Sygn. akt: KIO 1327/16

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie: −
Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2016 r. przez **K.Z. & Partners Sp.k. z siedzibą w Warszawie,**
w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Obrony Narodowej,**
przy udziale **J.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.K. – K. i Wspólnicy Kancelaria Prawnicza KW Advisory Doradztwo Strategiczne,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża K.Z. & Partners Sp.k. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1327/16

Uzasadnienie

Zamawiający Ministerstwo Obrony Narodowej prowadzi w trybie przetargu − − nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi doradztwa prawnego podczas procedury zmierzającej do zawarcia umowy offsetowej w związku z pozyskaniem przeciwlotniczego i przeciwrakietowego zestawu rakietowego średniego zasięgu „WISŁA".

W dniu 18 lipca 2016 r. wykonawca K.Z. & Partners Sp.k. wniósł odwołanie wobec uznania złożonej przez Odwołującego oferty za wycofaną, zaniechania potwierdzenie, że oferta Odwołującego podlega badaniu i ocenie na potrzeby wyłonienia oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania uwzględnienia w protokole postępowania o udzielenie zamówienia oświadczeń Odwołującego, zaniechania sprostowania protokołu w tym zakresie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ustawy Pzp, art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 84 ust 1 ustawy Pzp, art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 12 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że pierwotnie termin składania ofert został określony na dzień 6 czerwca 2016 r., godzinę 11.00. W dniu 6 czerwca 2016 r. o godzinie 10:50 przedstawiciel Odwołującego przybył do siedziby Zamawiającego w celu złożenia oferty i uczestniczenia w otwarciu ofert. Bezpośrednio po złożeniu oferty w kancelarii jawnej Zamawiającego, przedstawiciel Odwołującego powziął informację o tym, że w dniu 3 czerwca 2016 r,, w związku z zadanymi przez wykonawców pytaniami, Zamawiający wprowadził zmiany do SIWZ, w związku z czym termin na składanie ofert został przedłużony do dnia 27 czerwca 2016 r. Z uwagi na fakt, że Odwołujący nie kierował do Zamawiającego pytań dotyczących przedmiotowego postępowania, nie został on uwzględniony w kręgu wykonawców, którzy zostali poinformowani o przedłużeniu terminu do składania ofert.

W tej sytuacji, w dniu 7 czerwca 2016 r. Odwołujący, w zgodzie z postanowieniami SIWZ (Rozdział X punkt 16.), złożył do Zamawiającego wniosek o wycofanie oferty i jej zwrot, wskazując w piśmie, że nie zamierza zrezygnować z ubiegania się o zamówienie, a jedynie, w związku z powzięciem informacji o zmianie treści SIWZ, wprowadzić w ofercie modyfikacje wymuszone tą zmianą. W odpowiedzi na powyższy wniosek, w dniu 9 czerwca

2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że wycofanie i zwrot wniosku nie są możliwe z uwagi na brak ujawnienia na kopercie informacji o wykonawcy, który ją złożył. Po

ponownym przedłużeniu terminu na złożenie oferty, w dniu 29 czerwca 2016 r. o godzinie 12.00 w siedzibie Zamawiającego odbyło się publiczne otwarcie ofert. Osoby działające w imieniu Zamawiającego otworzyły wszystkie złożone koperty z ofertami oraz odczytały treść wszystkich złożonych ofert, w tym oferty Odwołującego. Podczas otwarcia ofert przedstawiciel Odwołującego, Pani M.M., oświadczyła, że podtrzymuje ofertę złożoną przez Odwołującego. Według zapewnień osób działających w imieniu Zamawiającego, oświadczenie to miało zostać wciągnięte do protokołu postępowania. W dniu 8 lipca 2016 r. Zamawiający skierował do Odwołującego pismo, w którym poinformował, że poprzez złożenie oświadczenia o wycofaniu oferty zgodnie z wnioskiem z dnia 7 czerwca 2016 r. oferta Odwołującego została skutecznie wycofana.

Wobec wątpliwości co do charakteru prawnego otrzymanego pisma oraz skutków, jakie przypisuje mu Zamawiający, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o zajęcie stanowiska, w tym w szczególności potwierdzenie, że oferta złożona przez Odwołującego podlegać będzie badaniu i ocenie. Z uwagi na biegnący termin do zaskarżenia czynności Zamawiającego z dnia 8 lipca 2016 r, Odwołujący wezwał Zamawiającego do zajęcia stanowiska w terminie 3 dni. Termin ten upłynął w dniu 15 lipca 2016 r. Zamawiający dopiero w dniu 18 lipca 2016 r. przekazał swoją odpowiedź, w której podtrzymał wcześniejsze stanowisko.

