



## ZESPÓŁ ŻŁOBKÓW MIASTA STOŁECZNEGO WARSZAWY

ul. Belgijska 4, 02-511 Warszawa

tel. 22 277 52 00, faks 22 277 52 02

sekretariat.zespolzlobkow@um.warszawa.pl, zlobki.um.warszawa.pl

Warszawa, dnia 20.07.2020 r.

Oznaczenie postępowania ZZ-ZP.26.7.2020.MPO

### INFORMACJA o odrzuceniu ofert – w cz. 1 i 2

**Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: dostawa i montaż wyposażenia do placówek Zespołu Żłobków m.st. Warszawy.**

Zespół Żłobków m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie przy ul. Belgijskiej 4 działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm – dalej PZP), który stanowi, iż „Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o (...) 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności”, informuje, że na podstawie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu” **odrzuć ofertę złożoną przez Wykonawcę: J&T Top Gastro Jadwiga Bryk Teresa Strzylak Spółka cywilna - w części nr 2 zamówienia;**
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3” **odrzuć ofertę złożoną przez Wykonawcę: Elmar Anna Karnas w części nr 1 i 2 zamówienia;**
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP, zgodnie z którym, „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3” **odrzuć ofertę złożoną przez Wykonawcę: Kall – Carrion Trading Sp. z o.o. Sp. k. w części nr 1 zamówienia;**
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP, zgodnie z którym „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia” **wykluczył Wykonawcę Tronus Sp. z o.o.** oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3” oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP, zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert” **odrzuć ofertę złożoną przez Wykonawcę: Tronus Sp. z o.o. w części nr 1 i 2 zamówienia;**
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP, zgodnie z którym „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia” **wykluczył Wykonawcę Gastronomia Sp. z o.o.** oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3” oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP, zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego

do składania ofert” **odrzuć ofertę złożoną przez Wykonawcę: Gastromedia Sp. z o.o. w części nr 2 zamówienia;**

- 6) **art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP, zgodnie z którym** „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia” **wykluczył Wykonawcę JC Car Jerzy Czubiński** oraz na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP**, zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3” oraz na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP**, zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert” **odrzuć ofertę złożoną przez Wykonawcę: JC Car Jerzy Czubiński w części nr 2 zamówienia.**

#### **Ad. pkt 1)**

Stosownie do treści 15.1 SIWZ Zamawiający wymagał, aby:

15.1 w kalkulacji cenowej dla danej części zamówienia załączonej do oferty należy podać:

- 1) cenę jednostkową bez podatku VAT za 1 szt danego artykułu
- 2) stawkę podatku VAT
- 3) cenę jednostkową z podatkiem VAT za 1 szt danego artykułu
- 4) wartość łączną z podatkiem VAT, stanowiącą iloczyn ceny jednostkowej z podatkiem VAT za 1 szt danego artykułu i ilości
- 5) wartość łączną bez podatku VAT, obliczona od wartości łącznej z podatkiem VAT
- 6) całkowitą cenę netto za realizację całego zamówienia – stanowiącą sumę wszystkich pozycji w kolumnie „wartość łączna bez podatku VAT”
- 7) całkowitą cenę brutto za realizację całego zamówienia – stanowiącą sumę wszystkich pozycji w kolumnie „wartość łączna z podatkiem VAT”

**Ceny powinny zawierać podatek VAT w aktualnie obowiązującej stawce właściwej dla przedmiotu zamówienia.** Jeśli Wykonawcy są podmiotowo zwolnieni z płacenia podatku VAT, mają obowiązek dołączyć do oferty zaświadczenie wydane przez właściwy organ podatkowy potwierdzające fakt zwolnienia lub oświadczenie, wskazujące podstawę prawną zwolnienia podmiotowego (w formularzu ofertowym w miejscu stawki podatku VAT należy wpisać „zwolniony”).

Wykonawca **J&T Top Gastro Jadwiga Bryk Teresa Strzylak Spółka cywilna :**

- 1) w pkt 1 formularza ofertowego dla części nr 2 zamówienia przy „całkowitej cenie brutto”
- 2) w kalkulacji cenowej dla części nr 2 zamówienia, która jest załącznikiem nr 3.2 do SIWZ w kolumnie „VAT” we wszystkich pozycjach kalkulacji cenowej,

wpisał stawkę VAT w wysokości 22 %.

