

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Odwołujący: TPF Sp. z o.o.

ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa, KRS: 0000081729, NIP: 5261005507, REGON: 010754518, tel. + 48 533 320 927, e-mail: przetargi@tpf.com.pl; a.furtak@tpf.com.pl

Zamawiający: Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy

ul. W.K. Roentgena 5, 02-781 Warszawa. NIP 525 000 80 57, REGON 000 288 366,

Postępowanie Prowadzi Dział Zamówień Publicznych NIO-PIB

Ul. Wawelska 15 B, 02-034 Warszawa mail: zbigniew.skrzypek@nio.gov.pl, tel. 22 57 09

480, www.nio.gov.pl, <https://portal.smartpzp.pl/coi.warszawa>

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne o jakich stanowi art. 3 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.): „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
Publikacja w TED ogłoszenia o zamówieniu - 2023/S 037-109743

ODWOŁANIE WYKONAWCY

- I. **TPF Sp. z o.o.** (dalej „**Odwołujący**”) działając na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej „**Ustawa**” lub „**PZP**”) w postępowaniu o zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest: „Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy, rozbudowy i modernizacji Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej – Curie – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie” **wnosi niniejszym odwołanie od:**

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty Wykonawcy Industria Project Sp. z o.o. (dalej: „**Industria**”) jako oferty najkorzystniejszej;
2. niezgodnego z przepisami Ustawy zaniechania odrzucenia oferty Industria.

II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

Zarzut 1. Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Industria z uwagi na brak wniesienia wadium i/lub wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy (niezgodny z postanowieniami SWZ), podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było zweryfikowanie przedłożonego dokumentu gwarancji bankowej (wadium) i porównanie z wymogami określonymi SWZ, co w konsekwencji winno prowadzić do wniosku, że złożone przez Industria wadium nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego i/lub Industria nie wniosła ważnego wadium, a przez to oferta Industria winna podlegać odrzuceniu;

Zarzut 2. Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP w związku z art. 16 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Industria z uwagi na niezgodność warunkami zamówienia, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było porównanie warunków oferty w zakresie wadium z warunkami zamówienia, co winno skutkować odrzuceniem oferty Industria jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

III. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. Odrzucenia oferty wykonawcy Industria;
4. Ponowną ocenę ofert.

IV. **Interes we wniesieniu odwołania.** Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz poniósł bądź może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy PZP. Odwołujący ma interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający dokonał istotnych czynności z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, na skutek czego Odwołujący stracił szansę na uzyskanie

zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

- V. **Formalne przesłanki wniesienia odwołania**. Odwołujący został poinformowany o wyborze najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego w dniu 28 lipca 2023 roku, a zatem niniejsze odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10 dniowego terminu przewidzianego w Ustawie. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania – dowód w załączeniu.

UZASADNIENIE:

1. Zgodnie z treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 PZP.
2. W zakresie przekazania oryginału gwarancji Zamawiający zgodnie z rozdziałem XVI pkt. 6 wymagał złożenia dokumentu wadium gwarancji w formie gwarancji spełniającego następujące wymogi:

„Uwaga!

*Oryginał w postaci elektronicznej dokumentu wadium w formie gwarancji lub poręczenia winien zawierać bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłaty wymaganej kwoty wadium, na pisemne żądanie Zamawiającego wzywające do zapłaty kwoty wadium, powstałe na skutek okoliczności określonych w Pzp. W dokumencie tym, gwarant/ poręczyciel **nie może uzależniać dokonania zapłaty od spełnienia przez beneficjenta dodatkowych warunków (np. żądanie przesłania wezwania zapłaty za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego, żądanie potwierdzenia przez notariusza, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób umocowanych do występowania w imieniu Zamawiającego, żądanie złożenia wezwania do zapłaty np. tylko w formie listu poleconego czy kurierem, żądanie przedłożenia dodatkowych dokumentów (oprócz dokumentu potwierdzającego umocowanie osób do występowania w imieniu Zamawiającego z żądaniem zapłaty).**”*

3. W przedmiotowych postanowieniach kluczowym jest, że Zamawiający wymagał braku obwarowań w zakresie żądania wezwania o wypłatę przedmiotowej gwarancji o dodatkowe obwarowania narzucane przez podmiot wystawiający gwarancję.

