



Kraków, dnia 4 sierpnia 2023r.

**Adresaci:**

- 1. Landsca Sp. z o.o., ul. Wąwozowa 34B, 31-752 Kraków**
- 2. AKG Architektura Krajobrazu Sp. z o.o., Brzezcie, ul. Narodowa 116, 32-080 Zabierzów**
- 3. STAR-KOP STAL Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7, 32-070 Czernichów**

*Dotyczy: postępowania nr NP.26.2.51.23.JC1, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych i nasadzeń zieleni związanych z budową parku kieszonkowego przy ul. Plac Nowowiejski, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie.*

**ZAWIADOMIENIE O WYNIKU POSTĘPOWANIA**

Szanowni Państwo,

W związku z zakończeniem postępowania prowadzonego na opisany wyżej zakres przedmiotowy uprzejmie informujemy, iż Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę nr **1 Landsca Sp. z o.o., ul. Wąwozowa 34B, 31-752 Kraków, za cenę brutto: 694 520,67 zł, w której uwzględniono należny podatek od towarów i usług VAT w stawce 8 i 23%.**

Uzasadnieniem wyboru jest złożenie najkorzystniejszej oferty przy spełnieniu warunków i wymagań Zamawiającego określonych w SWZ oraz uzyskanie największej liczby punktów w przyjętych kryteriach oceny i porównania ofert.

Streszczenie oceny i porównanie złożonych ofert:

- Oferta nr **1 Landsca Sp. z o.o., ul. Wąwozowa 34B, 31-752 Kraków**: „Cena za całość zamówienia”: 70,00 pkt., „Gwarancja na całość zamówienia”: 20,00 pkt., „Rękojmia na całość zamówienia”: 10,00 pkt., co daje łączny wynik wynoszący: **100,00 pkt,**
- Oferta nr **2 AKG Architektura Krajobrazu Sp. z o.o., Brzezcie, ul. Narodowa 116, 32-080 Zabierzów**: „Cena za całość zamówienia”: 46,08 pkt., „Gwarancja na całość zamówienia”: 20,00 pkt., „Rękojmia na całość zamówienia”: 10,00 pkt., co daje łączny wynik wynoszący: **76,08 pkt.**

Zamawiający zawiadamia ponadto, że działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp odrzucił z postępowania ofertę nr 3, tj.: **STAR-KOP STAL Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7, 32-070 Czernichów, gdyż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, odpowiednio do niżej opisanego uzasadnienia faktycznego i prawnego.**

Uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu oferty wyżej wymienionego Wykonawcy, Zamawiający wskazuje, iż 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), 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 nasadzeń zieleni w zakresie podstawowym oraz cenę za zakres zamówienia objętego prawem opcji nr 1 oraz opcji nr 2.

Ponadto zgodnie z wymaganiami SWZ i wzorem formularza oferty zawartym w treści SWZ Zamawiający wymagał, aby wynagrodzenie za wykonanie w zakresie objętym prawem opcji wynosiło odpowiednio:

1. za wykonanie robót budowlanych w zakresie opcji 1, nie mniej niż 40% łącznej ceny oferty,
2. za wykonanie nasadzeń zieleni w zakresie opcji 2, nie mniej niż 3% łącznej ceny oferty.

Natomiast Wykonawca, w złożonej ofercie podał łączną cenę za cały zakres przedmiotu zamówienia w kwocie 875 623,84 brutto zł, przy czym w powyższej cenie oferty uwzględnił:

1. wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych w zakresie podstawowym wynoszące kwotę: 536 980,69 zł brutto,
2. wynagrodzenie za wykonanie nasadzeń zieleni w zakresie podstawowym, nie więcej niż 3% łącznej ceny za zakres podstawowy, tj. kwotę: 10 570,38 zł brutto,
3. wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych w zakresie opcji 1, nie mniej niż 40% łącznej ceny oferty, tj. kwotę: 313 017,66 zł brutto,
4. wynagrodzenie za wykonanie nasadzeń zieleni w zakresie opcji 2, nie mniej niż 3% łącznej ceny oferty, tj. kwotę: 15 055,11 zł brutto.

W ocenie Zamawiającego, oferta bezsprzecznie nie odpowiada wymaganiom i warunkom treści SWZ, gdyż podana przez Wykonawcę cena za wykonanie robót w zakresie objętym prawem opcji nr 1 oraz nr 2 wynosi odpowiednio:

1. wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych w zakresie opcji 1: 35,75% łącznej ceny oferty, a nie jak to było wymagane nie mniej niż 40% łącznej ceny oferty,
2. wynagrodzenie za wykonanie nasadzeń zieleni w zakresie opcji 2: 1,72% łącznej ceny oferty, a nie jak to było wymagane, nie mniej niż 3% łącznej ceny oferty.

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 opisanie 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 oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Ponadto zdaniem Zamawiającego ewentualne uzupełnienie czy też poprawienie oferty w opisanych jako niezgodności zakresach 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 bezdyskusyjnie, 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, który jest nadal aktualny pomimo zmiany stanu prawnego, 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 2022r. 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 treść 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 wyliczone 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: „Niezdgodność 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. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezdgodność 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 oferty nie powodując przy tym zmiany jej treści, czyli nie zmieniając oświadczenia woli Wykonawcy, 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 pomieszczone 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, opisanego 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 konsekwencji 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.

Ponadto Zamawiający informuje, iż umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego może zostać zawarta, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, po dniu 9 sierpnia 2023r., tj. po upływie 5 dni liczonych od dnia przestania niniejszego zawiadomienia.

Z poważaniem,

Otrzymują:

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