

Warszawa, 14 sierpnia 2023 r.

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

Odwołujący: VMORIS AGENCY
Magdalena Samulak-Banaszczyk
ul. Księstwa Warszawskiego 30A
05-850 Ożarów Mazowiecki
tel. 500-027-541
email: magda.samulak@vmoris.com.pl

Zamawiający: Narodowe Centrum Badań i Rozwoju
ul. Chmielna 69
00-801 Warszawa
email: przetargi@ncbr.gov.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.) w pn.: *„Kształtowanie wizerunku NCBR, jako wiodącej instytucji w zakresie wspierania nowych technologii i bezpośrednio dotarcie do grupy docelowej poprzez organizację konferencji dot. zakresu działania NCBR”* (nr postępowania: 26/23/TPZNK).

Numer ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2023/BZP 00282794/01 z dnia 30 czerwca 2023 r.

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 pkt 1 w związku z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy PZP, czynności zamawiającego polegającej na:

1. dokonaniu wyboru oferty wykonawcy KDK Sp. z o.o. (00-561 Warszawa, ul. Mokotowska 14), pomimo, iż oferta ww. wykonawcy winna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy KDK Sp. z o.o. (00-561 Warszawa, ul. Mokotowska 14), pomimo iż treść ww. oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;

3. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu,
4. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe zarzucam zamawiającemu naruszenie:

1. art. 225 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie wobec oferty wykonawcy KDK Sp. z o.o. (00-561 Warszawa, ul. Mokotowska 14),
2. art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchylający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z powyższych powodów odwołujący wnosi o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ww. postępowaniu, dokonanej w dniu 07 sierpnia br.;
2. odrzucenie oferty wykonawcy KDK Sp. z o.o. (00-561 Warszawa, ul. Mokotowska 14) na podstawie art. 225 ust. 1 pkt 5 ustawy 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), jako oferta której treść jest sprzeczna z warunkami zamówienia,
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu,
4. dokonaniu wyboru oferty wykonawcy VMORIS AGENCY (05-850 Ożarów Mazowiecki, ul. Ks. Warszawskiego 30 A), jako oferty najkorzystniejszej,
5. zasądzenia na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm określonych w stosownych przepisach.

Odwołujący jako wykonawca jest uprawnionych do złożenia odwołania na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący niniejszym wykazuje swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia publicznego pn.: *„Kształtowanie wizerunku NCBR, jako wiodącej instytucji w zakresie wspierania nowych technologii i bezpośrednie dotarcie do grupy docelowej poprzez organizację konferencji dot. zakresu działania NCBR”* (nr postępowania: 26/23/TPZNK) jak również fakt, iż odwołujący ponosi szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy PZP.

Interes odwołującego w złożeniu niniejszego odwołania wynika z faktu, iż jest on podmiotem który jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a na skutek niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności podejmowanych przez zamawiającego, jego oferta nie może zostać uznana za najkorzystniejszą w

przedmiotowym postępowaniu, pomimo iż taką w rzeczywistości jest. W konsekwencji odwołujący poniósł szkodę, gdyż nie ma możliwości uzyskania zamówienia, w konsekwencji osiągnięcia zysku wynikającego z realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego.

Jednocześnie wskazuję, iż w przypadku gdyby zamawiający dokonał badania i oceny ofert, w sposób zgodny z ustawą PZP oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami i specyfikacją warunków zamówienia, wówczas oferta odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający naruszył zatem w sposób oczywisty zarówno przepisy ustawy PZP, jak również sformułowane przez siebie w specyfikacji warunków zamówienia, wymagania w stosunku do wykonawców ubiegających się o zamówienie, w konsekwencji czego interes odwołującego w pozyskaniu zamówienia publicznego pn.: *„Kształtowanie wizerunku NCBR, jako wiodącej instytucji w zakresie wspierania nowych technologii i bezpośrednie dotarcie do grupy docelowej poprzez organizację konferencji dot. zakresu działania NCBR”* (nr postępowania: 26/23/TPZNK) doznał uszczerbku. Jednocześnie zamawiający naraził odwołującego na powstanie szkody. Powyższe stanowi wystarczające uzasadnienie i przesłankę do złożenia przez odwołującego niniejszego odwołania.

