



Zarząd
Zieleni Miejskiej
w Krakowie

ZZM.NP.26.2.153.18.22048.ER

Kraków, dnia 7 grudnia 2018r.

Adresaci:

1. **PLAYGARDEN Mariusz Białobrzewski, ul. Narutowicza 20/14, 33-100 Tarnów,**
2. **FLORAJ Sp. z o.o. Sp. k., ul. Poselska 27, 03-931 Warszawa,**
3. **Zakład Projektowo – Usługowo – Produkcyjny „POWER” Krzysztof Jedrzczyk, ul. Łowińskiego 3, 31-752 Kraków.**

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dziennik Ustaw z 2018r. poz. 1986 z późn. zm.), którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych związanych z budową siłowni na wolnym powietrzu i rozbudową ogródka jordanowskiego przy Młynówce Królewskiej w Krakowie, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie. Znak sprawy: 153/2018.

**ZAWIADOMIENIE
o rozstrzygnięciu (wyniku) postępowania**

Szanowni Państwo,

W związku z zakończeniem postępowania prowadzonego na opisany wyżej zakres przedmiotowy uprzejmie informujemy, iż Zamawiający dokonując oceny ofert zastosował tzw. „procedurę odwróconą” określoną w art. 24 aa ustawy PZP i za najkorzystniejszą uznał:

Ofertę nr 1 – PLAYGARDEN Mariusz Białobrzewski, ul. Narutowicza 20/14, 33-100 Tarnów za cenę netto 280.762,76 zł., plus należny podatek VAT w wysokości 23%, co daje kwotę brutto 345.338,19 zł.

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

Streszczenie oceny i porównanie złożonych ofert:

Oferta nr 1: PLAYGARDEN Mariusz Białobrzewski, ul. Narutowicza 20/14, 33-100 Tarnów: „cena”: 21,03 pkt, „Gwarancja”: 8,00 pkt, „Gwarancja na urządzenie i elementy”: 8,00 pkt, co daje łączny wynik wynoszący: 37,03 pkt.

Oferta nr 2: FLORAJ Sp. z o.o. Sp. k., ul. Poselska 27, 03-931 Warszawa: „cena”: 24,00 pkt, „Gwarancja”: 2,67 pkt, „Gwarancja na urządzenie i elementy”: 4,00 pkt, co daje łączny wynik wynoszący: 30,67 pkt.

Zamawiający informuje ponadto, iż oferta nr 3 złożona przez Zakład Projektowo-Usługowo-Produkcyjny „POWER” Krzysztof Jędrzyczek, ul. Łowińskiego 3, 31-752 Kraków została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiednio do niżej opisanego uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu Zamawiający wskazuje, iż Wykonawca nie uwzględnił wymagań jasno i czytelnie wynikających z zapisów treści SIWZ związanych z dołączeniem do oferty **tabeli elementów i urządzeń małej architektury odpowiednio do wzoru przedstawionego w Załączniku B do wzoru formularza oferty.**

Podkreślić należy, iż zgodnie z opisem sposobu przygotowywania ofert podanym w pkt 10)3. (str. 16) SIWZ „Wykonawca musi dołączyć do oferty obliczenie ceny oferty dla całości zamówienia wyliczonej w oparciu o własną kalkulację, a przedstawić w formie kosztorysów uproszczonych wraz z zestawieniem materiałów, urządzeń i wyposażenia dla całości zamówienia **oraz tabeli elementów i urządzeń małej architektury odpowiednio do wzoru przedstawionego w Załączniku B do wzoru formularza oferty.** Cena musi uwzględniać wymagania i zapisy niniejszej SIWZ oraz jej załączników, w szczególności dokumentacji projektowej i STWiOR”.

Wymagania powyższe kilkakrotnie zostały powtórzone w treści SIWZ dla zwrócenia uwagi Wykonawców i przypomnienia o ich istotności dla oceny ofert, a to w pkt 3)3 (strona 5), pkt. 3)4 (str. 6), pkt 10).4 (str. pkt 17) oraz w Formularzu oferty (strona 67).

