

Kraków, dnia 24 maja 2023r.

Adresaci:

- 1. Zakład Projektowo-Usługowy Radix sp. z o.o., ul. Ciepłownicza 15, 31-574 Kraków**
- 2. FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWA STAR-KOP KRZYSZTOF URBAŃCZYK, ul. Kościelna 1, 32-070 Czernichów**
- 3. Zakład Kształtowania Terenów Zielonych DOL-EK Kazimierz Doleckiński, ul. Siostr Służebniczek 17, 33-100 Tarnów**

Dotyczy: postępowania nr NP.26.2.23.23.JC1, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy w zakresie sprzedaży, dostawy i montażu elementów małej architektury na terenie Gminy Miejskiej Kraków, 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 Zakładu Projektowo-Usługowego Radix Sp. z o.o., ul. Ciepłownicza 15, 31-574 Kraków, za cenę brutto: 217 785,00 zł, w której uwzględniono należny podatek od towarów i usług VAT w stawce 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 Zakład Projektowo-Usługowy Radix Sp. z o.o., ul. Ciepłownicza 15, 31-574 Kraków:** „Cena za całość zamówienia”: 60,00 pkt., „Gwarancja i rękojmia na całość zamówienia”: 26,67 pkt., co daje łączny wynik wynoszący: **86,67 pkt.**
- Oferta nr 2 FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWA STAR-KOP KRZYSZTOF URBAŃCZYK, ul. Kościelna 1, 32-070 Czernichów:** „Cena za całość zamówienia”: 44,39 pkt., „Gwarancja i rękojmia na całość zamówienia”: 40,00 pkt., co daje łączny wynik wynoszący: **84,39 pkt.**

Zamawiający zawiadamia ponadto, że działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp odrzucił z postępowania ofertę nr 3, tj. Zakładu Kształtowania Terenów Zielonych DOL-EK Kazimierz Doleckiński, ul. Siostr Służebniczek 17, 33-100 Tarnów, gdyż treść oferty 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 i

nierównoważną, gdyż nie wykazano że oferowane elementy składające się na przedmiot zamówienia odpowiadają wymaganiom równoważności opisanym w treści SWZ.

Zamawiający zauważył, iż zgodnie z informacją zawartą w SWZ i ogłoszeniu Wykonawca przy oferowaniu technologii lub wyrobów równoważnych w stosunku do opisanych w SWZ, powinien wykazać szczegółowo w treści oferty ich równoważność z warunkami i wymaganiami opisanymi w SWZ, przy czym zobowiązany był dołączyć do oferty jego szczegółowe opisy techniczne i funkcjonalne lub technologiczne itp. pozwalające na ocenę zgodności oferowanego przedmiotu z SWZ. W szczególności wymagano od Wykonawcy podania w treści oferty 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.).

Analiza złożonych dokumentów (tabeli równoważności oraz kart katalogowych) wykazała, iż zaoferowane elementy małej architektury nie spełniają warunków i wymagań określonych w treści SWZ, gdyż posiadają następujące niezgodności:

1) Ławka parkowa z oparciem – WZÓR NR 2 – przedstawiona wraz z ofertą karta techniczna, stanowiąca załącznik do tabeli równoważności nie spełnia wymogów jakie Zamawiający wymagał w SWZ, w tym wizualnie innej konstrukcji, czyli aspektów zarówno architektonicznych, jak i estetycznych oraz konstrukcyjnych.

Konstrukcja ławki zgodnie z wzorem na bocznej części ławki posiada metalowe osłony zakrywające siedzisko (zainstalowane na wysokości od siedziska do fundamentu w podłożu) stanowiące równocześnie nogi ławki, natomiast w karcie technicznej załączonej do oferty nie wskazano takiego rozwiązania. Ponadto elementy konstrukcji mocujące oparcie ławki w ofercie zostały wskazane w innym miejscu niż zostało to przedstawione przez Zamawiającego w zamówieniu (nie bezpośrednio przy krawędzi). Dodatkowo w załączonej do oferty karcie technicznej przedstawiono ławkę wyposażoną w pojedyncze nogi znacznie odsunięte od jej krawędzi pomimo, iż we wzorze Zamawiającego ławka jest mocowana w fundamentach wyłącznie za pomocą metalowych bocznych osłon zlokalizowanych na obu krańcach ławki.

Z uwagi na fakt, że w podanej w zamówieniu lokalizacji ustawione są już ławki o wzorze wskazanym przez Zamawiającego, celem zamówienia było, aby oferowane urządzenia były konstrukcyjnie, jak i wizualnie tożsame z istniejącymi, tzn. odpowiadały w zakresie równoważności także aspektom architektonicznym, estetycznym oraz konstrukcyjnym.