Zamawiający dokonał czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, tj. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 07 sierpnia 2023 r. przesyłając odwołującemu, w tym samym dniu informację o przedmiotowej czynności oraz informacji, wobec czego 5-dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania został zachowany.

UZASADNIENIE

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Kształtowanie wizerunku NCBR, jako wiodącej instytucji w zakresie wspierania nowych technologii i bezpośrednie dotarcie do grupy docelowej poprzez organizację konferencji dot. zakresu działania NCBR”* (nr postępowania: 26/23/TPZNK), w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzania negocjacji, zgodnie z art. 275 ust. 2 ustawy PZP, publikując w Biuletynie Zamówień Publicznych – w dniu 30 czerwca 2023 r. ogłoszenie o zamówieniu 2023/BZP 00282794/01

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał od wykonawców zaofferowania w treści formularza ofertowego trzech obiektów, spełniających wymagania zamawiającego określone w treści załącznika nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia, z których zamawiający dokona wyboru jednego z obiektów. Jak wynika z dokumentacji zamówienia, zamawiający oczekiwał od wykonawców wskazania trzech obiektów, z których każdy – w całości – spełnia wymagania określone w treści opisu przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie zamawiający jednoznacznie zastrzegł w treści załącznika nr 1, iż „w przypadku, gdy Wykonawca nie wskaże w ofercie trzech propozycji miejsc organizacji Wydarzenia, jego oferta zostanie odrzucona”.

Mając na uwadze powyższe rolę zamawiającego było zweryfikowanie, czy zaproponowane obiekty spełniają w całości wymagania zamawiającego.

Wykonawca KDK Sp. z o.o. (00-561 Warszawa, ul. Mokotowska 14) zaproponował zamawiającemu realizację wydarzenia m. in. w Domu Towarowym Braci Jabłkowskich (00-021 Warszawa, ul. Bracka 25), który to obiekt nie spełnia wymagań zamawiającego określonych m. in. w pkt 1 opisu przedmioty zamówienia, tj. **„Pomieszczenie główne na maksymalnie 500 os. wraz ze sceną oraz o wysokości nie mniejszej niż 4,3m (wielkość sali musi być również dostosowana do koncepcji aranżacji przestrzeni oraz organizacji wieczornego wydarzenia networkingowego);**

Jak wynika z korespondencji, a w niej zawartych informacji uzyskanych od przedstawiciela ww. obiektu, nie dysponuje on przestrzenią w tym wypadku jak zamawiający sam określił „salą” będącą pomieszczeniem głównym o wymaganej przez zamawiającego wysokości (tj. 4,3 m) oraz będącej jednocześnie w stanie pomieścić 500 uczestników, 500 krzesełek, scenę wraz ze scenografią oraz ekranem diodowym.

Na potwierdzenie powyższych okoliczności przekazuję kopię korespondencji prowadzonej z przedstawicielem obiektu z której dość jasno wynika, że w obiekcie tj. Dom Towarowy Braci Jabłkowskich wysokość wszystkich przestrzeni jest mocno zróżnicowana i wynosi od 3,00 – 3,40 m, a w niektórych miejscach w obiekcie nawet 2,70 m (rury wentylacyjne) czyli na pewno nie wymagane 4,3 m. Jednocześnie nie ma wymaganej sali na potrzeby organizacji wydarzenia.

Mając na uwadze powyższe, należy podkreślić, iż niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w zakresie wymagań zamawiającego określonych w opisie

przedmiotu zamówienia powinna być rozpatrywana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, z późn. zm.), tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z 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 treścią dokumentacji zamówienia.

Powyższy kontekst językowy dobrze ujęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 kwietnia 2022r. w sprawie o sygn. akt KIO 917/22, w którym wskazała, że *„aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), w szczególności opisanego w SWZ – opisie przedmiotu zamówienia oraz porównania go do świadczenia które zaoferował Wykonawca w ofercie. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom”*.

