



Kraków, dnia 25 marca 2022r.

Adresaci:

1. STAR-KOP STAL Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7, 32-070 Czernichów
2. SPA4GARDEN Suren Karapetyan, ul. Kisielewskiego 20, 31-708 Kraków
3. FLORA Sp. z o.o., Sp. k., ul. Isep 11, 31-588 Kraków

Dotyczy: postępowania nr NP.26.2.8.22.JC1, którego postępowaniu na wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych związanych z zagospodarowaniem terenu ogródka jordanowskiego przy ul. Piastów 13-14, 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 3 **FLORA Sp. z o.o., Sp. k., ul. Isep 11, 31-588 Kraków**, za cenę brutto: **158.934,26 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:

a) Oferta nr 3 **FLORA Sp. z o.o., Sp. k., ul. Isep 11, 31-588 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.**

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

Uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu oferty, Zamawiający wskazuje, iż treść oferty tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż nie wykazano że oferowane elementy składające się na przedmiot zamówienia odpowiadają wymaganiom opisanym w treści SWZ.

Zamawiający zauważa, iż pomimo zwrócenia się z wnioskiem do Wykonawcy o wyjaśnienie i uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych w dniu 15 marca 2022r. Wykonawca nie udzielił żadnej odpowiedzi w tym zakresie. Uznać należy, iż bierność Wykonawcy potwierdza zaoferowanie przez

niego urządzeń i elementów składających się na przedmiot zamówienia, które nie odpowiadają wymaganiom i parametrom wskazanym w treści SWZ.

Analiza złożonych wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych (kart katalogowych) wykazała, iż zaoferowane urządzenia i elementy małej architektury nie spełniają wymagań określonych w treści SWZ, gdyż posiadają niżej opisane niezgodności z warunkami specyfikacji:

- 1) **ławka bez oparcia** – na karcie katalogowej brak określonej kolorystyki stali, w projekcie RAL 7016 oraz rodzaju drewna, w projekcie drewno bangikari; różnica w deskowaniu, w projekcie deskowanie pionowe,
- 2) **ławka z oparciem** - na karcie katalogowej brak określonej kolorystyki stali, w projekcie RAL 7016 oraz rodzaju drewna, w projekcie drewno bangikari; różnica w deskowaniu, w projekcie deskowanie pionowe,
- 3) **kosz na śmieci** – na karcie katalogowej znajdują się nieodpowiednie wymiary: głębokość 25 cm, w projekcie 38 cm, (tolerancja +/-10%: 34,2-41,8 cm) brak określonej kolorystyki stali, w projekcie RAL 7016 oraz rodzaju drewna, w projekcie drewno bangikari, inny wygląd kosza,
- 4) **stojak na rowery** – na karcie katalogowej znajdują się nieodpowiednie wymiary: długość 100 cm, w projekcie 82 cm; (tolerancja +/-10%: 73,8-90,20 cm); brak określonej kolorystyki stali, w projekcie RAL 7016, inny wygląd stojaka,
- 5) **tablica regulaminowa** – na karcie katalogowej znajdują się nieodpowiednie wymiary: długość 90 cm, w projekcie 60 cm (tolerancja +/-10%: 54-66 cm); głębokość 8 cm, w projekcie 10 cm (tolerancja +/-10%: 9-11 cm); brak określonej kolorystyki stali, w projekcie RAL 7016, inny wygląd tablic.

Opisane wyżej niezgodności oferty z wymaganiami SWZ, tj. niezgodne z projektem parametry, powodują negatywną ocenę oferowanego przedmiotu zamówienia w stosunku do wymagań Zamawiającego, a w konsekwencji skutkują koniecznością odrzucenia oferty.

Zamawiający zauważa, iż zgodnie z doktryną jak i orzecznictwem treść ofert odpowiada warunkom zamówienia, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez Zamawiającego w przedmiotowym dokumencie.

Podkreślić należy, iż opisana niezgodność jest jednoznaczna i nie budzi żadnych wątpliwości, a w konsekwencji nie wymaga żadnych dodatkowych wyjaśnień. Ponadto z uwagi na jej charakter i skalę 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.

