy oraz dokonywane będą zmiany tego wynagrodzenia w dopuszczalnym zakresie (...) Jest to istotna nieścisłość treści oferty wykonawcy, której zamawiający nie może samodzielnie poprawić, jeżeli brak jest możliwości samodzielnego wyliczenia tej wartości na podstawie innych danych wynikających z formularza cenowego” (zob. wyrok KIO z dnia 12 marca 2021 roku, KIO 503/21).

Podnieść także należy, że w wyroku z dnia 14 grudnia 2017r., KIO 2491/17, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: „Mianem niezgodności oferty z SIWZ określa się nie tylko niezgodność zobowiązania opisanego w SIWZ ze zobowiązaniem oferowanym przez wykonawcę (tj. sytuację, w której świadczenie z oferty nie odpowiada, np. ze względu na parametry techniczne, świadczeniu oczekiwanemu przez zamawiającego), ale również przypadki sporządzenia i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ.

Nadmienić trzeba, że należy to odnosić do wymagań SIWZ dotyczących sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagań co do treści oferty, a nie wymagań co do jej formy, które również tradycyjnie zamieszczane są w SIWZ (np. wymóg parafowania każdej ze stron formularza oferty”).

Z kolei 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 zaoferowany 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”.

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 Wykonawcy, co w świetle obowiązujących przepisów jest niedopuszczalne.

Opisany stan faktyczny, tj. brak zgodności treści oferty z zapisami SWZ w aspekcie wymagań dotyczących kalkulacji ceny oferty i jej przedstawienia, potwierdza iż bezsprzecznie zachodzi w niniejszej sprawie przesłanka do odrzucenia oferty wskazanego Wykonawcy, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w efekcie podjęta decyzja Zamawiającego jest w pełni uzasadniona, a przy tym obligatoryjna.

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

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. Adresat;
2. Strona internetowa postępowania;
3. a/a.