

Rzeszów, dnia 26 sierpnia 2024 r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Odwołujący:

Industria Project Sp. z o.o., ul. Azymutalna 9, 80-298 Gdańsk
KRS: 0000295936, NIP: 9570991564

reprezentowana przez:

adwokata Łukasza Bochenka

z Kancelarii Bochenek, Sosnowska – Łozińska Adwokaci i Radcy Prawni Spółka
Partnerska, 35-301 Rzeszów, ul. Lwowska 64,

e-mail: lukasz.bochenek@bkps.com.pl

tel. 604913773

Zamawiający:

Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut
Badawczy, ul. W.K. Roentgena 5, 02-781 Warszawa

e-mail: zbigniew.skrzypek@nio.gov.pl

adres strony internetowej prowadzonego postępowania: Platforma/System
<https://portal.smartpzp.pl/coi.warszawa>

Dotyczy:

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą
***Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy, rozbudowy i
modernizacji Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej – Curie –
Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie.***

znak postępowania: **NzO-27/23/ZS**

ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii
Europejskiej, w dniu **21.03.2023 r. pod numerem 2023/S 057-167234.**

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, wnoszę odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, pn.: Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy, rozbudowy i modernizacji Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej – Curie – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie, przez Zamawiającego Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy, w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- 1) **art. 16 pkt 1** ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 2) **art. 253 ust. 1 pkt 2)** ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie uzasadnienia w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Poprzez naruszenie wyżej wskazanych przepisów został w niniejszym postępowaniu naruszony, przez Zamawiającego, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 31 marca 2023 r., sygn. akt KIO 728/23 „W ocenie składu orzekającego źródłem interesu wykonawcy Lyreco w uzyskaniu danego zamówienia jest sam fakt złożenia oferty w tym postępowaniu oraz okoliczność, że zamówienie nie zostało jeszcze udzielone, gdyż umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta. Postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (uchwała Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2010 r. sygn. akt III CZP 103/10) i dopóki wykonawca nie zawrze umowy, jego interes w uzyskaniu danego zamówienia nie zostaje zaspokojony.” Tak więc **interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy z wykonawców sklasyfikowanych w rankingu ofert.**

Wskazując na powyższe wnoszę o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu niezwłoczne powtórzenie czynności badania i oceny ofert

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 16 sierpnia 2024 r. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 515 ust 1 pkt 1) lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych został dochowany.

Zgodnie z art. 513 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy. Ponadto, zgodnie z 515 ust 1 pkt 1) lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych odwołanie w postępowaniu, którego wartość jest równa albo przekracza progi unijne wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

UZASADNIENIE

Zamawiający Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, w dniu 16 sierpnia 2024 r., przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, zawierającą decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał jedynie, że jego decyzja jest zgodna z sentencją zapadłego w niniejszym postępowaniu, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej – KIO 2369/24, a oferta Odwołującego została odrzucona jako niezgodna z postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia w związku z wniesieniem nieprawidłowej gwarancji wadialnej.

Tak sformułowane uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, nie spełnia wymogów ustanowionych art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jest ono lakoniczne oraz niejasne. Przede wszystkim Zamawiający nie wskazał, pomimo spoczywającego na nim w powyższym zakresie obowiązku, z jakich powodów złożona przez Odwołującego gwarancja wadialna jest niezgodna z postanowieniami SWZ. Zamawiający formułując kwestionowane uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, naruszył art. 253 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż z mocy przywołanych regulacji, zobowiązany był on w taki sposób przedstawić w szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty, aby wyczerpująco określić, jakie przyczyny legły u podstaw tej decyzji, tak aby Odwołujący mógł do wskazanych przez Zamawiającego okoliczności w pełni się ustosunkować, chociażby skontrolować czy odrzucenie zostało rzeczywiście dokonane z przyczyn wskazanych w wyroku KIO.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne, które dla wykonawców uczestniczących w postępowaniu ma doniosłe znaczenie i dlatego nie może być lakoniczne lub niekompletne.

Na znaczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty zwraca się uwagę w Komentarzu UZP (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, pod redakcją, Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021): *„Podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty czy wyboru oferty najkorzystniejszej i odpowiednie ich opisanie jest ściśle związane z prawem wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż skuteczne podniesienie zarzutów względem takich czynności jest możliwe jedynie, gdy podstawy faktyczne ich dokonania zostały wykonawcom wyjaśnione.”*

Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty powinno w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla wykonawców (niebudzący żadnych wątpliwości) wskazać powody odrzucenia. Brak jednoznacznego i zrozumiałego dla wykonawców uzasadnienia odrzucenia oferty może stanowić podstawę wniesienia odwołania wobec czynności odrzucenia, bowiem takie naruszenie może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i prowadzić do uwzględnienia odwołania. Wykonawcy, którzy złożyli oferty muszą otrzymać (w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty) wyczerpującą i zrozumiałą informację o powodach odrzucenia oferty, samo podanie podstawy prawnej odrzucenia oferty jest niewystarczające.