4. Złożona przez Industrię wraz z ofertą ostateczną w dniu 07.06.2024 gwarancja wadialna właśnie takie obwarowania nieuznawane przez Zamawiającego zawiera.

Zgodnie z treścią gwarancji wystawionej przez mBank nr MT10061KTG24 gwarancji, Bank postawił następujące wymagania w zakresie żądania zapłaty:

„Żądania zapłaty w ramach Gwarancji mogą być skutecznie składane począwszy od 07.06.2024 r.

Dokument zawierający Państwa żądanie zapłaty powinien zostać zaprezentowany w Banku przed upływem Terminu Ważności, w jeden ze wskazanych poniżej sposobów:

- w formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym na adres e-mail guarantees@mbank.pl wraz z potwierdzeniem w formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym od banku prowadzącego Państwa rachunek, stwierdzającym, że podpisy na Państwa żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań w Państwa imieniu, lub*
- za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, który potwierdzi, że widniejące na żądaniu podpisy należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań w Państwa imieniu. Jeżeli w celu przekazania Państwa żądania bank ten skorzysta z systemu SWIFT, to wówczas będzie zobowiązany przytoczyć pełny tekst żądania wraz z Państwa oświadczeniem i potwierdzić, że oryginalny dokument został przesłany na wyżej wskazany adres siedziby Banku, lub*
- w formie pisemnej na wyżej wskazany adres siedziby Banku wraz z potwierdzeniem od banku prowadzącego Państwa rachunek lub od notariusza, stwierdzającym, że podpisy na Państwa żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań w Państwa imieniu.”*

5. Powyższe jednoznacznie oznacza, że dokument gwarancji bankowej jako wadium nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SWZ pkt. XVI, ppkt 6 – gdyż zawiera szereg dodatkowych warunków.
6. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający wyraźnie wskazał - *gwarant/poręczyciel nie może uzależniać dokonania zapłaty od spełnienia przez beneficjenta dodatkowych warunków*, dalej wskazując przykładowe wyliczenie takich dodatkowych warunków. Jest to zatem tylko przykładowa lista warunków dodatkowych. Istotą przedmiotowego wymagania SWZ jest bezwzględny zakaz jakichkolwiek dodatkowych warunków.
7. Przedmiotowe wadium wskazuje na 3 możliwe sposoby zgłoszenia żądania zapłaty – wszystkie 3 sposoby są sprzeczne z SWZ.
8. W zakresie pierwszej formy wezwania, tj. zgłoszenia żądania zapłaty w formie elektronicznej przez samego Zamawiającego na adres mailowy mBanku - w wadium wymagane jest potwierdzenie od banku umocowania osób składających żądanie zapłaty.

Z całą pewnością stanowi to warunek dodatkowy, ograniczający Zamawiającego w realizacji swoich uprawnień.