Stosownie do treści art. 82 ust. 3 PZP: Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2012 r. (KIO 2679/12) czytamy: "(...) Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale III CZP 52/11 Zamawiający jest zobowiązany badać, czy wykonawca prawidłowo przyjął w ofercie stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest elementem cenotwórczym, mającym niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Działanie takie ma zapewnić stan porównywalności ofert, z uwzględnieniem uczciwej konkurencji, tak aby nie zostało zaburzone dokonywanie oceny ofert, w których ceny byłby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT. Co ważne, w ocenie Sądu Najwyższego, działania dokonywane przez Zamawiającego ograniczają się wyłącznie do płaszczyzny wyboru oferty i nie przesądzają dalej idących konsekwencji jurydycznych, zwłaszcza w płaszczyźnie publicznoprawnej”.

Sąd Najwyższy w uchwale z 20.10.2011 r., III CZP 52/11 wskazał, że "Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT na skutek jej nieuwzględnienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny

*prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny, bez względu na skalę lub rozmiar stwierdzonego uchybienia."*

Podstawową stawką podatku VAT w Polsce jest 23%. Żaden z artykułów stanowiących przedmiot w części nr 2 zamówienia nie jest objęty obniżoną stawką podatku VAT (tj. 5% lub 8%). Podstawowa stawka podatku VAT w wysokości 22% obowiązywała w Polsce do końca 2010 roku i od 1 stycznia 2011 r. została podwyższona do 23%.

Zgodnie z powyższym należy stwierdzić, iż Wykonawca w kalkulacji cenowej, jak i formularzu ofertowym błędnie zastosował stawkę podatku VAT. Zamawiający zobligowany jest egzekwować od Wykonawców dostosowanie się do warunków przetargu, nie może odstąpić od tego obowiązku wobec niektórych z Wykonawców uznając, iż błędy ofercie nie stanowią uchybienia postanowieniom SIWZ.

Podkreślić należy, iż ani kalkulacja cenowa ani formularz ofertowy nie są dokumentami wymienionymi w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 z późniejszymi zmianami) zatem dokumenty te, nie podlegają złożeniu w trybie art. 26 ust. 2 ustawy lub uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Oferty Wykonawcy nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 PZP, z uwagi na fakt, iż błędna stawka podatku VAT nie mieści się w żadnej z możliwości poprawienia takiej „omyłki”, jaką daje w/w przepis. Taka zamiana oferty nie byłaby ani:

- a) oczywistą omyłką pisarską - w pojęciu „oczywiste omyłki pisarskie” mieszczą się tylko takiego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej dogłębnej analizy,
- b) ani oczywistą omyłką rachunkową – tj. omyłką w przeprowadzonych działaniach na liczbach, co oznacza, że każdy ze składników jest określony i wprost wymieniony, a niewłaściwie przeprowadzone działanie matematyczne doprowadziło do tego, że podany wynik działania rachunkowego jest błędny.

Taka zmiana nie mieści się również w kategorii innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 (sygn. akt III CZP 52/11) stwierdził, że błędna stawka podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeśli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki podlegającej poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z uzasadnienia orzeczenia wynika, że „(...) Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków warunkowany jest treścią SIWZ. Jedynie wówczas, jeśli Zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. **Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający źle określił w SIWZ stawkę podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (...).** W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu ceny."

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych nie jest również wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 PZP. Jednakże art. 87 ust. 1 PZP określa granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków

zamówienia wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. A zatem, nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP w sytuacji, w której prowadziłoby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Literalna wykładnia art. 87 ust. 1 ustawy PZP, jak i wyżej przywołane tezy orzecznicze, pozwalają jednoznacznie uznać, że zła 22% stawka podatku VAT w formularzu ofertowym przy całkowitej cenie brutto oraz zła 22% stawka podatku VAT w każdej pozycji kalkulacji cenowej w kolumnie VAT, która jest załącznikiem nr 3.2 do SIWZ, nie ma charakteru „omyłki”, którą Zamawiający mógłby bez udziału Wykonawcy poprawić. Nie może budzić wątpliwości, iż błędnie wskazana stawka podatku VAT, a następnie jej ustalenie przez Zamawiającego w toku procedury określonej w art. 87 ust. 1 ustawy PZP, stanowiłoby prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji, których rezultatem byłaby zmiana / uzupełnienie treści oferty.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający uznał, że oferta Wykonawcy w części nr 2 zamówienia podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP.

