

Warszawa, dnia 05.10.2022 r.

Znak sprawy: WZP/WIPFE/U-332-40/22

Adresat
(wszyscy Wykonawcy)

Zawiadomienie o odrzuconej ofercie Wykonawcy oraz o unieważnieniu przedmiotowego postępowania

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na „Kompleksową organizację i obsługę wydarzenia konferencyjnego pn. 12. Forum Rozwoju Mazowsza” (nr sprawy: WZP/WIPFE/U-332-40/22)

I. Zawiadomienie o odrzuconej ofercie Wykonawcy

Działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710; dalej ustawa P.z.p.), Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) informuje, że w przedmiotowym postępowaniu na „Kompleksową organizację i obsługę wydarzenia konferencyjnego pn. 12. Forum Rozwoju Mazowsza” (nr sprawy: WZP/WIPFE/U-332-40/22) postanowił odrzucić ofertę Wykonawcy: **KDK Sp. z o.o.**, ul. Mokotowska 14, 00-561 Warszawa (oferta nr 01; dalej Wykonawca) z uwagi na fakt, iż treść oferty Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Oferta Wykonawcy musi spełniać wszystkie wymagania wskazane przez Zamawiającego w Załączniku nr 2 do SWZ – Opisie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z pkt 11.1.1 SWZ Wykonawca zobowiązany był do złożenia podmiotowego środka dowodowego w formie „Dokumentu stanowiącego podstawę do oceny oferty w ramach kryteriów: „Wizualizacja Sceny 1”, „Wizualizacja Sceny 2”, „Wizualizacja recepcji i szatni”. Dokument powinien zawierać opisy/wizualizacje wszystkich elementów, które będą oceniane przez Zamawiającego w ramach przyjętych kryteriów oceny oferty. Biorąc pod uwagę fakt, iż elementy oceniane w kryteriach w wielu miejscach są ściśle powiązane z elementami obowiązkowymi, dokument ten zawiera opisy i wizualizacje zarówno elementów, które zostały dokładnie opisane w treści Załącznika nr 2 do SWZ, jak i te, co do których Wykonawca dysponował pewną dowolnością wynikającą z kryteriów oceny. Tym samym, oceniając złożony dokument, Zamawiający musiał odnieść się nie tylko do kwestii związanych z kryteriami oceny ale również do bezpośredniej zgodności zaproponowanych rozwiązań z wymaganiami SWZ.

UWAGA: w związku z faktem, iż treść dokumentu na podstawie którego Zamawiający dokonywał oceny oferty oraz podejmował decyzję o jej odrzuceniu stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, niniejszy fragment pisma będzie dostępny wyłącznie dla Wykonawcy, którego oferty dotyczy.

Wszystkie wyżej opisane niezgodności wynikają z treści oferty i nie podlegają poprawieniu lub uzupełnieniu w rozumieniu przepisów ustawy P.z.p. Jakakolwiek próba zmiany zaoferowanych rozwiązań byłaby zmianą oświadczenia woli Wykonawcy jakim jest złożona oferta. Zgodnie z treścią art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”.

UWAGA: w związku z faktem, iż treść dokumentu na podstawie którego Zamawiający dokonywał oceny oferty oraz podejmował decyzję o jej odrzuceniu stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, niniejszy fragment pisma będzie dostępny wyłącznie dla Wykonawcy, którego oferty dotyczy.

Z uwagi na nieusuwalność niezgodności opisanych wyżej w pkt 1 i 2, wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tych sprawach byłoby niecelowe, gdyż oferta Wykonawcy i tak podlegałaby odrzuceniu. Zgodnie z art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie (...)”*.

Zgodnie z art. 218 ust. 2 ustawy P.z.p. *„Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia”*. Ponadto, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Pojęcie warunków zamówienia zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 29 ustawy P.z.p. *„gdzie wskazano, że poprzez 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. Do określenia lub opisanie warunków zamówienia służą dokumenty zamówienia, w tym SWZ*.

Zgodność treści oferty z treścią istotnych postanowień specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie (w dokumentach na nią się składających) nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w SWZ. Tym samym Zamawiający ma obowiązek zbadać, czy oferta Wykonawcy faktycznie jest zgodna z wymaganiami określonymi w dokumentacji, w szczególności, co do parametrów, zakresu, ilości, ceny, jakości, warunków realizacji (w tym terminów) i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości i zgodnie z istotnymi wymogami Zamawiającego.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO, Izba) przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 Kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli – zobowiązania Wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie Wykonawcy z zakresem zobowiązania, którego Zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SWZ.