Zaznaczyć też należy, iż wymagana do złożenia wraz z ofertą tabela elementów i urządzeń małej architektury odpowiednio do wzoru przedstawionego w Załączniku B do wzoru formularza oferty, tj. załącznik do kosztorysu – zestawienie elementów małej architektury wraz ze wskazaniem producenta/ów, typu/ów, numeru/ów katalogowych itp. oferowanych elementów i urządzeń małej architektury stanowi dokument pozwalający na ich identyfikację i weryfikację zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ i jej załącznikach. Kosztorysy uproszczone i zestawienia materiałów wraz z opisem oferowanych elementów oraz urządzeń, jak i tabela elementów i urządzeń małej architektury odpowiednio do wzoru przedstawionego w Załączniku B do wzoru formularza oferty wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnienie wymagań SIWZ stanowią podstawę do oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ oraz do rozliczenia ewentualnych robót zamiennych lub zaniechanych.

W tym stanie rzeczy nie można działając w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśniać z Wykonawcą treści ofert, gdyż wyjaśnienie prowadziłoby do przedstawienia nowej treści ofert, tj. uzupełnienie brakujących jej elementów – złożenie tabeli elementów i urządzeń małej architektury odpowiednio, która wraz z ofertą nie została złożona a stanowiła treść oferty. Ewentualne wyjaśnienia lub poprawienia treści ofert doprowadziłyby do niedozwolonych negocjacji z Wykonawcami i *de facto* wytworzenia nowej treści ofert.

W konsekwencji mając na uwadze powyżej opisane braki wobec treści SIWZ, uznać należy iż Zamawiający nie ma możliwości wyjaśnienia treści oferty,

której faktycznie Wykonawca nie przedstawił. Ponadto dodać należy, iż ewentualne uzupełnienie ofert w takim przypadku jest niedopuszczalne, gdyż stanowiłoby niedopuszczalną zmianę treści złożonych ofert, a właściwie ich dopełnienie w zakresie nieistniejącej, a wymaganej zapisami SIWZ treści, czyli oświadczenia własnego Wykonawcy wobec przedstawienia informacji o oferowanych materiałach, urządzeniach i wyposażeniu wraz ze wskazaniem producenta/ów, typu/ów, numeru/ów katalogowych itp. oferowanych urządzeń i elementów małej architektury, niezbędnych dla oceny i porównania ofert.

Opisany brak stanowi niezgodność z treścią SIWZ tj. brak danych, pozwalających na ocenę oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, jak i jego zakresu i rodzaju, skutkującą koniecznością odrzucenia ofert.

Dlatego też Zamawiający stwierdza, iż analiza stanu faktycznego i prawnego oraz materiałów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania dowodzi, że bezsprzecznie zachodzi przesłanka do odrzucenia powyższych ofert na podstawie powołanego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Zamawiający zauważa, iż reguły składania ofert i wymagania związane z ich treścią w niniejszym postępowaniu zostały określone w sposób jasny i precyzyjny. Opisane wyżej braki w treści ofert Wykonawców nie są zarówno możliwe do wyjaśnienia w oparciu o art. 87 ust. 1) ustawy Pzp, gdyż prowadziłoby to *de facto* do uzupełnienia treści ofert po terminie jej złożenia lub negocjacji z Wykonawcą. W ocenie Zamawiającego nie można również skorygować ofert w oparciu o żadną z dyspozycji opisanych w art. 87 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy Pzp.

Zamawiający nie ma także możliwości zastosowania dyspozycji opisanej w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp i uznania opisanych niezgodności z treścią SIWZ za inną omyłkę, gdyż wyszczególniony brak w ofercie wskazuje jednoznacznie na niezgodność z treścią SIWZ i wymagań z niej wynikających związanych z przedstawieniem oraz opisem oferowanego przez Wykonawców przedmiotu zamówienia w treści ich ofert.

Dlatego też, w świetle opisanego stanu faktycznego i prawnego oraz materiałów zgromadzonych w postępowaniu, a w szczególności treści złożonych ofert, Zamawiający mając na uwadze dyspozycję wynikającą z art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp, zobowiązany był do odrzucenia oferty Zakładu Projektowo-Usługowo-Produkcyjnego „POWER” Krzysztof Jędrzyczek, ul. Łowińskiego 3, 31-752 Kraków.