Uzasadnienie faktyczne i prawne powinno w sposób jasny i jednoznaczny ukazywać sposób rozumowania zamawiającego tak, aby umożliwić zainteresowanym wykonawcom poznanie podstaw podjętej przez niego decyzji oraz ewentualne ustosunkowanie się do niego w odwołaniu.

Zamawiający zgodnie z przywołaną powyżej regulacją, zobowiązany jest podać w sposób wyczerpujący stan faktyczny (uzasadnienie faktyczne), który był podstawą do odrzucenia oferty na określonej podstawie prawnej, winien wskazać, jakie okoliczności stanowiły podstawę do uznania, że oferta została odrzucona. Przewidziane w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązki zamawiającego w zakresie przekazywania wykonawcom uzasadnienia faktycznego i prawnego swoich decyzji mają gwarantować wykonawcom ocenę prawidłowości działań zamawiającego i faktyczną (realną) możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Przyczyny podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy, odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej mają bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności tak, aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej - wyrok KIO z dnia 19 maja 2014 r., sygn. akt KIO 866/14.

Niedopuszczalnym jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny odrzucenia jego oferty, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego.

Rangę zakomunikowania wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego opisano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex: *„W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do upewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wylącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do*

możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień, publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie, jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów.”

Kwestia prawidłowego i wyczerpującego uzasadnienia czynności dokonanych przez zamawiającego, w tym w szczególności odrzucenia oferty jest o tyle istotna, iż to właśnie uzasadnienie stanowi punkt odniesienia zarówno dla podejmowania przez wykonawcę decyzji o skorzystaniu ze środka ochrony prawnej, jak i dla formułowania zarzutów odwołania. Wskazała na to wyraźnie KIO w wyroku z dnia 1 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 122/22, zauważając, iż „to na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie”

Wadliwość uzasadnienia może sama w sobie być podstawą do wniesienia odwołania przez wykonawcę. Będzie ono skuteczne, jeżeli uzasadnienie sporządzone przez zamawiającego nie pozwoli na odczytanie faktycznych podstaw rozstrzygnięć dokonanych przez zamawiającego. Jak podkreśla się w orzecznictwie, zamawiający nie może przedstawić wyłącznie wniosków, wyniku swoich działań, ale jest zobowiązany do zaprezentowania przyczyn swojej decyzji i ich analizy, która doprowadziła do takich, a nie innych rozstrzygnięć w postępowaniu - wyrok KIO z dnia 16 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2224/18. „W sytuacji, gdy odwołującemu nie zostało przedstawione konkretne uzasadnienie czynności odrzucenia jego oferty i w konsekwencji wniesione od tej czynności odwołanie zostało oparte na jego domysłach, nie jest możliwe wydanie przez Izbę wyroku oddalającego odwołanie na podstawie informacji przekazanych przez zamawiającego dopiero na rozprawie” - wyrok KIO z dnia 9 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2165/18. Z uzasadnienia powinny wynikać w sposób wyczerpujący motywy podjęcia takiej, a nie innej decyzji przez Zamawiającego. Ma to szczególne znaczenie przy uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy. Wykonawca w odwołaniu może bowiem odnieść się jedynie do tych

zarzutów, które zostały wobec niego wyartykułowane. Nie może domyślać się faktycznych motywacji, argumentacji zamawiającego. Jednoznacznie należy zgodzić się z wyraźnym w orzecznictwie poglądem - wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 589/19, iż zakres sprawy rozpoznawanej przez KIO nie może wykraczać poza zakres zarzutów formułowanych wobec oferty wykonawcy w uzasadnieniu jej odrzucenia. Izba zaś nie może brać pod uwagę takich okoliczności, które nie zostały ujawnione w uzasadnieniu, a wyartykułowane dopiero na etapie sprawy przed KIO.

Uwzględniając powyższe należy uznać, iż czynność odrzucenia oferty jest niezgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych przez sam fakt nieprzedstawienia wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności.

W takich okolicznościach postępowania odrzucenie oferty Odwołującego stanowi naruszenie przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie Odwołujący zastrzega sobie prawo rozwinięcia uzasadnienia i argumentacji poczynionej w niniejszym odwołaniu i przedstawienia dowodów na poparcie swoich twierdzeń aż do zamknięcia rozprawy, wnosząc jak na wstępie odwołania oraz w treści jego uzasadnienia.

Adwokat

Łukasz Bochenek

Załączniki:

- 1) odpis Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego
- 2) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej
- 3) dowód przekazania odwołania Zamawiającemu
- 4) dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- 5) informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej