

Sprawa znak: DAM-282-2/20

Kraków, dnia 22.12.2020r.

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 214 000,00 euro, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dziennik Ustaw z 2019r., poz. 1843 z późn. zm.) **na dostawę i montaż foteli oraz dostawę krzeseł dla widowni Dużej Sceny Teatru im. Juliusza Słowackiego w Krakowie**, ogłoszonego w TED w dniu 13.10.2020r. pod nr 2020/S 199-481929.

ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA I O ODRZUCENIU OFERT

Zamawiający - Teatr im. Juliusza Słowackiego w Krakowie, działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP unieważnia przedmiotowe postępowanie z uwagi na fakt, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Uzasadnienie:

I. Zamawiający odrzuca ofertę firmy **TRONUS Polska Sp. z o.o., ul. Ordona 2A, 01-237 Warszawa** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy PZP, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) PZP. Zamawiający w rozdziale XI pkt. 3.2 SIWZ wymagał aby w terminie składania ofert Wykonawca wraz z ofertą złożył „próbkę” oferowanych mebli, celem wykazania, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania opisane w SIWZ oraz dla oceny i porównania ofert w kryterium „Jakość”. Do końca terminu składania ofert Wykonawca nie złożył wymaganej próbki, w związku z powyższym jego oferta podlega odrzuceniu na art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy PZP, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto Zamawiający w rozdziale XIII wymagał aby Wykonawca, najpóźniej w dniu składania ofert a przed upływem terminu składania ofert, wniósł wadium w wysokości wynoszącej 45.000,00 zł (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych). Wykonawca firma TRONUS Polska Sp. z o.o., ul. Ordona 2A, 01-237 Warszawa nie wniosła żadanego wadium. W związku z powyższym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) PZP. Należna wartość zabezpieczenia wadium w wysokości 45 000,00 zł, nie została wniesiona do upływu terminu składania ofert, jak i po terminie składania ofert. Zamawiający informuje, iż z dokumentów dołączonych do oferty Wykonawcy, a będących w posiadaniu Zamawiającego nie wynika, iż wadium zostało wniesione przez Wykonawcę TRONUS Polska Sp. z o.o. do wyznaczonego przez Zamawiającego terminu składania ofert. Zgodnie z dyspozycją art. 45 ust. 3 ustawy PZP wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, gdyż powinno skutecznie zabezpieczać złożoną ofertę. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, wyrażone między innymi wyroku KIO 281/16 z dnia 16.03.2016r., zgodnie z którym: „Wadium powinno być wniesione przed upływem terminu składania ofert. Nie można natomiast żądać, aby było ono wniesione wcześniej.” oraz wyrok KIO 1390/16 z dnia 11.08.2016r., w którym orzeczono, że: „O prawidłowości wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert nie przesądza, czy do oferty załączono potwierdzenia jego wniesienia, gdyż decydujące znaczenie ma okoliczność, czy faktycznie środki pieniężne lub dokumenty utożsamiające pozostałe formy wadium znalazły się w dyspozycji zamawiającego w wymaganym terminie.” Uznaje się więc, iż przed tym terminem w dyspozycji Zamawiającego winna znaleźć się czy to gwarancja wadium czy wadium wniesione w

pieniądu (na rachunek zamawiającego), tak, aby już od chwili składania ofert mógł skutecznie zabezpieczeniem wadialnym rozporządzać i ewentualnie zeń zaspokoić roszczenia przypisane ustawą (Wyrok KIO z dnia 29.08.2012r., sygn. art 1766/12). Wadium jest formą zabezpieczenia interesu Zamawiającego, a prawidłowe zabezpieczenie oferty wadium polega na istnieniu po stronie Zamawiającego pewności, że w przypadkach określonych w ustawie kwota wadium rzeczywiście zostanie Zamawiającemu wypłacona.

Dlatego też, Zamawiający uznał, że bezsprzecznie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Wykonawcy TRONUS Polska Sp. z o.o., ul. Ordona 2a, 01-237 Warszawa na podstawie powołanego art. 89 ust. 1 pkt 2) i 7b) ustawy Pzp.

II. Zamawiający po zbadaniu próbki dostarczonej przez firmę **Megan Seating Marcin Grzędzicki, Otowice 41, 86-070 Dąbrowa Chełmińska** odrzuca ofertę ww. Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy PZP, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W rozdziale XI w pkt. 3.3.6 Zamawiający określił, iż oferta Wykonawcy zostanie odrzucona w przypadku gdy dostarczona przez niego próbka nie będzie spełniać minimalnych wymagań opisanych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający po zbadaniu „próbki” oferowanych mebli znalazł następujące odstępstwa od wymagań Zamawiającego:

- nieprawidłowy gabaryt, głębokość złożonego fotela niezgodna z rys. 1 DT, jest większa o ok. 1,5 cm;
- widoczne odstępstwa tralki od profilu określonego w rys. 1 DT;
- nieprawidłowa wysokość całkowita fotela, różnica ok. 0,5 cm;
- nieprawidłowa wysokość podstawy fotela, różnica ok. 0,8 cm oraz długość podstawy fotela, różnica 1,2 cm;
- nieprawidłowa wysokość siedziska od podłoża, różnica ok. 0,5 cm;
- brak trwałego mocowania miękkiej części oparcia, co umożliwia jej przypadkowy demontaż;
- nieprawidłowości w montażu dolnej maskownicy/blendy: odpada po klęknieniu na siedzisku;
- spodnia część siedziska wykonana ze sklejki po obwodzie nie licuje się z krawędzią części tapicerowanej, różnica 1 cm;
- marszczenie tapicerki siedziska w miejscach łączenia elementu z dolną maskownicą/blendą, maskownica/blenda widocznie węższa niż element tapicerowany;
- System montażu foteli niezgodny p.IV.15 SOPZ.

III. Zamawiający po zbadaniu próbki dostarczonej przez firmę **Nowy Styl Sp. z o.o. ul. Pużaka 49, 38-400 Krosno** odrzuca ofertę ww. Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy PZP, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W rozdziale XI w pkt. 3.3.6 Zamawiający określił, iż oferta Wykonawcy zostanie odrzucona w przypadku gdy dostarczona przez niego próbka nie będzie

spełniać minimalnych wymagań opisanych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający po zbadaniu „próbki” oferowanych mebli znalazł następujące odstępstwa od wymagań Zamawiającego:

- szerokość rantu pomiędzy górną krawędzią zaplecka a elementem tapicerowanym niezgodna z rys. 1 DT (węższy o ok. 1,1 cm);
- nieprawidłowa grubość siedziska, różnica ok. 1 cm;
- ugięcie tylnych nóg foteli w dostarczonych próbkach, podczas gdy w projekcie zostały przewidziane nogi proste;
- widoczne odstępstwa w widoku z tyłu i widoku z boku od kształtu określonego w rys. 1 DT, łuk oparcia fotela znacznie mniejszy niż wynikający z projektu;
- widoczne odstępstwa w zakresie przedniej krawędzi siedziska, w widoku z przodu fotela ze złożonym siedziskiem, od kształtu określonego w rys. 1 DT;
- metalowy łącznik przednich nóg fotela niezgodny z p. IV.15 SOPZ.

IV. W tym miejscu należy przywołać orzecznictwo potwierdzające prawidłowość działań i decyzji Zamawiającego, adekwatne do stanu faktycznego i prawnego niniejszej sprawy.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2017r., sygn. akt KIO 1337/17, wynika, że: „ (...) *Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych parametrów technicznych wyrobu. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (...)*”.

Następnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29.10.2018r., sygn. akt KIO 2057/18, czytamy, że: „(...) *Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp występuje wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SIWZ co do istotnych elementów przedmiotu świadczenia określonego przez Zamawiającego. Z taką niezgodnością, wypełniającą przesłanki odrzucenia oferty, mamy do czynienia w niniejszej sprawie.(...)*”.

Z kolei w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2014r. (KIO 1543/14), w którym Izba wyraziła pogląd, 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 przedmiotu i zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego*”. *Niezgodność treści oferty z wymogami SIWZ musi mieć charakter merytoryczny, co przejawia się w rozbieżności pomiędzy zakresem/cechami świadczenia oferowanego przez wykonawcę a zakresem oczekiwań i wymagań*

Zamawiającego. Doskonale kwestię tę ilustruje wyrok KIO z dnia 16 marca 2008r. (sygn. K10/UZP/151/08), w świetle którego: „użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i realizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeżeli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu przedmiotu do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada SIWZ”.