#### **Ad. pkt 2)**

Stosownie do treści Rozdziału 7 SIWZ Zamawiający wskazał:

*Wymagany termin wykonania zamówienia: do 24.08.2020 r.*

**Wykonawca Elmar Anna Karnas**, w formularzu ofertowym zaoferował termin realizacji zamówienia: do 28.08.2020 r.

Wykonawca zaoferował termin realizacji zamówienia niezgodny z terminem wymaganym przez Zamawiającego (zaoferowano termin dłuższy niż wskazany w SIWZ). Dane te niewątpliwie należą do treści a nie formy oferty i z żadnych innych dokumentów złożonych wraz z ofertą nie wynika, że Wykonawca zadeklarował wykonanie zamówienia w terminie zgodnym z SIWZ, dlatego też Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia "treść oferty", dlatego stosownie do treści art. 14 PZP, należy posiłkować się definicją zawartą w art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Z brzmienia tego przepisu wynika, iż ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy.

Nie budzi wątpliwości, że oświadczenie Wykonawcy w zakresie zaoferowanego terminu realizacji zamówienia nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Biorąc pod uwagę powyższe można wskazać, iż oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka oferta, która w sposób odmienny, niż zostało to ujęte w SIWZ, redaguje istotne postanowienia umowy, wprowadzając zmiany, np.: w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, sposobu jego świadczenia, jak również terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwiecień 2014 r. (KIO 667/14), czytamy: *„Izba podziela argumentację Odwołującego, że skorygowanie daty realizacji Zamówienia nie może być traktowana jako oczywista omyłka pisarka, na którą powołuje się Przystępujący. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, z oczywistą omyłką pisarską mamy do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca popełnił błąd pisarki poprzez niewłaściwe użycie słowa, nie przestrzegając zasad gramatycznych, opuścił wyrazy lub litery. Omyłka pisarska ma charakter oczywisty i jest widoczna na pierwszy rzut oka. W przedmiotowej sprawie, omyłce popełnionej przez Przystępującego nie można przypisać żadnych z powyższych cech. Zamawiający nie miał możliwości samodzielnego skorygowania wskazanej daty. Przystępujący miał bowiem prawo wskazać inną datę niż wymaganą przez Zamawiającego w treści SIWZ. Ponadto, w ocenie Izby, brak było w ofercie Przystępującego wystarczających informacji do jednoznacznego stwierdzenia, że nastąpiła omyłka pisarska, a celem Przystępującego było wskazanie daty realizacji Zamówienia określonej w treści SIWZ”*

Biorąc powyższe pod uwagę, wobec ustalenia przez Zamawiającego, że zaoferowane przez Wykonawcę termin realizacji zamówienia nie zgadza się z treścią SIWZ brak było podstaw do wezwania w/w Wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 PZP z uwagi na fakt, że

ewentualne udzielenie wyjaśnień prowadziłyby do zmiany treści oferty złożonej przez Wykonawcę. Oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu w części nr 1 i 2 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

#### **Ad. pkt 3)**

Stosownie do treści Rozdziału 7 SIWZ Zamawiający wskazał:

*Wymagany termin wykonania zamówienia: do 24.08.2020 r.*

Wykonawca Kall- Carion Trading Sp. z o.o. Sp. k. w swojej ofercie nie wpisał daty terminu wykonania zamówienia, zostawiając puste pole.

Zamawiający nie ma podstaw do wzywania Wykonawcy do wyjaśnień braku wskazania terminu realizacji zamówienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP, a ni poprawiać braku na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści SIWZ.