Izba wyraziła swoje stanowisko m.in. w wyroku z dnia 5 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 2670/14), gdzie wskazano, że niezgodność treści oferty z treścią SWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie ówczesnego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., czyli aktualnego art. 226 ust. 1 pkt 5 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 SWZ. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nieodpowiadająca treści SWZ to ta, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Izba podkreśliła, że *„Odmiennosć ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ 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”*.

W związku z faktem, iż nie można dokonywać zmian w treści ofert Wykonawców po upływie terminu złożenia ofert, z zastrzeżeniem art. 223 ust. 2 ustawy P.z.p. Zamawiający dokonał analizy możliwości poprawienia oferty Wykonawcy na podstawie wskazanego wyżej przepisu. Analiza wykazała, że błąd popełniony przez Wykonawcę nie może być uznany za żadną z trzech rodzajów omyłek wskazanych przez Ustawodawcę. Jakikolwiek próby dokonania zmian w tym zakresie jednoznacznie prowadziłyby do negocjacji treści oferty w zakresie parametrów przedmiotu zamówienia oraz do zmiany treści oferty w sposób inny niż

określa to ustawa P.z.p. Zaoferowanie realizacji przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami wskazanymi w SIWZ z przyczyn oczywistych nie może zostać uznane za omyłkę pisarską lub rachunkową.

Z opinii Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że za oczywistą omyłkę pisarską można uznać omyłkę polegającą na przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym lub pisarskim powinna być możliwa do poprawienia bez odwoływania się do innych dokumentów. Natomiast oczywista omyłką rachunkowa może wynikać z błędnej operacji rachunkowej na liczbach.

Zaoferowanie nowych, innych niż pierwotnie wskazano w ofercie elementów wyposażenia, nie może być uznane za możliwe do dokonania na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Zgodnie z orzecznictwem, nie każda nieprawidłowość w Formularzu ofertowym może być kwalifikowana jako omyłka podlegająca poprawieniu przez Zamawiającego. Granicę wyznacza przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., który wskazuje, że zmiana nie może powodować istotnej zmiany treści oferty. W wyroku z dnia 28 czerwca 2011 r., (sygn. akt KIO 1252/11), Izba przyznała rację Zamawiającemu, iż w kosztorysie ofertowym Odwołującego znalazły się takie błędy, które nie były możliwe do skorygowania zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. (ówcześnie obowiązujący artykuł P.z.p., którego bezpośrednim następcą jest art. 223 ust. 2 pkt 3 aktualnej ustawy P.z.p.). Skład orzekający zwrócił uwagę, iż możliwość poprawy drobnych błędów w ofercie, w szczególności błędów pojawiających się w kosztorysach i leżący po stronie Zamawiającego obowiązek ich poprawy nie mają charakteru nieograniczonego.

W opinii KIO „Należy odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeśli niezgodność treści oferty z siwz ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Niezgodność ta powinna dotyczyć sfery i zobowiązania zamawianego w specyfikacji oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz” (wyrok Izby z 6 października 2014 r.; sygn. akt KIO 1932/14). W powyższym wyroku Izba wskazuje, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. dla dopuszczalności poprawienia niezgodności treści oferty z SIWZ wymaga, aby poprawienie takie nie prowadziło do istotnych zmian treści oferty. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że powyższe działanie nie wyczerpuje ustawowej przesłanki „nieistotności” dopuszczalnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Skład orzekający Izby potwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy w zakresie nieodrzucenia oferty w związku z nieprawidłowym zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. i nakazał dokonanie takiego odrzucenia.

Z powyższego orzecznictwa wynika, że jakiegokolwiek poprawienie oferty Wykonawcy w zakresie opisanym w pkt 1 i 2 jest w oczywisty sposób niezgodne z ustawą P.z.p., albowiem zmiana taka prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert, tym samym jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W ocenie Zamawiającego powyższe argumenty kończą rozważania zarówno na temat możliwości wprowadzenia zmian do oferty, jak i uznania złożonej oferty za prawidłową, zgodną z warunkami OPZ. Tym samym, odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. jest jedynym zgodnym z przepisami prawa działaniem jakie może podjąć Zamawiający w zaistniałych okolicznościach.