Zamawiający zaznacza, że przedmiotowe środki dowodowe to nic innego jak te, o których mowa w art. 7 ust. 20 Pzp, czyli oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. To dokumenty składające się na treść oferty, odnoszą się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania Wykonawcy, dookreślając i uszczegóławiając jego zakres. Stanowią one część oferty rozumianej jako oświadczenie woli Wykonawcy wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia.

Z uwagi na złożenie przez Wykonawcę oferty niezgodnej z treścią wymagań opisanych w specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający jest zobowiązany do jej odrzucenia.

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 wskazuje, iż treść SWZ precyzowała jednoznacznie parametry techniczne i funkcjonalne oraz wszelkie inne wymagania i warunki dotyczące przedmiotu zamówienia. Ponadto pkt 5)9.15 SWZ stanowił: „9.15 Zastosowane ewentualnie przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej wskazania pochodzenia technologii lub wyrobów służą określeniu wzorcowych standardów cech technicznych i jakościowych oraz funkcjonalnych, jak i formy użytkowej i architektonicznej, estetyki, kolorystyki, konstrukcji i bezpieczeństwa. Zamawiający zaznacza, iż użyte ewentualnie w SWZ przykłady nazw własnych produktów bądź producentów dotyczące określonych technologii lub wyrobów, tj. typów, modeli, systemów, elementów, materiałów itp. mają jedynie charakter przykładowy i dopuszczone jest składanie ofert zawierających rozwiązania równoważne, które spełniają wszystkie wymagania techniczne, funkcjonalne, jakościowe, użytkowe, estetyczne, kolorystyczne, konstrukcyjne, architektoniczne, dotyczące bezpieczeństwa itp. wymienione w SWZ, przy czym Wykonawca zobowiązany jest wykazać w treści złożonej oferty ich równoważność, załączając stosowne opisy techniczne i funkcjonalne lub technologiczne. Przy oferowaniu technologii lub wyrobów innych niż opisane w SWZ, Wykonawca musi wykazać szczegółowo w treści oferty ich równoważność z warunkami i wymaganiami opisanymi w SWZ, przy czym zobowiązany jest dołączyć do oferty jego szczegółowe opisy techniczne i funkcjonalne lub technologiczne pozwalające na ocenę zgodności oferowanego przedmiotu z SWZ. w szczególności wymaga się od Wykonawcy podania nazwy, producenta, typu lub modelu oferowanego wyrobu oraz opisu jego właściwości technicznych, funkcjonalnych, jakościowych, użytkowych, architektonicznych, estetycznych, materiałowych, kolorystycznych, konstrukcyjnych, dotyczących bezpieczeństwa itp., jak i technologicznych (kompletne karty produktowe, karty charakterystyki, karty materiałowe, prospekty, katalogi, foldery, oświadczenia producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela, albo inne równoważne dokumenty lub oświadczenia itp.). Zamawiający podkreśla, iż dopuszcza tolerancję +/- 10% w stosunku do podanych wymagań (rozmiarów, wymiarów lub obliczeń wobec wszystkich elementów wyrobów, założeń lub funkcji) traktowanych w zależności od danego parametru podanego w SWZ jako wymaganie minimalne albo maksymalne, przy czym zmienione parametry (rozmiary, wymiary lub obliczenia) proponowane jako rozwiązanie równoważne muszą mieścić się w powyższych zakresach (minimalnych albo maksymalnych) określonych w SWZ, a ponadto zachowywać proporcję zgodną ze wzorem, w stosunku do wszystkich rozmiarów, wymiarów lub obliczeń danego wyrobu, założeń lub funkcji.”

Zamawiający zwraca też 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 ich 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.

Treści oferty wskazanego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, co jednoznacznie wykazano powyżej.

W tym miejscu należy odnieść się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, która definiuje kompetencje Zamawiającego w kwestii wyjaśniania ofert, które znajduje również przez analogię odniesienie do stanu faktycznego i prawnego niniejszej sprawy pomimo zmiany przepisów ustawy Pzp.

„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 połączonego 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 należytą 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).