Wykonawca pominął w złożonej ofercie istotny element w postaci deklarowanego terminu realizacji zamówienia, które to wskazanie jest niewątpliwie elementem oświadczenia woli wykonawcy. Brakujące dane niewątpliwie należą do treści a nie formy oferty i z żadnych innych dokumentów złożonych wraz z ofertą nie wynika, że wykonawca zadeklarował wykonanie zamówienia w terminie zgodnym z SIWZ.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia "treść oferty", dlatego stosownie do treści art. 14 ustawy Pzp, należy posiłkować się definicją zawartą w art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Z brzmienia tego przepisu wynika, iż ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy.

Nie budzi wątpliwości, że brak zaoferowania terminu realizacji zamówienia nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Biorąc pod uwagę powyższe można wskazać, iż oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka oferta, która w sposób odmienny, niż zostało to ujęte w SIWZ, redaguje istotne postanowienia umowy, wprowadzając zmiany, np.: w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, sposobu jego świadczenia, jak również terminu realizacji przedmiotu zamówienia. Nie jest zatem podstawą do odrzucenia oferty sama forma przedłożonego dokumentu, o ile jego treść merytoryczna jest zgodna z SIWZ.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwiecień 2014 r. (KIO 667/14), czytamy: „Izba podziela argumentację Odwołującego, że skorygowanie daty realizacji Zamówienia nie może być traktowane jako oczywista omyłka pisarka, na którą powołuje się Przystępujący. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, z oczywistą omyłką pisarską mamy do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca popełnił błąd pisarki poprzez niewłaściwe użycie słowa, nie przestrzegając zasad gramatycznych, opuścił wyrazy lub litery. Omyłka pisarska ma charakter oczywisty i jest widoczna na pierwszy rzut oka. W przedmiotowej sprawie, omyłce popełnionej przez Przystępującego nie można przypisać żadnych z powyższych cech. Zamawiający nie miał możliwości samodzielnego skorygowania wskazanej daty. Przystępujący miał bowiem prawo wskazać inną datę niż wymaganą przez Zamawiającego w treści SIWZ. Ponadto, w ocenie Izby, brak było w ofercie Przystępującego wystarczających informacji do jednoznacznego stwierdzenia, że nastąpiła omyłka pisarska, a celem Przystępującego było wskazanie daty realizacji Zamówienia określonej w treści SIWZ”.

Biorąc powyższe pod uwagę, wobec ustalenia przez Zamawiającego, że Wykonawca nie zaoferował terminu realizacji zamówienia - brak było podstaw do wezwania w/w Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 PZP z uwagi na fakt, że ewentualne udzielenie wyjaśnień prowadziłyby do zmiany treści oferty złożonej przez Wykonawcę. Oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu w części nr 1 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

#### **Ad pkt 4)**

W dniu 15.06.2020 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Tronus Polska Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 PZP do złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, gdyż załączone do oferty oświadczenie było wypełnione nieprawidłowo.

Wykonawca załączył wraz z ofertą oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej w której wskazał, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. I. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) z innymi wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu. Wykonawca składając oświadczenie wraz z ofertą nie mógł złożyć takiego oświadczenia, bo nie miał wiedzy, jacy Wykonawcy złożą oferty.

Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego do złożenia prawidłowego oświadczenia dot. przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej.

Zamawiający wskazuje, że wezwanie skierowane do Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 PZP jest wezwaniem jednokrotnym. W wyroku KIO 1418/12 - Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „w wykładni art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych została przyjęta zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, należy jednak pamiętać, że odnosi się ona do sytuacji, gdy zamawiający w jednym wezwaniu dokonuje wezwania kompleksowego wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu. Jeżeli jednak jego czynność jest wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność tę należy skorygować.”.

Uwzględniając fakt, że wezwanie z dnia 15.06.2020 r. zawierało precyzyjne wskazanie braku oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej – zgodnie z w/w orzeczeniem, Zamawiający nie może ponownie wezwać Wykonawcy do złożenia tego samego dokumentu w tym samym zakresie.

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania poprzez nieprzedłożenie wymaganego, a niezbędnego do przeprowadzenia postępowania (oceny braku podstaw do wykluczenia) oświadczenia dla części nr 1 i 2 zamówienia. Wykonawca podlega zatem wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 PZP a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP.

Jednocześnie, stosownie do treści 7 SIWZ Zamawiający wskazał:

*Wymagany termin wykonania zamówienia: do 24.08.2020 r.*

Wykonawca Tronus Polska Sp. z o.o. w swojej ofercie nie wpisał daty terminu wykonania zamówienia, zostawiając puste pole.