Z uwagi na obowiązek wskazania w dokumentacji prowadzonego postępowania prawidłowej ceny złożonej oferty, niezależnie od faktu jej odrzucenia, Zamawiający zobowiązany jest do dokonania poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w treści oferty Wykonawcy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., w wyniku czego wartość oferty powinna wynosić 640.768,80 zł brutto.

II. Zawiadomienie o unieważnieniu przedmiotowego postępowania

Działając na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710; dalej ustawa P.z.p.), Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) unieważnia przedmiotowe postępowanie na „Kompleksową organizację i obsługę wydarzenia konferencyjnego pn. 12. Forum Rozwoju Mazowsza” (nr sprawy: WZP/WIPFE/U-332-40/22) w związku z faktem, iż wszystkie prawidłowo złożone oferty podlegały odrzuceniu.

W przedmiotowym postępowaniu w prawidłowy, przewidziany przepisami prawa oraz zapisami SWZ złożono jedną ofertę. Oferta Wykonawcy, **KDK Sp. z o.o.**, ul. Mokotowska 14, 00-561 Warszawa (oferta nr 01; dalej Wykonawca) z uwagi na fakt, iż treść oferty Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, z przyczyn wskazanych w pkt I niniejszego dokumentu.

Zgodnie z art. 255 pkt 2 ustawy P.z.p. „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu”.

Ponadto, w nawiązaniu do faktu, iż nie złożono żadnej oferty zgodnej z SWZ, Zamawiający zobowiązany jest odnieść się do komunikatu podanego przez Zamawiającego na platformie miniPortal oraz na stronie internetowej Zamawiającego w ramach „Informacji z otwarcia ofert”. Zamawiający wskazał wówczas, że „Ponadto Zamawiający informuje, że dwóch Wykonawców po godz. 12:00 powiadomiło Zamawiającego o problemach technicznych uniemożliwiających złożenie oferty za pośrednictwem platformy miniPortal”.

Po upływie terminu składania ofert Zamawiający otrzymał informacje o dwóch Wykonawcach, którzy próbowali przekazać oferty za pośrednictwem platformy miniPortal lecz z powodu problemów z tym systemem przesłanie ofert było niemożliwe. Platforma miniPortal nie jest własnością Zamawiającego i w związku z tym Zamawiający nie ma wpływu na jej działanie. Niemniej jednak jest to narzędzie, które wykorzystywane jest zarówno przez Zamawiających jak i Wykonawców, co wiąże się z koniecznością podjęcia próby ustalenia stanu faktycznego. Zamawiający uznał, że jest zobowiązany do podjęcia działań mogących wyjaśnić zaistniałą sytuację. Takie działanie Zamawiającego rekomenduje Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO, Izba).

Jak wynika z orzecznictwa KIO „(...) Zamawiający postąpił prawidłowo, próbując ustalić przyczyny niemożności odszyfrowania oferty. Zaniechanie takich prób narażałoby zamawiającego na zarzuty ze strony wykonawcy, które mogłyby okazać się zasadne. Tym bardziej trudno byłoby usprawiedliwić niepodjęcie dalszych czynności w tym zakresie w sytuacji, gdy w innym prowadzonym przez siebie postępowaniu Zamawiający w analogicznym przypadku uzyskał opinię Departamentu Prawnego UZP, w której jednoznacznie poinformowano o konieczności ustalenia przyczyn niemożliwości odszyfrowania oferty i konsekwencjach ewentualnych ustaleń” (wyrok z dnia 16 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1108/20). We wskazanej sprawie problem zgłoszony przez Wykonawców nie polegał na tym samym, jednakże również związany był z niewłaściwym działaniem systemu.

Zamawiający w dniu 03.10.2022 r., zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie opisanego przez Wykonawców problemu do Urzędu Zamówień Publicznych. Zamawiający wskazał, m.in.: „Następnie w tym samym dniu o godz.:

- 1) 12:01, Zamawiający otrzymał maila od drugiego Wykonawcy o następującej treści: „Ze względu na problemy techniczne ze złożeniem oferty poprzez mimi portal, przesyłam ofertę firmy (...) droga mailowa”. Wykonawca nie podał żadnych innych informacji;
- 2) 12:11, Zamawiający otrzymał maila od trzeciego Wykonawcy o następującej treści: „Piszę do Pana w związku z problemem technicznym portalu UZP, który nie pozwolił nam złożyć oferty dotyczącej przetargu na kompleksową realizację XII Forum Rozwoju Mazowsza. Na etapie wysyłania plików, system zawiesił się na ekranie pokazanym na załączonym zdjęciu. Z tego powodu nie mogliśmy dokończyć procedury złożenia oferty, której proces złożenia został zainicjowany przed terminem wyznaczonym na złożenie oferty. W związku z powyższym zwracamy się z prośbą o możliwość złożenia oferty w innym trybie, np. drogą mailową. Załączam do niniejszego maila ofertę licząc na zrozumienie zaistniałej sytuacji i dopuszczenie naszej oferty”. Wykonawca dołączył zrzut ekranu (w załączeniu);

Wykonawcy wskazani w pkt 1 i 2 przesłali dokumenty wyłącznie za pośrednictwem poczty elektronicznej, bez wykorzystania platform miniPortal i ePUAP.