Podnieść należy, że w wyroku z dnia 14 sierpnia 2014r., KIO 1543/14, który również w niniejszym przypadku znajduje zastosowanie przez analogię, 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. Odmienność 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.”

Również w wyroku KIO z dnia 18 grudnia 2014r., sygn. akt. KIO 2543/14, Izba stwierdza, iż: „Odwołujący podnosił jedynie, że pomyłkowo do oferty załączył standardową kartę katalogową, gdy tymczasem zamierzał załączyć kartę katalogową urządzenia spersonalizowanego zgodnie wymaganiami Zamawiającego. W ofercie Odwołującego nie znajdowała się żadna sprzeczność, oferta nie budziła żadnych wątpliwości, a jedynie była niezgodna z SIWZ. W takich okolicznościach Izba uznała, że nie jest możliwa konwalidacja oferty Odwołującego przez wymianę karty katalogowej na inną - urządzenia zgodnego z SIWZ. Prowadziłoby to bowiem do wymiany urządzenia niezgodnego z SIWZ, wskazanego w ofercie, na urządzenie zgodne z SIWZ. Oczywiście można założyć, że zaoferowanie urządzenia zgodnego z SIWZ było intencją Odwołującego, jednak ta intencja nie została w żaden sposób wyrażona w ofercie. Nie można uznać za wystarczającą podstawę do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych niezgodność tejże oferty z SIWZ.”

W kolejnym wyroku Izba wskazała, że: „Wskazać, bowiem należy, że Odwołujący podnosił wyłącznie, iż omyłka dotyczył przedłożonej dokumentacji technicznej czyli dokumentów przedmiotowych. Te zaś podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Po drugie dokonanie w treści oferty zmiany oferowanego modelu urządzenia sprowadzałoby się to do negocjowania treści oferty po terminie składania ofert i stanowiłoby jej istotną zmianę. Stanowiłoby też naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, gdyż Odwołujący miałyby więcej czasu od innych wykonawców na sprecyzowanie urządzenia zgodnego z treścią wymagań SIWZ.” (Wyrok z dnia 6 marca 2015 r., KIO 344/15).

Powyższe stanowisko potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika iż: „Skoro treść złożonej oferty nie potwierdza powyższej funkcjonalności, ponieważ nie zawiera informacji odpowiadającej stosownym oznaczeniom zawartym w karcie katalogowej lub informacji o indywidualnej ofercie posiadanej przez Odwołującego, to złożone przez Odwołującego wyjaśnienie na wezwanie Zamawiającego, w postaci dodatkowego potwierdzenia spełnienia wszystkich wymagań SIWZ, należy traktować jako uzupełnienie braku w treści oferty. Podkreślić należy, że wyjaśnienia nie mogą zmienić pierwotnej treści oferty, gdyż stanowiłoby to uzupełnienie treści oferty o nowe oświadczenie wykonawcy, co do zaoferowania modułu zawierającego funkcjonalności CAN. (...) Stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczy istnych parametrów przedmiotu zamówienia jednoznacznie określonych w SIWZ. Wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp może dotyczyć wątpliwości, jednak nie może prowadzić do zmiany lub uzupełnienia oferty o nowe treści, których brak jest w pierwotnej ofercie. Nie ma też podstaw by uznać, że stwierdzona niezgodność może podlegać poprawie jako inna omyłka w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W pierwszej kolejności należy podnieść, że niezgodność treści oferty w zakresie wymaganego parametru magistrali CAN jest istotna z punktu widzenia parametrów przedmiotu zamówienia wskazanych w SIWZ, a ponadto, nie sposób jest uznać, że jedynie omyłkowo informacja ta nie została zawarta w ofercie, ponieważ Odwołujący nie powoływał się na tę okoliczność ani w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, ani w odwołaniu, ani też w trakcie rozprawy. Zamawiający nie miał żadnych obiektywnych przesłanek aby przyjąć, że oznaczenie modułu dodatkowego "WR9K-EMB TD" wskazane w ofercie przez Odwołującego i jednoznacznie opisane w karcie katalogowej oferowanego oscyloskopu, ma mieć w przypadku oferty

Odwołującego inne znaczenie, a tym samym obejmuje inny zakres funkcjonalności niż wskazany w karcie katalogowej dla danego kodu.” (Wyrok z dnia 28 października 2019 r., KIO 2054/19).

