



Kraków, dnia 29 marca 2024r.

Adresaci:

1. Firma F.U. GRYF CIUŚ PIOTR, 32-438 Trzebusia 319
2. Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN” Sp. z o.o., NIP: 9542250991, Al. W. Korfantego 51/9a, 40-161 Katowice – Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „PARASOL” Sp. z o.o., NIP: 9540025770, Al. W. Korfantego 51/21, 40-161 Katowice, - Partner konsorcjum

Dotyczy: postępowania nr NP.26.2.10.24.UK, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy w zakresie świadczenia usług ochrony fizycznej osób i mienia, dozoru i usług portierskich oraz grup interwencyjnych, odpowiednio w odniesieniu od jednej do trzech części zamówienia, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie.

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w 3 części zamówienia

Szanowni Państwo,

Zamawiający zawiadamia, iż z uwagi na zaistnienie okoliczności, które wypełniają dyspozycję art. 255 pkt 2) ustawy Pzp, zobowiązany był do unieważnienia postępowania w odniesieniu do części 3 zamówienia, ponieważ jedyna złożona oferta podlega odrzuceniu.

Ponadto Zamawiający informuje, iż działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, odrzucił z postępowania złożoną ofertę w zakresie części 3, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

Uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu **oferty nr 1 Firmy F.U. GRYF CIUŚ PIOTR, NIP: 6811110464, 32-438 Trzebusia 319, w zakresie części 3 postępowania**, Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z treścią art. 226 ust.1 pkt. 5) ustawy Pzp, zobowiązany jest odrzucić ofertę jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający wskazuje, iż art. 7 pkt 29) ustawy Pzp mówi, iż przez 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.

Zamawiający zauważa, że zgodnie z postanowieniami SWZ wymagał złożenia wraz z ofertą opisu oferowanego przedmiotu wraz z jego kalkulacją, odpowiednio do wzoru przedstawionego w Załączniku nr 9 do SWZ, Formularz kalkulacyjny Zakresowo-Cenowy, co wyraźnie zaznaczył w pkt. 5) pkt. 4 SWZ (str. 5 SWZ):

„(...) 4. Wykonawca musi zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ i skalkulować cenę dla całości zamówienia odpowiednio w odniesieniu do oferowanej lub oferowanych części

zamówienia, z uwzględnieniem wyliczenia wartości zamówienia podstawowego oraz wartości zamówienia prawa opcji, a na potwierdzenie tego złożyć wraz z ofertą opis oferowanego przedmiotu wraz z jego kalkulacją, odpowiednio do wzoru przedstawionego w Załączniku nr 9 do SWZ, Formularzu Zakresowo-Cenowym.(...)”.

Analogiczne zapisy i wymagania zostały powtórzone w pkt. 12) pkt. 3 ppkt 3.7 SWZ i we wzorze Formularza Ofert w pkt 16) pkt 2) (odpowiednio str. 41 i str. 73 SWZ).

W związku z powyższym Wykonawca decydując się na złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu winien był złożyć wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty, w tym również opis oferowanego przedmiotu i jego kalkulację, odpowiednio do wzoru przedstawionego w Załączniku nr 9 do SWZ, tj. Formularzu Zakresowo-Cenowy.

Wykonawca wraz z ofertą nie złożył wymaganego przez Zamawiającego opisu oferowanego przedmiotu i jego kalkulacji, a co za tym idzie nie potwierdził zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SWZ i nie dokonał jego indywidualnej wyceny. Tym samym Zamawiający nie był w stanie potwierdzić zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SWZ i kompletności oraz prawidłowości wyceny.

Mając na uwadze powyższe, odrzucenie oferty wskazanego Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp jest w pełni uzasadnione, a obligatoryjne zastosowanie dyspozycji wynikającej z powołanej podstawy prawnej jest konieczne, ponieważ ocena oferty potwierdza, iż nie spełniają one wymagań wynikających z treści SWZ.

Powyższe stanowisko Zamawiającego potwierdza, aktualne również przez analogię w obowiązującym stanie prawnym, orzecznictwo KIO, między innymi wyrok z dnia 11.01.2018r. (KIO 2706/17), w brzmieniu: „1. Art.89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. (...)”.