Zamawiający nie ma podstaw do wzywania Wykonawcy do wyjaśnień braku wskazania terminu realizacji zamówienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP, a ni poprawiać braku na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści SIWZ.

Wykonawca pominął w złożonej ofercie istotny element w postaci deklarowanego terminu realizacji zamówienia, które to wskazanie jest niewątpliwie elementem oświadczenia woli wykonawcy. Brakujące dane niewątpliwie należą do treści a nie formy oferty i z żadnych innych dokumentów złożonych wraz z ofertą nie wynika, że wykonawca zadeklarował wykonanie zamówienia w terminie zgodnym z SIWZ.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia "treść oferty", dlatego stosownie do treści art. 14 ustawy Pzp, należy posiłkować się definicją zawartą w art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.). Z brzmienia tego przepisu wynika, iż ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy.

Nie budzi wątpliwości, że brak zaferowania terminu realizacji zamówienia nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Biorąc pod uwagę powyższe można wskazać, iż oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka oferta, która w sposób odmienny, niż zostało to ujęte w SIWZ, redaguje istotne postanowienia umowy, wprowadzając zmiany, np.: w zakresie opisu przedmiotu

zamówienia, sposobu jego świadczenia, jak również terminu realizacji przedmiotu zamówienia. Nie jest zatem podstawą do odrzucenia oferty sama forma przedłożonego dokumentu, o ile jego treść merytoryczna jest zgodna z SIWZ.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwiecień 2014 r. (KIO 667/14), czytamy: „Izba podziela argumentację Odwołującego, że skorygowanie daty realizacji Zamówienia nie może być traktowana jako oczywista omyłka pisarka, na którą powołuje się Przystępujący. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, z oczywistą omyłką pisarską mamy do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca popełnił błąd pisarki poprzez niewłaściwe użycie słowa, nie przestrzegając zasad gramatycznych, opuścił wyrazy lub litery. Omyła pisarska ma charakter oczywisty i jest widoczna na pierwszy rzut oka. W przedmiotowej sprawie, omyłce popełnionej przez Przystępującego nie można przypisać żadnych z powyższych cech. Zamawiający nie miał możliwości samodzielnego skorygowania wskazanej daty. Przystępujący miał bowiem prawo wskazać inną datę niż wymaganą przez Zamawiającego w treści SIWZ. Ponadto, w ocenie Izby, brak było w ofercie Przystępującego wystarczających informacji do jednoznacznego stwierdzenia, że nastąpiła omyłka pisarska, a celem Przystępującego było wskazanie daty realizacji Zamówienia określonej w treści SIWZ”.

Biorąc powyższe pod uwagę, wobec ustalenia przez Zamawiającego, że Wykonawca nie zaoferował terminu realizacji zamówienia - brak było podstaw do wezwania w/w Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 PZP z uwagi na fakt, że ewentualne udzielenie wyjaśnień prowadziłyby do zmiany treści oferty złożonej przez Wykonawcę. Oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu w części nr 1 i 2 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

#### **Ad pkt 5)**

W dniu 15.06.2020 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 PZP do złożenia: oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 PZP. W/w oświadczenie należało złożyć w terminie 3 dni od dnia przekazania informacji, o której mowa w art. 51 ust. 1a, art. 57 ust. 1 lub art. 60d ust. 1, albo od zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5. W związku z upublicznieniem na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert w dniu 03.06.2020 r., w/w oświadczenie należało złożyć do dnia 08.06.2020 r.

Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i nie złożył oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej.

Zamawiający wskazuje, że wezwanie skierowane do Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 PZP jest wezwaniem jednokrotnym. W wyroku KIO 1418/12 – Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „w wykładni art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych została przyjęta zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, należy jednak pamiętać, że odnosi się ona do sytuacji, gdy zamawiający w jednym wezwaniu dokonuje wezwań kompleksowego wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu. Jeżeli jednak jego czynność jest wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność tę należy skorygować.”.

Uwzględniając fakt, że wezwanie z dnia 15.06.2020 r. zawierało precyzyjne wskazanie braków/błędów w złożonej przez Wykonawcę ofercie – zgodnie z w/w orzeczeniem, Zamawiający nie może ponownie wezwać Wykonawcy do złożenia tego samego dokumentu w tym samym zakresie.