Ponadto niezgodność treści ofert z treścią SIWZ „*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 kolejnym wyroku tym Izba stwierdziła, 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 ofert z treścią SIWZ 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).

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 nadal aktualne tezy wyroku KIO z dnia 3 września 2019r. (KIO 1604/19): „W momencie, kiedy upływa termin na składanie ofert, nie ma już możliwości zmiany treści SIWZ. Dokumentacja postępowania, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego, zaś wykonawcy, przy użyciu ustawowych instrumentów, mogą wpływać na jej kształt, poprzez zaskarżenie jej treści czy zwrócenie się do zamawiającego o wyjaśnienie. Tym niemniej, po otwarciu ofert, ustalony kształt dokumentacji postępowania nie może zostać zmieniony, nie można od niego odstąpić, czy traktować wybiórczo. Na etapie oceny ofert nie ma możliwości "zmiany reguł gry" zawartych w SIWZ, ponieważ takie działanie jest sprzeczne z prawem, a także stanowiłoby naruszenie zasad generalnych p.z.p. oraz powodowałoby odstąpienie od zasady obiektywizmu, na rzecz nieuzasadnionej uznaniowości, co byłoby zaprzeczeniem istoty procedury udzielania zamówień publicznych. Zastosowanie sankcji w postaci odrzucenia oferty, na kanwie 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., wymaga jednoznacznego wykazania na czym rzeczona niezgodność oferty polega - poprzez klarowne wskazanie w ofercie, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje - w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia.”

Zamawiający stwierdza, iż Wykonawca w treści oferty, nie wykazał iż oferuje elementy składające się na przedmiot zamówienia, które spełniają wymagania wskazane w treści SWZ, jak i nie wykazał również w treści oferty równoważności zaproponowanych elementów, a ponadto nie odpowiedział na skierowane wezwanie dotyczące przedmiotowych środków dowodowych.

Podkreślić należy, iż opisane niezgodności są jednoznaczne i nie budzą żadnych wątpliwości, a w konsekwencji nie wymagają żadnych dalszych wyjaśnień. Ponadto z uwagi na ich charakter i skalę nie można ich uznać za omyłkę. Również nie można ich 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 oferty z zapisami SWZ w aspekcie zaoficerowanych elementów, potwierdza iż bezsprzecznie zachodzi w niniejszej sprawie przesłanka do odrzucenia oferty STAR-KOP STAL Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7, 32-070 Czernichów, a w konsekwencji podjęta decyzja Zamawiającego jest w pełni uzasadniona, a przy tym obligatoryjna.

Zamawiający informuje także, że działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp, odrzucił z postępowania Wykonawcę, który złożył ofertę nr 2, tj. SPA4GARDEN Suren Karapetyan, ul. Kisielewskiego 20, 31-708 Kraków, gdyż oferta nie została prawidłowo zabezpieczona wadium, odpowiednio do niżej opisanego uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Zamawiający wskazuje, iż Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia wadium do upływu terminu składania ofert. Zaznaczamy, iż należna wartość zabezpieczenia wadium, w wysokości 2.000,00 zł, nie została wniesiona do upływu wyznaczonego w dniu 09.03.2022r. na godzinę 10:00 terminu składania ofert.

Wyjaśniamy, iż z dokumentów bankowych będących w posiadaniu Zamawiającego wynika, iż wadium zostało zaksięgowane w dniu 09.03.2022r. o

godzinie 11:22, a więc po upływie wyznaczonego na godzinę 10:00 w tym dniu terminu składania ofert. Zauważamy przy tym, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, gdyż powinno skutecznie zabezpieczać złożoną ofertę. Wykonawca wnoszący wadium w formie pieniężnej winien dokonać przelewu należności z odpowiednim wyprzedzeniem, tak aby księgowanie wadium nastąpiło na koncie Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert.

