



URZĄD KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

BIURO ADMINISTRACJI

Warszawa, 9 grudnia 2021 r.

BA.WZP.26.38.2021.35

Wykonawcy

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn. „Modyfikacja Modelu Popytowo-Kosztowego”. Sprawa nr BA.WZP.26.38.2021.

Zamawiający, Skarb Państwa – Urząd Komunikacji Elektronicznej, działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp”, informuje że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym pn. „Modyfikacja Modelu Popytowo-Kosztowego” jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Konsorcjum firm w składzie:

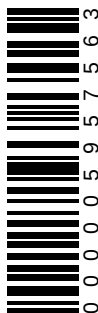
Lider Konsorcjum: Audytel S.A., ul. Ks. I. Skorupki 5, 00-546 Warszawa

Członek Konsorcjum: RESD S.A., ul. Ks. I. Skorupki 5, 00-546 Warszawa.

Oferta najkorzystniejsza wybrana została zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, w tym w Specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej „SWZ”) w rozdziale XX, tj. w kryterium „Cena” - waga 50 pkt, kryterium „Koncepcja modyfikacji modelu popytowego” - waga 10 pkt, „Koncepcja podejścia ryczałtowego” - waga 20 pkt oraz „Skrócenie czasu trasowania danych” - waga 20 pkt.

Wybrana oferta otrzymała największą ilość **punktów: 75,00** obliczonych zgodnie z zasadami opisanymi w rozdziale XX SWZ.

Zamawiający przedstawia poniżej informacje określone w art. 253 ust.1 pkt 1-2 ustawy Pzp:



| Nr oferty | Nazwa (firma), siedziba i adres Wykonawcy | Ilość punktów w kryterium „Cena” | Ilość punktów w kryterium „Koncepcja modyfikacji modelu popytowego” | Ilość punktów w kryterium „Koncepcja podejścia ryczałtowego” | Ilość punktów w kryterium „Skrócenie czasu trasowania danych” | Łączna liczba punktów (kolumny: 3+4+5+6) | |
|-----------|--|----------------------------------|---|--|---|--|--|
| 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | |
| 1. | NetModeller sp. z o.o., ul. Młynarska 42/115, 01-171 Warszawa | Oferta niepodlegająca ocenie | | | | | |
| 2. | Konsorcjum firm w składzie: Lider Konsorcjum: Audytel S.A., ul. Ks. I. Skorupki 5, 00-546 Warszawa Członek Konsorcjum: RESD S.A., ul. Ks. I. Skorupki 5, 00-546 Warszawa | 50 | 0 | 5 | 20 | 75 | |

Zamawiający działając w oparciu o art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp zawiadamia, iż odrzucił ofertę złożoną przez Wykonawcę NetModeller sp. z o.o., ul. Młynarska 42/115, 01-171 Warszawa.

Uzasadnienie faktyczne:

Oferta złożona w toku postępowania wszczętego w zamówieniu publicznym jest oświadczeniem woli wykonawcy złożonym w odpowiedzi na ogłoszenie lub zaproszenie do składania ofert. Oferta tworzona jest w oparciu o specyfikację warunków zamówienia redagowaną przez Zamawiającego. Treść oferty musi bowiem odpowiadać treści specyfikacji warunków zamówienia. Specyfikacja jest więc najistotniejszą wskazówką zamawiającego przy sporządzaniu oferty.

Opis sposobu sporządzania ofert wynika z treści specyfikacji warunków zamówienia. Rolą Zamawiającego jest, aby przedmiot zamówienia w specyfikacji został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W orzecznictwie przez pojęcie „treść oferty” należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia. Istotny element oferty stanowi cena.

„Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Najistotniejszym elementem oferty jest cena. W przypadku oferty NetModeller sp. z o.o. na modyfikację modelu kosztowo popytowego, nr sprawy BA.WZP26.38.2021, to Wykonawca postawił warunek przy założeniu którego gotów jest wykonać umowę na podstawie podanej ceny. Warunek ten podany jest w Części III – Opis sposobu realizacji przedmiotu zamówienia stanowiący część Oferty i brzmi:

„Dzięki decyzji Zamawiającego o wydłużeniu czasu przeznaczanego na realizację projektu będziemy mieli wystarczająco dużo czasu dla opracowaniu wymaganych przez Zamawiającego

zmian i ich wdrożenie. W zakładanym budżecie projektu wyceniliśmy więc również przekazanie autorskich praw majątkowych do modułu trasowania, w wersji jaka oddamy na koniec projektu z zastrzeżeniem, że dotyczy to tylko przekazanej wersji modułu trasowania jako utworu i UKE nie będzie rościć żadnych praw do innych wersji NetModeller w v4 czy v5 czy koncepcji, algorytmów, czy rozwiązań opracowanych przez NetModeller lub Advanced Business Services”.