Zaoferowany produkt ewidentnie nie odpowiada warunkom opisanym w SWZ.

2) Kosz na odpady prostokątny dedykowany na Bulwary Wiślane – WZÓR 4 - przedstawiona wraz z ofertą karta techniczna wyrobu oraz jeden z parametrów głównych zawarty w tabeli równoważności, nie spełnia wymogów jakie Zamawiający wymagał w SWZ, w tym wymiary elementu małej architektury

przekraczają tolerancję zapisaną w SWZ (+/- 10%). Na karcie technicznej oraz w tabeli równoważności znajdują się niezgodne z wymaganiami SWZ wymiary, tj. głębokość kosza równa 35 cm, przy wymaganej we wzorze przez Zamawiającego długości (głębokości) równej 29 cm (tolerancja +/-10%: zakres 26,1 cm - 31,9 cm). Ponadto Wykonawca zaproponował kosz o kształcie różniącym się znacznie od kształtu wskazanego przez Zamawiającego, tj. górna blacha kosza wykonana w skosie pomimo, iż Zamawiający zarówno w rysunkach, jak i na przykładowej fotografii, jednoznacznie wskazała kosz z poziomą górną blachą. Dodatkowo zgodnie z wzorem Zamawiającego kosz winien posiadać ściany boczne o rantach jednakowej wysokości oraz poziomą blachę górną wyposażoną w czterootworową nierdzewną płytkę. Przedstawiona do oferty karta techniczna Wyrobu: Kosz KO-54, przedstawia rozwiązania tych elementów niezgodnie z w/w wymogiem z uwagi na fakt, że zaproponowane ściany boczne posiadają ranty o zróżnicowanej wysokości a płytka do gaszenia posiada 4 otwory, a wymagano maksymalnie 3.

Opisane wyżej niezgodności oferty z wymaganiami SWZ, tj. niezgodne z 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.

Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp odrzuca się ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Podnieść należy, że w wyroku z dnia 12 marca 2021r., KIO 507/21, który jest nadal aktualny w obowiązującym stanie prawnym, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: „Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanemu przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy.”.

Z kolei w wyroku z dnia 3 stycznia 2022r., KIO 3641/21, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: „Zastosowanie przesłanki odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. 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. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.”. Zamawiający wykazał powyżej w sposób nie budzący wątpliwości, iż elementy składające się na przedmiot zamówienia nie odpowiadają wymaganiom określonym w SWZ.

Ponadto niezgodność treści oferty z treścią SWZ „*ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.*” (wyrok KIO 273/22, z dnia 22 lutego 2022r.).

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. dla zastosowania tego przepisu powinno być możliwe wykazanie, jaki merytoryczny element oferty jest niezgodny z konkretnymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na czym ta niezgodność polega. (wyrok KIO 992/21 z dnia 25 maja 2021r.).

Zamawiający wskazuje również, iż zgodnie z wyrokiem KIO 1115/22 z 16.05.2022r. oczywistym jest, że to na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania Zamawiającemu, że złożona przez niego oferta jest zgodna z treścią SWZ, a zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada wszystkim wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający nie powinien domyślać się jakie parametry posiada zaoferowane urządzenie czy też poszukiwać informacji poza treścią oferty. Deklaracja wykonawcy powinna być jednoznaczna i nie budzić wątpliwości Zamawiającego.

W orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, że niezgodność oferty, aby była podstawą do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, to dotyczyć powinna niezgodności zobowiązania zamawianego w SWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie.

Taki stan rzeczy ma miejsce w opisanym wyżej przypadku. Wykonawca w swojej ofercie zaoferował produkty, które nie spełniają podstawowych wymagań Zamawiającego opisanych w SWZ.

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.

I tak wyrok KIO 338/22 z dnia 25.02.2023r., w którym: „*niedopuszczalną należy uznać procedurę zastosowaną przez Zamawiającego, polegającą na wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, który zawierał błędy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że fotografia, która przedstawia wyrób inny niż oferowany, jest błędną fotografią, a tym samym nie potwierdzającą zgodności oferowanego produktu z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, co prowadzi do wniosku, że jako niezgodna z warunkami zamówienia powinna zostać odrzucona w oparciu o art 226 ust 1 pkt 5 ustawy PZP. Nie jest przy tym dopuszczalne zaakceptowanie wyjaśnień wykonawcy, zawartych w piśmie z dnia 25.01.2022r. że zdjęcie zawarte w karcie katalogowej jest zdjęciem poglądowym, dzięki któremu został zobrazowany przybliżony wygląd produktu. Zamawiający wymagał bowiem złożenia katalogu, w którym zostanie zamieszczona fotografia lub inna forma graficzna przedstawiająca wyrób. Nie można zdjęcia poglądowego uznać za spełniającego te wymagania, skoro Zamawiający wymagał konkretnie fotografii wyrobu oferowanego ewentualnie innej formy graficznej przedstawiającej oferowany wyrób.*”

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 Wykonawcy, co w świetle obowiązujących przepisów jest niedopuszczalne, dlatego Zamawiający odstąpił od wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia przedmiotowych dokumentów w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia. Ewentualne ich uzupełnienie zdaniem Zamawiającego musiałoby prowadzić do zmiany treści oferty poprzez zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia niż wskazany w treści złożonej oferty.