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania poprzez nieprzedłożenie wymaganego, a niezbędnego do przeprowadzenia postępowania (oceny braku podstaw do wykluczenia) oświadczenia dla części

nr 2 zamówienia. Wykonawca podlega zatem wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 PZP a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP. Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę w/w Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy PZP wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie niezgodności treści oferty z SIWZ. Wyjaśnienia należało złożyć do dnia 14.07.2020 r. do godz. 12:00 w zakresie potwierdzenia spełnienia przez oferowane artykuły wymagań określonych przez Zamawiającego w kalkulacji cenowej, która jest załącznikiem nr. 3.2 do SIWZ – w pozycjach:

poz. 36 - na stronie producenta (STALGAST) brak informacji o dostosowaniu zaoferowanego modelu patelni (o nr katalogowym 032260) do kuchni indukcyjnych - co było wymagane w OPZ,  
poz. 43 - zaoferowany model rondla o wymiarach: pojemność 0,9 l, Ø 14 cm, wysokość 6,5 cm nie mieści się w zakresie tolerancji parametrów - niezgodność z OPZ,  
poz. 135 - zaoferowany model deski o wym. 53x32,5x2,5 cm nie mieści się w zakresie tolerancji parametrów - niezgodność z OPZ (zgodnie z OPZ ma być 26,5x32,5x2 cm)  
poz.152- 156 - zaoferowany model noża ma długość 26cm, co stanowi niezgodność z OPZ (w OPZ miało być dł. 30-32 cm),  
poz. 160 - na stronie producenta ALDA zamawiający nie jest w stanie odszukać produktu pod wskazanym w ofercie numerem katalogowym (dla poz. 160 widnieje numer F612B) - do wyjaśnienia  
poz. 161 - wskazany model kosza ma wykończenie błyszczące, niezgodność z OPZ (w OPZ jest wykończenie satynowe) - do wyjaśnienia,  
poz. 170,171 - zaoferowany produkt jest wykonany ze stali 18/0 - niezgodność z OPZ (w OPZ zamawiający wymagał gatunku stali 18/10)

Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i nie złożył wyjaśnień. Z tych względów Zamawiający uznał, iż Wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny w zakresie parametrów z opisanymi w SIWZ, tym samym oferta Wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ.

Zgodnie z wyrokiem z dnia 26 stycznia 2017 r. Sygn. akt: KIO 11/17; KIO 29/17:

*Niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. 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, opisanego i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Elementem sporządzanej i przedstawianej przez wykonawcę oferty są w tym kontekście również tzw. dokumenty przedmiotowe, potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Konsekwentnie ich nieprzedstawienie albo przedstawienie dokumentów nieprawidłowych spowoduje niezgodność treści oferty z SIWZ.*

Uwzględniając powyższe, oferta Gastromedia Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w cz. nr 2 z uwagi na fakt, że Wykonawca nie potwierdził spełnienia przez oferowane wyposażenie w części nr 2 w poz. 36,43, 135, 152-156, 160, 161, 170 oraz 171 wymagań określonych przez Zamawiającego.

#### **Ad pkt 6)**

W dniu 09.07.2020 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 PZP do złożenia: oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 PZP. W/w oświadczenie należało złożyć w terminie 3 dni od dnia przekazania



informacji, o której mowa w art. 51 ust. 1a, art. 57 ust. 1 lub art. 60d ust. 1, albo od zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5. W związku z upublicznieniem na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert w dniu 03.06.2020 r., w/w oświadczenie należało złożyć do dnia 08.06.2020 r.

Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i nie złożył oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej.

Zamawiający wskazuje, że wezwanie skierowane do Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 PZP jest wezwaniem jednokrotnym. W wyroku KIO 1418/12 – Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „w wykładni art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych została przyjęta zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, należy jednak pamiętać, że odnosi się ona do sytuacji, gdy zamawiający w jednym wezwaniu dokonuje wezwań kompleksowych wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu. Jeżeli jednak jego czynność jest wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność tą należy skorygować.”.