Zamawiający przedstawiając uzasadnienie prawne decyzji o odrzuceniu oferty wskazuje, iż w orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, że niezgodność oferty, aby była podstawą do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp, dotyczyć powinna niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie. Jednak może także polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ w aspekcie dotyczącym wymagań SIWZ w odniesieniu do treści oferty. Taki stan rzeczy ma miejsce w opisanym wyżej przypadku. Brak podania wymaganych informacji nie pozwala na zweryfikowanie lub skonkretyzowanie, jak również na porównanie i ocenę oświadczenia woli Wykonawcy dotyczącego oferowanego przedmiotu zamówienia wynikającego z oferty w odniesieniu do wymagań opisanych w SIWZ. Ponadto przedstawione wyżej przykłady niezgodności oferty

Wykonawcy są ewidentne i jednoznaczne, a przy tym mają charakter pewny i nieusuwalny, a zatem nie ma żadnej możliwości zastosowania wobec nich procedury wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1 Pzp) ani ich poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) PZP, gdyż nie podano wymaganych treścią SIWZ informacji, które mogłyby podlegać ewentualnemu wyjaśnianiu lub poprawianiu. Podkreślić należy, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający nałożył na Wykonawców obowiązek wskazania nazw handlowych oraz oznaczenia producentów oferowanego asortymentu, a informacje takie bezsprzecznie stanowią treść oferty. Z treści złożonej oferty wynika, iż obowiązek ten nie został spełniony, a opisana niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, polegające na braku wskazania powyższych informacji nie mogą zostać wyeliminowane poprzez zastosowanie mechanizmów wskazanych w art. 87 Pzp. W konsekwencji oferta Wykonawcy uczestniczącego w tym postępowaniu podlega bezwzględniemu odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

W tym miejscu należy odnieść się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, która definiuje kompetencje Zamawiającego w kwestii wyjaśniania ofert, co znajduje odniesienie do stanu faktycznego i prawnego niniejszej sprawy.

„Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji zamawiającego – czyli prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, jednakże połączona z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli - tym samym w treści złożonej oferty oświadczenie wykonawcy musiało zostać zawarte. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której Wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty, lecz tego zaniechał.”(wyrok KIO 740/17 - wyrok KIO z dnia 04-05-2017).

Wykazane wyżej braki wymaganych informacji są zaniechaniem Wykonawcy, co w myśl art. 87 ust. 1 Pzp nie daje możliwości Zamawiającemu żądania wyjaśnień od Wykonawców co do treści niezłożonego zestawienia materiałów, urządzeń i wyposażenia wraz ze wskazaniem producenta/ów, typu/ów, numeru/ów katalogowych itp. oferowanych urządzeń i elementów małej architektury.

„W orzecznictwie KIO podkreśla się, że treść oferty powinna być rozumiana w wąskim znaczeniu, w rozumieniu prawa cywilnego, tj. jako zakres świadczenia Wykonawcy. Zdaniem KIO, nie można zgodzić się z poglądem, że specyfikacja przedmiotu zamówienia, przedstawiona w ofercie, ma charakter dokumentu w

rozumieniu przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, składanego na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ. W wykazie tym Wykonawca oświadcza bowiem, np. jakiego typu elementy oferuje, określa rodzaj zastosowanego materiału lub parametry urządzeń, sprzętu, itp., co niewątpliwie stanowi treść oferty. Zobowiązanie wykonawcy do wskazania w złożonej przez niego ofercie typu, symbolu lub serii dostarcza zamawiającemu wiedzy, co wykonawca oferuje i umożliwia zbadanie oferowanego przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z SIWZ. W ocenie KIO, skoro celem wykazu jest określenie zobowiązania wykonawcy dotyczące materiałów, których zamierza użyć przy realizacji zamówienia (a więc więcej aniżeli samo oświadczenie, że jakiegokolwiek akcesoria zostaną użyte przy wykonaniu zamówienia, będą odpowiadać SIWZ), dokument ten nie podlega uzupełnieniu i wyjaśnianiu w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp. Niedopuszczalne jest również ustalenie jego treści w trybie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp (co prowadziłoby do niedozwolonego ustalania treści oferty po jej otwarciu) i wprowadzenie zmian na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. Doprecyzowanie oferty w tym zakresie, dopiero na etapie postępowania, kiedy znane są już ceny pozostałych ofert, stwarza ryzyko manipulacji treścią oferty, poprzez wskazanie najtańszego z możliwych rozwiązań, które wcześniej nie zostały skonkretyzowane, mimo że obowiązek taki wynika z SIWZ" (Komentarz Kancelarii Radcy Prawnego Radosław Mytkowski dotyczące wyroku KIO 2226/11 -wyrok KIO z dnia 26-11-2011).