W zakresie ceny przedstawionej w ofercie to Wykonawca określa założenie/ warunek, który dotyczy potencjalnych roszczeń UKE z innej umowy zawartej z oferentem oraz roszczeń wobec innego podmiotu z nieoznaczonej umowy i określonego żądanego przez Wykonawcę zachowania Zamawiającego.

Należy rozważyć czy takie zastrzeżenie zawarte przy określeniu ceny:

- jest zgodne z prawem
- jest zgodne z warunkami specyfikacji.

Podnoszenie roszczeń z zawartych umów cywilnoprawnych przez Skarb Państwa jest jego obowiązkiem na gruncie przepisów o finansach publicznych oraz dyscyplinie finansów publicznych.

Zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 289), zwanej dalej „u.o.n.d.f.p.”, odpowiedzialność przewidziana tą ustawą może być poniesiona za nieprawidłowości popełnione przy ustaleniu, dochodzeniu, odroczeniu lub rozłożeniu spłaty na raty, umorzeniu albo dopuszczeniu do przedawnienia należności Skarbu Państwa, należności jednostki samorządu terytorialnego lub należności innej jednostki sektora finansów publicznych. Przepis nie określa charakteru należności, nie zawężając w szczególności jego stosowania do należności jedynie z określonych tytułów. Należy więc uznać, że dotyczy należności z różnych tytułów - zarówno należności wynikających bezpośrednio z przepisów prawa, określonych w drodze decyzji administracyjnych, jak i należności o charakterze cywilnoprawnym.

Znamiona naruszeń wymienionych w art. 5 u.o.n.d.f.p. wyczerpują zarówno nieustalenie, niepobranie, niedochodzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych, jak i ustalenie, pobranie lub dochodzenie takich należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia, a także umorzenie takich należności lub niezgodne z przepisami odroczenie lub rozłożenie ich spłaty na raty albo dopuszczenie do ich przedawnienia. Należałoby uznać, że z niepobraniem należności mamy do czynienia w każdym przypadku, gdy nie doszło do jej uiszczenia w prawidłowej wysokości, mimo istnienia tytułu prawnego. Przepis art. 5 u.o.n.d.f.p. niewątpliwie służy realizacji jednej z podstawowych zasad gospodarki finansowej w toku wykonywania budżetu państwa (a także budżetu jednostki samorządu terytorialnego), którą jest ustalenie, pobieranie i odprowadzanie dochodów budżetu państwa (i odpowiednio dochodów jednostki samorządu terytorialnego), na zasadach i w terminach wynikających z obowiązujących przepisów. Obowiązek ten wprowadza bezpośrednio art. 162 pkt 1 i odpowiednio art. 254 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 305, 1236, 1535, 1773, 1927, 1981.), zwanej dalej „u.f.p.”. Państwowe jednostki budżetowe mają obowiązek prawidłowo i terminowo ustalać należności z tytułu dochodów państwa, w tym terminowo dokonywać zwrotów nadpłat i wysyłać do zobowiązanych wezwania do zapłaty, upomnienia i podejmować czynności egzekucyjne.

Państwowe jednostki budżetowe mają też uprawnienie do umarzania należności, ale jedynie w zakresie i na zasadach określonych przepisami.

Należności pieniężne o charakterze cywilnoprawnym (przypadające organom administracji rządowej, państwowym jednostkom budżetowym i państwowym funduszom celowym) mogą być umarzane - zgodnie z art. 55 u.f.p. - w całości albo w części lub ich spłata może być odraczana lub rozkładana na raty. Dokładne zasady takiego działania przewidują jednak przepisy art. 56 u.f.p.

W tym zakresie należy uznać, iż podczas i trybie rozstrzygnięcia kryterium wyboru ofert złożonych w trybie zamówienia publicznego, jednostka budżetowa w ogóle nie mogłaby podjąć wiążącego rozstrzygnięcia o niedochodzeniu przysługujących jej roszczeń w przypadku ich wcześniejszego ustalenia. Brak zaś wcześniejszego ustalenia roszczeń takie tym bardziej czyniłby takiej rozstrzygnięcia wadliwymi i sprzecznymi z prawem.