Uwzględniając fakt, że wezwanie z dnia 09.07.2020 r. zawierało precyzyjne wskazanie braków/błędów w złożonej przez Wykonawcę ofercie – zgodnie z w/w orzeczeniem, Zamawiający nie może ponownie wezwać Wykonawcy do złożenia tego samego dokumentu w tym samym zakresie.

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania poprzez nieprzedłożenie wymaganego, a niezbędnego do przeprowadzenia postępowania (oceny braku podstaw do wykluczenia) oświadczenia dla części nr 2 zamówienia. Wykonawca podlega zatem wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 PZP a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP.

Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę w/w Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 wezwał Wykonawcę do wyjaśnień w zakresie niezgodności treści oferty z SIWZ. Wyjaśnienia należało złożyć do dnia 14.07.2020 r. do godz. 12:00 w zakresie potwierdzenia spełnienia przez oferowane artykuły wymagań określonych przez Zamawiającego w kalkulacji cenowej, która jest załącznikiem nr. 3.2 do SIWZ – w pozycjach:

**poz. 36** - na stronie producenta (STALGAST) brak informacji o dostosowaniu zaoferowanego modelu patelni (o nr katalogowym 032250) do kuchni indukcyjnych - co było wymagane w OPZ,

**poz. 38, 40** - na stronie producenta (STALGAST) brak informacji o rodzaju stali nierdzewnej z której wyprodukowana jest zaoferowany model pokrywy, (zgodnie z OPZ ma być stali 18/10),

**poz. 41** - brak informacji na stronie producenta o rodzaju stali nierdzewnej, z której wyprodukowany jest zaoferowany model wiadra i pokrywy (zgodnie z OPZ ma być stal 18/10)

**poz.111** - zaoferowany model czajnika nie posiada gwizdka, co stanowi niezgodność z OPZ

**poz. 118** - zaoferowany model termometru posiada zakres temperatury od -40 do +200 st. C - co stanowi niezgodność z OPZ

**poz. 120** - zaoferowany model krajacza do jaj wykonany jest tylko ze stali nierdzewnej, długość 14,5 cm nie mieści się w zakresie tolerancji parametrów - niezgodność z OPZ (w OPZ krajacz wykonany z aluminium, druty ze stali nierdzewnej, o wym. 12,5x8cm)

**poz. 135** - zaoferowany model deski nie posiada nóżek, oraz wysokość 12 mm nie mieści się w zakresie tolerancji parametrów - niezgodność z OPZ

**poz. 160,161** - na stronie producenta ALDA zamawiający nie jest w stanie odszukać produktu pod wskazanym w ofercie numerem katalogowym (dla poz. 160 widnieje numer F612B - wykonawca wskazał ALDO43, dla poz. 161 widnieje numer F613B - wykonawca wskazał ALDO44) - do wyjaśnienia

**poz. 170,171** - zaofferowany produkt jest wykonany ze stali 18/0 - niezgodność z OPZ (w OPZ zamawiający wymagał gatunku stali 18/10).

Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i nie złożył wyjaśnień. Z tych względów Zamawiający uznał, iż Wykonawca zaofferował przedmiot zamówienia niezgodny w zakresie parametrów z opisanymi w SIWZ, tym samym oferta Wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ.

Zgodnie z wyrokiem z dnia 26 stycznia 2017 r. Sygn. akt: KIO 11/17; KIO 29/17:

*Niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. 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, opisanego i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Elementem sporządzanej i przedstawianej przez wykonawcę oferty są w tym kontekście również tzw. dokumenty przedmiotowe, potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Konsekwentnie ich nieprzedstawienie albo przedstawienie dokumentów nieprawidłowych spowoduje niezgodność treści oferty z SIWZ.*

Uwzględniając powyższe, oferta JC Car Jerzy Czubiński podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP z uwagi na fakt, że Wykonawca nie potwierdził spełnienia przez oferowane wyposażenie w części nr 2 w poz. 36, 38, 40, 41, 111, 118, 120, 135, 160, 161, 170 oraz 171 wymagań określonych przez Zamawiającego.

DYREKTOR  
ZESPOŁU ŻŁOBKÓW  
m. St. Warszawy  
*Edyta Jóźwiak*

Sprawę prowadzi:  
Monika Poneta  
Tel. 22 277 52 97