W konsekwencji brak wpłaty wadium w formie pieniężnej przed upływem terminu składania ofert oznacza niewniesienie wadium, a efekcie stanowi bezwzględną podstawę do odrzucenia oferty złożonej bez wymaganego zabezpieczenia (art. 226 ust. 1 pkt 14) Pzp).

Stanowisko Zamawiającego potwierdza orzecznictwo, w tymi między innymi aktualny również przez analogię w obowiązującym obecnie stanie prawnym wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 20 października 2015r., KIO 2166/15; orzekła: „(..) nakazuje wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wniósł wadium. Ustawodawca wbrew stanowisku Odwołującego nie uzależnił podstawy wykluczenia od zaniechania uiszczenia wadium, ale od tego, czy wadium zostało wniesione do Zamawiającego do upływu terminu składania ofert. Tym samym nawet jeśli wykonawca ustanowił na rzecz Zamawiającego wadium, ale nie przedłożył wykonawcy dokumentu upoważniającego Zamawiającego do dysponowania tym wadium, to nie można uznać, że wadium zostało wniesione. Istotą wadium jest bowiem zabezpieczenie interesów Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym przy ocenie skuteczności wniesienia wadium nie można kierować się względami słuszności, czy też jedynie koniecznością odformalizowania postępowania. (...)”

Również inne orzeczenia Izby, które po nowelizacji ustawy nadal są w tym aspekcie aktualne, konsekwentnie potwierdzają konieczność właściwego i terminowego wniesienia zabezpieczenia wadium jeżeli było wymagane. Wyrażone jest to między innymi w wyroku KIO z dnia 17.06.2013r. sygn. akt KIO 1305/13, w którym orzeczono, iż „... Zgodnie z brzmieniem powołanego przepisu zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania m.in. w przypadku, gdy nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert. Stosownie zaś do art. 45 ust. 3 ustawy P.z.p., wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Podkreślenia wymaga, że Izba podziela jednolicie prezentowany w orzecznictwie pogląd, że wniesienie wadium jest skuteczne tylko w przypadku uznania rachunku bankowego zamawiającego należną kwotą wadium przed upływem terminu składania ofert. ...”. Również w innym orzeczeniu z dnia 24.06.2013r. sygn. akt. KIO 1385/13 stwierdzono, iż „... Samo wadium musi zostać wniesione - poprawnie - przed upływem terminu składania ofert. Tym samym opóźnienie we wpłacie na rachunek bankowy zamawiającego, niepełna (nawet o minimalną wartość) kwota wadium, nieterminowe przedstawienie dokumentu gwarancji (lub poręczenia), czy niepoprawna treść gwarancji (poręczenia) jest błędem, który nie może zostać naprawiony po upływie terminu składania ofert. ...”. Analogiczne stanowisko zawarto w wyroku z dnia 16.03.2016r., o sygn. akt KIO 280/16; KIO 281/16; KIO 295/16, w którym Izba wyraziła, że: „1. Wadium powinno być wniesione przed upływem terminu składania ofert. Nie można natomiast żądać, aby było ono wniesione wcześniej.”. Także w

wyroku KIO z dnia 11.08.2016r., sygn. akt 1390/16 orzeczono, iż: „1. O prawidłowości wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert nie przesądza, czy do oferty załączono potwierdzenia jego wniesienia, gdyż decydujące znacznie ma okoliczność, czy faktycznie środki pieniężne lub dokumenty utożsamiające pozostałe formy wadium znalazły się w dyspozycji zamawiającego w wymaganym terminie.”.

W ocenie Zamawiającego, w opisanym stanie faktycznym i prawnym, bezsprzecznie zachodzi przesłanka wypełniająca dyspozycję wynikającą z powołanego art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty SPA4GARDEN Suren Karapetyan, ul. Kisielewskiego 20, 31-708 Kraków, 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 30 marca 2022r., tj. po upływie 5 dni liczonych od dnia przestania niniejszego zawiadomienia.

Z poważaniem,

Otrzymują:

1. Adresaci;
2. Strona internetowa postępowania;
3. a./a.
- 4.