Wg informacji dostępnych na platformie o godz. 11:34 system miniPortal na pewno działał prawidłowo, gdyż o tej właśnie godzinie złożona została oferta pierwszego Wykonawcy.

W odpowiedzi UZP przekazał informację o następującej treści „We wskazanym przez Pana terminie nie pojawiły się żadne problemy techniczne na miniPortalu. Żaden z Wykonawców nie zwrócił się z prośbą

o wsparcie techniczne przy szyfrowaniu plików. Sam zrzut ekranu nie jest wystarczający do tego, by móc weryfikować na czym mógł polegać problem, który napotkał Wykonawca”.

Jak również wynika ze wskazanego wyżej wyroku KIO, gdyby w wyniku przeprowadzonych czynności wyjaśniających okazało się, że przyczyna błędnego działania leży po stronie Zamawiającego, Zamawiający zobowiązany byłby do rozważenia zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji może bowiem zachodzić przypadek, w którym postępowanie będzie obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegające unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeżeli natomiast w wyniku przeprowadzonych czynności wyjaśniających okazuje się, że przyczyna np. braku możliwości przesłania oferty leży po stronie Wykonawcy, Zamawiający jest uprawniony do uznania, że oferta nie została przez tego Wykonawcę złożona. Tym samym przesłanie do Zamawiającego dokumentów bez wykorzystania platform miniPortal i ePUAP oraz brak ich szyfrowania powoduje, że Zamawiający nie może uznać, iż przesłane dokumenty mają charakter ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z opinią UZP „zgodnie z art. 61 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie, w tym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”. W dalszej części UZP wskazuje, że „prawidłowym będzie złożenie oferty w ten sposób, że wykonawca przekazuje zamawiającemu zaszyfrowany plik zawierający ofertę (jeżeli system komunikacji zakłada obowiązek szyfrowania) opatrzoną właściwym podpisem lub plik oferty wraz z plikiem podpisu (w przypadku podpisu zewnętrznego), przy czym opatrzenie oferty podpisem nastąpiło przed zaszyfrowaniem oferty (...) W przypadku, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się za pośrednictwem miniPortal/ePUAP, przekazanie oferty następuje za pomocą formularza przeznaczonego do złożenia, zmiany, wycofania oferty. Jak większość formularzy udostępnianych przez miniPortal/ePUAP, również i ten formularz może być przed wysłaniem podpisany przez użytkownika (podpis następuje z wykorzystaniem właściwej funkcji systemu ePUAP tj. „PODPISZ I WYŚLIJ”). Podnieść należy, że podpis ten składany jest wyłącznie na formularzu do złożenia, zmiany, wycofania oferty. Co za tym idzie, podpis na formularzu to jedynie funkcjonalność systemu ePUAP, z której mogą, ale nie muszą skorzystać wykonawcy przekazujący ofertę przy pomocy tego systemu. Oznacza to, że podpis złożony jedynie na ww. formularzu nie może wywierać skutków w odniesieniu do złożonej za jego pomocą oferty wykonawcy. Oferta bowiem, zgodnie z art. 63 ustawy Pzp, a nie formularz elektroniczny za pośrednictwem którego jest przekazywana, musi zostać opatrzona właściwym podpisem”.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p., co nie zmienia faktu, iż postępowanie i tak musiało zostać unieważnione z innego powodu.

Zamawiający informuje, że niezwłocznie po uprawomocnieniu się opisanych wyżej czynności planuje wszczęcie kolejnego postępowania dotyczącego tożsamego przedmiotu zamówienia.

Mariusz Frankowski
p.o. Dyrektora
Mazowieckiej Jednostki Wdrażania Programów Unijnych
/- podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym/

Sprawę prowadzi:
Michał Kosior
tel. 22 542 20 92
email: m.kosior@mazowia.eu