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.

Wyjaśnienia nie mogą wprowadzać jakichkolwiek zmian do treści pierwotnie złożonej oferty, mogą natomiast, co najwyżej doprecyzowywać okoliczności niejasne, ale wynikające wprost z całościowej treści oferty.

Z uwagi na złożenie przez Wykonawcę oferty niezgodnej z treścią wymagań opisanych w specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający jest zobowiązany do jej odrzucenia, gdyż są one jednoznaczne i nie wymagają jakichkolwiek wyjaśnień.

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) 1.17 SWZ stanowił:

„1.17 Równoważność:

1.17.1 *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, materiałowe, 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 itp. Ponadto, jeżeli zastosowanie rozwiązań równoważnych pociąga za sobą konieczność dokonania zmian w dokumentacji (załączonej do SWZ), Wykonawca zobowiązany będzie do*

wykonania dokumentacji zamiennej uwzględniającej wprowadzone zmiany na koszt własny i uzyskania jej akceptacji przez Zamawiającego, oraz w razie konieczności uzyskania również niezbędnych uzgodnień (zezwoleń, pozwoleń, itp.) lub decyzji odpowiednich instytucji, podmiotów i organów administracyjnych.

1.17.2 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 itp. pozwalające na ocenę zgodności oferowanego przedmiotu z SWZ. W szczególności wymaga się od Wykonawcy podania w treści oferty 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.).

1.17.3 W przypadku oferowania rozwiązań równoważnych Wykonawca zobowiązany jest również złożyć wraz z ofertą odpowiednio wypełnioną tabelę równoważności, której wzór zamieszczono w Załączniku nr B do SWZ.

1.17.4 Zamawiający podkreśla, iż dopuszcza tolerancję +/- 10% w stosunku do podanych wymagań (rozmiarów, wymiarów lub obliczeń wobec wszystkich elementów wyrobów, urządzeń 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, urządzeń lub funkcji.

1.17.5 Ponadto Wykonawca składając ofertę wraz z rozwiązaniami równoważnymi winien zaproponować rozwiązania, które spełniają wszystkie wymagania techniczne, funkcjonalne, jakościowe, użytkowe, estetyczne, materiałowe, kolorystyczne, konstrukcyjne, architektoniczne, dotyczące bezpieczeństwa itp."

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 ofert.

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 ustaw Pzp niedopuszczalnym jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcami negocjacji dotyczącej złożonej oferty, z uwzględnieniem wyjątków wynikających z ustawy oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej 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.

Treść 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 oferty, 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 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 niedopatrzeniem 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).

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

Zamawiający zauważa, iż zgodnie z doktryną jak i orzecznictwem treść oferty odpowiada treści SWZ, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez Zamawiającego w przedmiotowym dokumencie. Przywołane wyżej aspekty wskazują jednoznacznie, że oferowane przez wskazanego Wykonawcę elementy składające się na przedmiot zamówienia nie odpowiadają wymaganiom opisanym w treści SWZ.

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. 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.”

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 urzędnika spersonalizowanego zgodnie z 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 - urzędnika zgodnego z SIWZ. Prowadziłoby to bowiem do wymiany urzędnika niezgodnego z SIWZ, wskazanego w ofercie, na urzędnika zgodnego z SIWZ. Oczywiście można założyć, że zaoferowanie urzędnika 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 urzędnika 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 urzędnika 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 istotnych 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/świadczania 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, 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 „Niezdgodność 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: SIWZ) wymagania. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze SIWZ".

Uzasadniając podjętą decyzję 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 małej architektury.

Opisany stan faktyczny, tj. brak zgodności treści oferty z zapisami SWZ w aspekcie zaoferowanych elementów małej architektury, potwierdza iż bezsprzecznie zachodzi w niniejszej sprawie przesłanka do odrzucenia oferty wskazanego Wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, a w konsekwencji podjęta decyzja Zamawiającego jest w pełni uzasadniona, a przy tym obligatoryjna.

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 29 maja 2023r., tj. po upływie 5 dni liczonych od dnia przesłania niniejszego zawiadomienia.

Z poważaniem,

Otrzymują:

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