Zamawiający wskazuje w tym miejscu, iż element treści oferty jakim jest indywidualna kalkulacja ceny, w żadnym razie nie może podlegać uzupełnieniu, co podkreśla KIO w wyroku z 27 lipca 2012r (KIO 1493/12) gdzie wskazano: „Kosztorys nie stanowi dokumentu, który może podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Stanowi on natomiast element oferty w rozumieniu art. 66 k.c. jako podstawa kalkulacji ceny oferty tj. jednego z postanowień przyszłej umowy. Kosztorys nie jest także dokumentem wymienionym w katalogu dokumentów w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Zamawiający wskazał także na wyrok Izby z dnia 21 lipca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 879/09.”.

Potwierdzeniem powyższego jest między innymi wyrok KIO z dnia 23.06.2017r. (KIO 1104/17), gdzie wskazano: „2. Arkusz cenowy jako część oferty nie mieści się w kategorii oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 p.z.p., stanowiącego

wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu lub spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3 p.z.p. 3. Przyjmując inną wykładnię należałoby przyjąć, że również takie dokumenty przedmiotowo istotne, jak przykładowo formularz cenowy, harmonogram wykonania przedmiotu zamówienia, gwarancja wadialna mogą być uzupełniane w trybie przepisu art. 26 ust. 3 p.z.p., co byłoby równoznaczne z możliwością zmiany treści oferty i dopuszczalnością prowadzenia negocjacji.“

Z kolei w wyroku z dnia 14 sierpnia 2014r., KIO 1543/14, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiam 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.”

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 tej 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, 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".

Podkreślić należy, iż zgodnie z wyrokiem KIO 3766/21 z dnia 17 stycznia 2022 roku „Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. 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), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 k.c.) jako najkorzystniejszej. 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.”.

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).

Z kolei w wyroku z dnia 12.01.2022r., KIO 3725/21, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: „Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. polega na niezgodności zobowiązania, co do którego wykonawca składa oświadczenie woli w swojej ofercie, i przez jej złożenie przyjmuje do wykonania, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje od wykonawcy. Brak podania w ofercie wymaganych wartości w danej pozycji Kosztorysu ofertowego stanowi niezgodność, której doprowadzenie do zgodności z SWZ wymaga uzupełnienia w kosztorysie określonych informacji, które nie wynikają z treści oferty”. Potwierdza to także wyrok z dnia 21.10.2021r., w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „Brak wyceny pozycji kosztorysu jest istotnym brakiem oświadczenia woli, niemieszczącym się w zakresie wyjaśnień, do których zamawiający może wzywać wykonawcę na podstawie wskazanej normy. W braku w ogóle pozycji kosztorysu nie może być mowy o jego wyjaśnieniu czy uzupełnieniu, albowiem prowadziłoby to do niedopuszczalnej zmiany treści oferty przez jej uzupełnienie o brakujące treści, nie wynikające ze złożonej oferty.”

Ponadto, z komentarza „Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 226” autorstwa A.Gawrońskiej-Baran, E. Wiktorowskiej, A. Wiktorowskiego oraz P. Wójcika wynika, że „Dokonując analizy komentowanego pkt 5 przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt 29 p.z.p., należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne.”

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 opisu oferowanego przedmiotu zamówienia i kalkulacji ceny oferty oraz ich przedstawienia, potwierdza, iż bezsprzecznie zachodzi w niniejszym przypadku przesłanka do odrzucenia oferty wskazanego Wykonawcy, gdyż ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji podjęta decyzja Zamawiającego jest w pełni uzasadniona, a przy tym obligatoryjna.

W ocenie Zamawiającego, w opisanym stanie faktycznym i prawnym, bezsprzecznie zachodzi przesłanka wypełniająca dyspozycję wynikającą z powołanego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Wykonawcy, a w efekcie do orzeczenia jak na wstępie o unieważnieniu postępowania w części 3 zamówienia.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp od powyższej decyzji przysługuje prawo wniesienia pisemnego i umotywowanego odwołania, przy czym z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, można je wnieść w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, gdyż informacja ta została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołanie przysługuje między innymi na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przy ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem postańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Z poważaniem,

Otrzymują:

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