9. W zakresie drugiej ze wskazanych form wezwania, tj. przez bank prowadzący rachunek zamawiającego, Zamawiający w ogóle takiej możliwości nie dopuścił – jako jeden z przykładowych zakazanych warunków wskazano: *żądanie przesłania wezwania zapłaty za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego*.
10. W zakresie trzeciej formy, w więc formy pisemnej z potwierdzenia autentyczności podpisów przez bank lub notariusza - Zamawiający wyraźnie nie dopuścił wymogu potwierdzenia podpisu przez notariusza jako możliwej: *żądanie potwierdzenia przez notariusza, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób umocowanych do występowania w imieniu Zamawiającego*, zaś co do potwierdzenia podpisu przez bank – jest to warunek dodatkowy, zatem niedozwolony.
11. Sprawdzenie, czy wystawiona przez bank gwarancja wadialna spełnia wymagania SWZ jest powinnością wykonawcy chcącego brać udział w postępowaniu przetargowym. Wymaga ona dochowania należytej staranności. Zamawiający ustanawia w SWZ warunki dla poszczególnych dokumentów po to, aby były one przez wykonawców odpowiednio przestrzegane. Weryfikacja gwarancji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu bankowości, czy wiedzy technicznej a jedynie weryfikacji, czy dokument taki spełnia warunki postawione przez Zamawiającego. W tym zakresie Industria nie dochowała należytej staranności. Wskazać należy, że już w zleceniu wystawienia takiej gwarancji Industria powinna wprost wskazać na warunki określone w SWZ.
12. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *„od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oczekuje się działania ze starannością wymaganą od profesjonalisty, co oznacza m.in., że w przypadku składania wraz z ofertą dokumentu sporządzonego przez podmiot trzeci, w tym przypadku przez wystawcę gwarancji, **wykonawca winien zadbać o to, aby dokument ten odpowiadał wymogom postawionym przez zamawiającego**”* (wyrok KIO z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt KIO 736/23).

Zwrócić należy uwagę, że Industria nie użyła środków ochrony prawnej w celu oprostowania wymagań stawianych przez Zamawiającego w toku postępowania, co z jednej strony czyni przedmiotowe wytyczne obowiązującymi dla wszystkich wykonawców, z drugiej zaś strony – wskazuje, że Industria nie uznawała przedmiotowych postanowień SWZ za nadmiarowe czy też niekonkurencyjne. Nie przedstawiła argumentacji, że Zamawiający przedmiotowymi zapisami ograniczył swobodę dostępu do dowolnie wybranego produktu rynkowego. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 364/17 z dnia 7 marca 2017r *„W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zakaz wprowadzania wymogów dotyczących sposobu przedstawienia żądania zapłaty*

wadium nie wynika z przepisów ustawy, jednak nie ma przeszkód w tym, aby zamawiający stawiał dodatkowe wymagania dotyczące sposobu przedstawienia żądania zapłaty, które ułatwią mu dochodzenie roszczenia z wypłaty wadium i oczywiście nie naruszają generalnej zasady jaką jest zasada równego traktowania wykonawców. Jednak w przypadku, gdy zamawiający ogranicza wykonawcom swobodę dostępu do dowolnie wybranego produktu rynkowego gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej oczekując, że wykonawca wybierze podmiot, który nie będzie w sposób szczególny weryfikował tożsamości osób kierujących do niego wezwania do wypłaty wadium, to swoje oczekiwania w tym zakresie powinien w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przedstawić w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Tak, aby nie powstały wątpliwości, w jaki sposób będzie traktował konkretne postanowienia umowne.”

13. W przedmiotowym przypadku, wszystkie wytyczne i wymogi stawiane przez Zamawiającego były najbardziej przejrzyste i jednoznaczne. Nie były kwestionowane przez żadnego wykonawcę na etapie przygotowania ofert. A tym samym stały się wiążące dla wykonawców.
14. Tożsame stanowisko w zakresie zgodności gwarancji wadialnej z wymaganiami dokumentacji przetargowej prezentuje Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, który w opinii na wątpliwości Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w zakresie zapisów gwarancji wadialnych w korespondencji z dnia 23 października 2023r stwierdził „*Natomiast ocena, czy złożony przez oferenta/wykonawcę w postępowaniu przetargowym dokument gwarancji ubezpieczeniowej spełnia wymogi prawa zamówień publicznych, każdorazowo powinna zostać poddana ocenie w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z punktu widzenia kryteriów określonych przez zamawiającego.*”
15. W świetle powyższego należy uznać, że przedmiotowa gwarancja wadialna nie spełnia wymagań SWZ, jest z nimi wprost sprzeczna - a tym samym Industria nie złożyła ważnego wadium lub też złożyła wadium w sposób nieprawidłowy.

Podpis:

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo
2. Odpis z KRS,
3. Dowód uiszczenia opłaty,
4. Dowód przesłania Zamawiającemu kopii odwołania,
5. Opinia KNF