Sąd Okręgowy w Gdańsku w treści wyroku z dnia 08.05.2013r. wyraził, iż „Oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji” (sygn. akt XII Ga 186/13).

W orzecznictwie podkreśla się także, iż brak możliwości identyfikacji zaoferowanego świadczenia jest przesłanką odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała w orzeczeniu z dnia 20.02.2017r. (KIO 278/17), iż „Zdaniem Izby, skoro w treści oferty odwołujący nie podał numeru produktu, to zamawiający słusznie przyjął, że odwołujący zaoferował linię produktów, a nie konkretny fotel, którego wymagał zamawiający. Z tego względu nieodrzućenie oferty odwołującego powodowałoby, że zamawiający nie miałby pewności co mu dostarczy odwołujący. Z tych względów zamawiający nie był zobligowany do żądania wyjaśnień od odwołującego, a także miał obowiązek odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż oferta nie wskazywała konkretnego produktu, którego to wskazania wymagał zamawiający". W innych przypadkach wyrażono, iż „W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym” (KIO 1831/17; KIO 1845/17 z dnia 19.09.2017r.), „Z brakiem możliwości identyfikacji zaoferowanego świadczenia mamy do czynienia wówczas, gdy nie istnieje obiektywna możliwość ustalenia w oparciu o treść złożonej oferty przedmiotu świadczenia dająca wykonawcy możliwość manipulowania postępowaniem lub uzyskaniem nienależnych korzyści na etapie realizacji przedmiotu umowy. Jeżeli zaś przedmiot świadczenia został wskazany z nazwy i typu oraz występuje on w obrocie handlowym w możliwej do ustalenia konfiguracji, jest przedmiotem mającym charakter integralny i wykonawca nie ma wpływu na jego postać funkcjonującą w obrocie (np. ze względu na to, że jest jedynie jego dystrybutorem, pośrednikiem lub autoryzowanym partnerem handlowym) nie

możemy mówić o "niedookreśleniu" i "niesprecyzowaniu" zakresu świadczenia" (KIO 1855/17 z dnia 20.09.2017r.).

Z kolei w wyroku z dnia 14.11.2017r. (KIO 2274/17) podniesiono, iż „Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom lub również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SWIZ) wymagania. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze SWIZ”.

Na zakończenie powyższego uzasadnienia Zamawiający wskazuje na tezy z wyroku TSUE z 4 maja 2017 R. W sprawie C-387/14 (ESAPROJEKT): „co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta; instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia; jednocześnie art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki; jednak instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, żeby żądanie wyjaśnienia oferty nie prowadziło do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty”.

Mając powyższe na uwadze oraz zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak i obowiązujące tezy piśmiennictwa oraz przywołane orzecznictwo Zamawiający stwierdza, że odrzucenie ofert wskazanych wyżej Wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp jest w pełni zasadne.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp, od powyższej decyzji i rozstrzygnięcia przysługuje prawo wniesienia pisemnego i umotywowanego odwołania, w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącego podstawę jego wniesienia. Ze względu na fakt, iż wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (tzn. jest poniżej tzw. progów unijnych), odwołanie przysługuje w przedmiotowym postępowaniu w szczególności wobec czynności określenia warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia oferty odwołującego, opisu przedmiotu zamówienia oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przy ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa, w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.



Umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego może zostać zawarta, zgodnie z art. 94 ustawy PZP po dniu 12 grudnia 2018 roku.

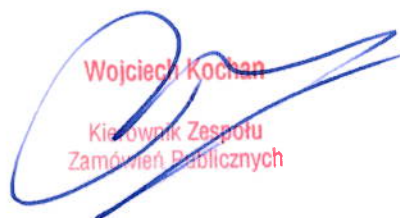
Prosimy o potwierdzenie w dniu dzisiejszym odbioru czytelnego niniejszego pisma faksem na numer telefonu: +48 12 341 84 87 bądź e-mailem na adres: przetargi@zsm.krakow.pl

W razie braku wyraźnego potwierdzenia z Państwa strony w postępowaniu dowodowym Zamawiający przedłoży dowód nadania faksu lub pisma przesłanego pocztą elektroniczną.

Z poważaniem,

Otrzymują:

1. Adresaci;
2. Strona internetowa i tablica ogłoszeń;
3. a/a.


Wojciech Kochan
Kierownik Zespołu
Zamówień Publicznych