Zamawiający wskazuje też, że nie ma także możliwości ewentualnego poprawienia i uzupełnienia próbek przez Wykonawców. Zdaniem Zamawiającego ewentualne uzupełnienia czy też poprawienia oferty byłyby uznane za niedopuszczalne negocjacje dotyczące treści złożonej oferty lub jej istotne zmiany i doprowadziły de facto do zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne po upływie terminu składania i otwarcia ofert. Takie działanie doprowadziłoby również do naruszenia zasad wynikających między innymi z art. 7 ustawy PZP, tj. złamania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Stanowisko to potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2016 r. „Wykonawcy nie mogą z własnej inicjatywy modyfikować ani „poprawiać” SIWZ nawet, jeśli uważają, że powinna ona brzmieć inaczej. Naczelna zasada jest bowiem to, aby wszyscy wykonawcy składali oferty w jednakowych warunkach - opisanych właśnie specyfikacją. W przeciwnym wypadku - gdyby wykonawcy mogli sami zmieniać wymagania opisu przedmiotu zamówienia - naruszona zostałaby właśnie uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców”. Takie stanowisko przytacza wyrok KIO 103/17 z dnia 25.01.2017r.: „(...) Ponadto taka sytuacja, że część wykonawców miałaby prawo sprecyzować lub uzupełnić ofertę (poza przypadkami wyraźnie określonymi w przepisach Prawa zamówień publicznych) już po terminie składania ofert jest uznawana w orzecznictwie za niedopuszczalną i naruszającą zasadę równego traktowania wykonawców. Mówi o tym wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 250/16 "Dopuszczenie do sformułowania, bądź skonkretyzowania przez wykonawcę treści oferty po upływie terminu składania ofert, byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 p.z.p." Wyraźne stanowisko w tym zakresie prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza, wskazując w wyroku z dnia 30 czerwca 2016 r. sygn. akt: KIO 1045/16 "Zgodność treści oferty z treścią SIWZ oceniana jest według stanu na dzień złożenia oferty. Po złożeniu oferty możliwe jest jedynie wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z wyłączeniem negocjacji oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty, z zastrzeżeniem ust. 1a i ust. 2 tego artykułu.(...)”

Zamawiający wskazuje też, że nie ma także możliwości ewentualnego poprawienia i uzupełnienia lub zmiany Zamawiający wskazuje również, iż zgodnie z wyrokiem KIO 2083/19 z 30.10.2019r. oczywistym jest, że wykonawca musi wykazać zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi w SIWZ na dzień składania ofert i to zarówno w zakresie rozwiązań wprost opisanych w SIWZ, jak i rozwiązań równoważnych.

W orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, że niezgodność oferty, aby była podstawą do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP, to dotyczyć powinna niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie. Taki stan rzeczy ma miejsce w opisanym wyżej przypadku. Dostarczone wraz z ofertą

próbki nie odpowiadają wymaganiom opisanym w SIWZ. W konsekwencji oferty tych Wykonawców podlegają bezwzględniemu odrzuceniu z uwagi na fakt, iż ich treść nie odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający zauważa, iż zgodnie z doktryną jak i orzecznictwem treść oferty odpowiada treści SIWZ, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez Zamawiającego w przedmiotowym dokumencie. Przywołany wyżej aspekt wskazuje jednoznacznie, że oferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom opisanym w treści SIWZ.

Ponadto niezgodność treści oferty 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 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 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 oferty 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 ukształtowanemu 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*”.

Zamawiający stwierdza, iż Wykonawcy w treści oferty nie wykazali, iż oferują przedmiot zamówienia, który spełnia wymagania wskazane w treści SIWZ. Podkreślić należy, iż opisane niezgodności są jednoznaczne i nie budzą żadnych wątpliwości, a w konsekwencji nie wymagają żadnych wyjaśnień. Nie można ich również poprawić bez istotnej ingerencji w treść oferty, a de facto jej zmiany, co w świetle obowiązujących przepisów jest niedopuszczalne.

Na zakończenie powyższego uzasadnienia Zamawiający wskazuje na tezę 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.”.

V. Mając na uwadze opisany wyżej stan faktyczny i prawny oraz posiadane dowody, stwierdzić należy iż bezspornie zachodzi konieczność odrzucenia ofert ww. Wykonawców na podstawie powołanego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż Wykonawcy złożyli oferty, które w odniesieniu do oferowanego przedmiotu zamówienia nie odpowiadają wymaganiom opisanym w treści SIWZ. Dlatego też, Zamawiający zobowiązany był do orzeczenia jak na wstępie.

Zgodnie z przepisami powołanej ustawy PZP od powyższego rozstrzygnięcia i zawiadomienia o odrzuceniu oferty Wykonawcy przysługuje prawo wniesienia pisemnego i umotywowanego odwołania, w terminie 10 (dziesięciu) dni od dnia przesłania niniejszego zawiadomienia. 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.

Dyrektor Naczelny i Artystyczny

Krzysztof Głuchowski