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 przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia, m. in. w zakresie udzielonej gwarancji (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2014 r. o sygn. akt KIO 2121/14; KIO 2129/14; KIO 2139/14).

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia, nie zapewniając przy tym jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2008 r., KIO/UZP 1093/08), jak ma to miejsce w przypadku oferty złożonej przez wykonawcę KDK Sp. z o.o. (00-561 Warszawa, ul. Mokotowska 14).

Odrzucenie oferty w przypadku okoliczności, które przesądzają o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, jest ustawowym obowiązkiem zamawiającego, którego zaniechanie będzie prowadziło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na powyższe zwraca również uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3540/21 wskazując, „*że obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązują z kolei zamawiającego między innymi do odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeśli treść złożonej oferty nie odpowiada treści SWZ (...)*”.

Dodatkowo należy podkreślić, iż przedmiotowa wada oferty wykonawcy KDK Sp. z o.o. (00-561 Warszawa, ul. Mokotowska 14) ma charakter nieusuwalny i nie może zostać w żaden sposób konwalidowana bez ingerencji w treść oferty, co zostało wielokrotnie uznane przez krajową izbę Odwoławczą za działanie niedopuszczalne po upływie terminu składania ofert.

Ad vocem należy podkreślić, iż zamawiający pomimo powzięcia informacji o braku zgodności oferty wykonawcy KDK Sp. z o.o. z treścią dokumentacji zamówienia, nie unieważnił czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nie wezwał ww. wykonawcy do jakichkolwiek wyjaśnień w przedmiotowym zakresie, co stanowi dodatkową przesłankę na rzecz uwzględnienia niniejszego odwołania.

Uzasadniając ponadto zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, koniecznym jest wskazanie, iż do obowiązków zamawiającego należy przestrzeganie ww. zasad, a podejmowane przez zamawiającego czynności jednoznacznie wskazują świadczą o ich naruszeniu.

Powyższe działania zamawiającego świadczą o nierównym traktowaniu wykonawców, a także o naruszeniu przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji. Skoro bowiem zamawiający wymaga od wykonawców – w treści dokumentacji zamówienia – wskazania trzech obiektów z których zamawiający dokonuje wyboru, oznacza to że każdy z tych trzech obiektów musi wypełniać oczekiwania zamawiającego. Jeżeli zatem jeden z obiektów tychże wymagań nie spełnia, oznacza to że w przypadku oferty KDK

Sp. z o.o. zamawiający potraktował tego wykonawcę w odmienny sposób niż pozostałych, dopuszczając w tym jednym przypadku możliwość wyboru spośród dwóch obiektów. Nasuwa się zatem pytanie, na czym polegała odmienna sytuacja podmiotowa wykonawcy KDK Sp. z o.o. skoro zamawiający potraktował go w sposób odmienny niż pozostałych uczestników postępowania.

Mając na uwadze powyższe, należy sformułować następujące wnioski:

1. w zaistniałym stanie prawnym i faktycznym należy uznać, iż niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne i w całości zasługuje na uwzględnienie;
2. mając na uwadze przedstawione w niniejszym odwołaniu twierdzenia, fakty oraz orzeczenia, wnoszę jak w petitum;
3. w wykonaniu dyspozycji art. 514 ust. 1 ustawy PZP kopia niniejszego odwołania została w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania przekazana zamawiającemu;
4. wpis w kwocie 7.500,00 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych nr PL 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000.

W imieniu odwołującego:

podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym

Magdalena Samulak-Banaszczyk

Załączniki:

1. korespondencja prowadzona pomiędzy Odwołującym a osobą reprezentującą obiekt Dom Towarowy Braci Jabłkowskich (00-021 Warszawa, ul. Bracka 25)
2. wydruk z CEDIG odwołującego
3. potwierdzenie zapłaty wpisu w wysokości 7.500,00 zł
4. dowód doręczenia kopii odwołania zamawiającemu [tylko Prezes KIO]

Otrzymują:

1. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
2. Zamawiający
3. a/a