Wskazywanie jako warunku ceny zrzeczenia się a priori roszczeń z innych stosunków prawnych lub wobec wskazanych podmiotów z nieoznaczonych stosunków prawnych jest więc sprzeczne z ustawą o finansach publicznych i dyscypliną finansów publicznych. Dodatkowo tylko należy wskazać że zachodzi potencjalnie również sprzeczność z zasadami społecznymi ponieważ nie ma zasady, która nakazuje rzekać się roszczeń żeby utrzymać albo wybrać nawet dobrą ofertę w przetargu.

Uznając, iż warunek sprzeczny z prawem albo zasadami społecznymi ma charakter zawieszający, oświadczenie woli go zawierające jest nieważne zgodnie z art. 94 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740, 2320, z 2021 r. poz. 1509).

Sama ta przesłanka mogłaby stanowić podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Drugie kryterium subsydiarne wobec powyższej okoliczności, to zgodność złożonej oferty ze specyfikacją.

Nie wypracowano jeszcze znaczącej bazy orzeczeń na podstawie nowych przepisów. Jak się wydaje na zasadzie analogi możliwe jest korzystanie z orzecznictwa wypracowanego w oparciu o dotychczasowy art. 89 dotyczących niezgodności essentialia negotii zamawianej w specyfikacji umowy i warunków zgłoszonej oferty jako wiążącego oświadczenia o woli zawarcia umowy o określonych istotnych jej postanowieniach.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu starego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w wersji przed zmianą przepisów, polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i którego przyjęcia oczekuje.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej na gruncie dotychczasowych przepisów, podkreślało się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając

jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (zob. wyrok z dnia 24 października 2008 r., KIO/UZP 1093/08).

W wyroku z dnia 14 sierpnia 2014 r., KIO 1543/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...). Niezgodność treści oferty z treścią 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”.

Podobnie w wyroku z dnia 8 maja 2013 r., XII Ga 186/13, Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę na kwestię treści oferty: oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Na gruncie przepisów ustawy Pzp treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (zob. wyrok z dnia 10 października 2011 r., KIO 2345/11).

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14 stycznia 2013 r., o sygnaturze KIO 2903/12, „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, a co oznacza, iż niezgodność treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ. Tak więc dotyczy ona wyłącznie treści merytorycznej oferty, a nie jej formy. Natomiast uchybieniami co do formy - zgodnie z utrwaloną już linią orzecniczą - są w szczególności: brak numeracji stron, błędne podpisanie liczby stron oferty, brak parafy, brak trwałego spięcia oferty itp.”.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić, gdy nie ma wątpliwości co do niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zob. wyrok z dnia 24 lutego 2009 r., KIO/UZP 158/09, wyrok z dnia 22 października 2008 r., KIO/UZP 1104/08).

Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niewątpliwa (zob. wyrok z dnia 6 lutego 2009 r., KIO/UZP 97/09). Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty.

Specyfikacja do ogłoszonego zamówienia w pkt XIII zawierała postanowienie

XIII. Opis sposobu obliczenia ceny oraz waluta, w jakiej prowadzone będą rozliczenia związane z realizacją niniejszego zamówienia.

1. Każdy z Wykonawców może zaproponować tylko jedną cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Zaoferowana cena za realizację przedmiotu zamówienia jest ceną ryczałtową i nie podlega zmianie w trakcie realizacji zamówienia, z wyjątkiem przypadków opisanych w umowie w sprawie zamówienia publicznego.
2. Cenę oferty należy podać w złotych polskich, z dokładnością do 2 miejsc po przecinku.
3. Jeżeli została złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2018 r. poz. 2174 z późn. zm.), dla celów zastosowania kryterium ceny lub kosztu Zamawiający doliczy do przedstawionej w tej ofercie ceny kwotę podatku od towarów i usług, którą miałby obowiązek rozliczyć.

Przy takim określeniu, uznaję iż określa ona w sposób wyraźny i jednoznaczny wymagania co do oferty.

W wyroku z dnia 20 marca 2017 r., KIO 399/17; KIO 438/17; KIO 439/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „W znaczeniu nadanym art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy starej ustawy Pzp jako „inne omyłki” należy rozumieć niezgodności wymagań zawartych w SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Oznaczenie i wskazanie oferowanych urządzeń stanowi niewątpliwie treść oferty wykonawcy (...), i to jej istotny element – essentialia negotii - definiujący przedmiot składanej oferty i, późniejszej dostawy. W tym zakresie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp uniemożliwia dokonywanie zmian w stosunku do złożonej oferty.”

Tymczasem w omawianym wypadku, nie ma omyłki ani nie ma miejsca na „wyjaśniania” co do jej warunków dlatego, ponieważ tylko zmiana oferty usuwająca w całości to umieszczone w ofercie zastrzeżenie, usuwałaby jej wadliwość ale wówczas byłoby ono już zmianą złożonej oferty.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 29 kwietnia 2014r., o sygnaturze 734/14 „Możliwość poprawienia oczywistej omyłki może dotyczyć wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki rozumianej, jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Taka omyłka musi mieć charakter zwykłego przypadkowego przeoczenia lub innej zwykłej przypadkowej niedokładności, która dla każdego jest oczywista. Oczywista omyłka pisarska musi mieć charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny i jej poprawienie nie może w konsekwencji prowadzić pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli”.

Tymczasem zgodnie z orzecznictwem do starego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznawano jego zastosowanie za **możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem zakazu zmian w treści oferty, wynikającym z drugiego zdania tego przepisu lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.**

I tak w wyroku KIO z dnia 14 kwietnia 2014r., o sygnaturze 668/14 stwierdzono iż „Wymogi SIWZ co do terminu realizacji zamówienia mają charakter wymogów merytorycznych a nie formalnych. Określenie konkretnego (w dniach) terminu realizacji zamówienia jest w sposób nieodłączny związane z przedmiotem świadczenia wykonawcy. Tym samym złożenie oferty, która tych wymogów nie spełnia stanowi o jej sprzeczności z treścią SIWZ i jest podstawą do

odrzućenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p (...) Procedura wyjaśnień nie może prowadzić do zmiany treści oferty, ani do złożenia nowego oświadczenia woli wykonawcy, które nie było wyrażone w treści oferty, co należy kwalifikować jako niedopuszczalną zmianę oferty". Ponadto zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 7 maja 2014r., o sygnaturze 796/14 „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, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, w tym braku wymaganego w SIWZ sposobu potwierdzenia właściwości czy jakości oferowanego świadczenia (np. przez brak przedłożenia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p.). Ponadto zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. 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 p.z.p., z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych, ograniczonych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., ewentualnie uzupełnienia lub wyjaśnienia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p., potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p.)".

Ostatecznie, wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2014r., o sygnaturze KIO 693/14; 694/14 stwierdza iż „Ustawa z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych zobowiązuje zamawiających zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. do odrzucenia oferty, o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta (...) Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia”.

Innymi słowy, uznawało się, iż odrzuceniu podlegała wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności ze specyfikacją niemających istotnego charakteru.

W wyroku z dnia 8 czerwca 2009 r., KIO/UZP 663/09, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. **Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym** (zob. wyrok z dnia 30 października 2014 r., KIO 2121/14; KIO 2129/14; KIO 2139/14).

Wobec powyższego orzecznictwa należy uznać, iż odpowiednikiem dotychczasowego przepisu art 89 jest regulacja art. 226. Na podstawie wypracowanego dotychczasowego orzecznictwa merytorycznego i na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 nowej ustawy prawo zamówień publicznych, należy wyprowadzić wniosek, iż oferta uzależniona od warunku w zakresie określenia ceny, nie daje się poprawić ani wyjaśnić ponieważ jej wadliwość

dotyczy meritum ceny i zobowiązania, które wykonawca oświadcza, że zamierza wykonać, uzależniając je od innych działań Zamawiającego nieprzewidzianych w specyfikacji i niebędących przedmiotem stosunku prawnego będącego przedmiotem zamówienia publicznego. Oferta taka powinna być odrzucona bo będąc niezgodna z prawem jest jednocześnie niezgodna z warunkami zamówienia.

Ostatecznie podkreślić należy, iż przedmiotem rozstrzygnięcia ofert w trybie zamówień publicznych są tylko warunki danego zamówienia publicznego a wszelkie inne warunki uniemożliwiające rzetelną kalkulację cen ofert danego zamówienia publicznego są sprzeczne z przepisami i zasadami sztuki (KIO 2149/21 –Lex 3247655).

Uzasadnienie prawne:

Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Prosimy o niezwłoczne potwierdzenie faktu otrzymania niniejszego pisma na adres poczty elektronicznej: zamowienia.publiczne@uke.gov.pl

Z poważaniem
Dyrektor Biura
Administracji

Dariusz Walaszczyk