W dniu 12 lipca 2016 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie protokołu z otwarcia ofert. W udostępnionym protokole postępowania, wbrew składanym zapewnieniom, nie znalazło odzwierciedlenia oświadczenie złożone przez przedstawiciela Odwołującego obecnego podczas otwarcia ofert. Wraz z pismem z dnia 18 lipca 2016 r., Zamawiający udostępnił kopię protokołu z sesji otwarcia ofert w dniu 29 czerwca 2016 r., który potwierdza podtrzymanie przez Odwołującego złożonej oferty.

Zdaniem Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego interpretacja działań i oświadczeń Odwołującego w toku postępowania jest nieuprawniona i stanowi naruszenie obowiązujących zasad wykładni oświadczeń woli. Odwołujący podniósł, że w toku całego postępowania jednoznacznie wskazywał na wolę uczestniczenia w nim i złożenia oferty, która będzie podlegała badaniu i ocenie. Przypisanie przez Zamawiającego działaniom Odwołującego skutku w postaci wycofania złożonej oferty, w świetle wpierw wyrażonej przez Zamawiającego odmowy umożliwienia Odwołującemu wycofania złożonej oferty w celu jej zastąpienia ofertą poprawioną, a następnie podtrzymywanej przez Odwołującego woli uczestniczenia w postępowaniu, potwierdzonej przez uczestnictwo w procedurze otwarcia ofert i przez składane oświadczenia, stanowi naruszenie zasad interpretacji składanych oświadczeń woli wynikających z Kodeksu cywilnego, a mających zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na podstawie art. 14 ustawy.

Odwołujący wskazał, że w piśmie z 7 czerwca 2016 r. wyjaśnił, że jego wniosek motywowany jest potrzebą weryfikacji złożonej oferty w świetle zmian, które nastąpiły w treści SIWZ oraz załączników. Odwołujący ponadto w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości stwierdził, że jego intencją nie jest wycofanie się z udziału w postępowaniu, a jedynie pragnie odpowiednio dostosować swoją ofertę do aktualnych wymogów Zamawiającego, tak aby jego oferta była prawidłowa pod względem formalnym. Natomiast nazwa pisma została nadana zgodnie z treścią SIWZ (Rozdział X punkt 16), a zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą sądów powszechnych, administracyjnych oraz Sądu Najwyższego, w przypadku wątpliwości decyduje treść pisma, a nie zaś jego nazwa.

Odwołujący podał, że w dniu 9 czerwca 2016 r. Zamawiający wystosował do niego pismo informujące, że nie może zwrócić oferty, ponieważ koperta nie zawiera informacji umożliwiających identyfikację wykonawcy, który ją złożył. W ocenie Odwołującego tak sformułowana odpowiedź Zamawiającego jednoznacznie stanowiła decyzję odmowną na wniosek Odwołującego o wycofanie i zwrot oferty. Wobec odmowy zwrotu oferty Odwołujący nie mógł ponowić złożenia oferty, ponieważ złożenie nowej oferty skutkowałoby odrzuceniem obu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust, 1 ustawy. W tym stanie

rzeczy Odwołujący uznał za celowe pozostawienie oferty w takiej formie, w jakiej została złożona, licząc się z ewentualną potrzebą uzupełnienia jej w przyszłości na wezwanie Zamawiającego. Z tego względu pomiędzy dniem 9 czerwca 2016 r. a terminem otwarcia ofert Odwołujący nie składał dalszych pism do Zamawiającego, uznając kwestię wycofania czy zwrotu oferty za przesądzoną przez Zamawiającego. Czynności podejmowane przez Zamawiającego w dniu otwarcia ofert potwierdzały, że także Zamawiający w taki sposób odczytywał oświadczenia Odwołującego, gdyż w dniu 29 czerwca 2016 r. otworzył ofertę złożoną przez Odwołującego i odczytał ją, podobnie jak pozostałe dwie złożone oferty. Podczas otwarcia ofert Zamawiający nie informował Odwołującego, że nie zamierza uwzględniać oferty Odwołującego ani że uznaje ją za skutecznie wycofaną.

Odwołujący podniósł, że zasady wykładni oświadczeń woli nakazują interpretować składane oświadczenia z uwzględnieniem okoliczności, w których zostały złożone. Oznacza to, że przy ustalaniu znaczenia, jakie należy nadać oświadczeniu woli, należy brać pod uwagę kontekst towarzyszący jego złożeniu. W niniejszej sprawie kontekst i zachowanie Odwołującego wyraźnie wskazywały na wolę uczestniczenia Odwołującego w postępowaniu, stąd przyjęcie, że Odwołujący wycofał swoją ofertę, jest interpretacją nieuzasadnioną i oderwaną od okoliczności sprawy. Tym niemniej, nawet w razie przyjęcia, że oświadczenie Odwołującego z 7 czerwca 2016 r., pomimo odmowy wyrażonej pismem Zamawiającego z dnia 9 czerwca 2016 r., mogłoby zostać uznane za wywołujące skutki z chwilą otwarcia kopert, w których znajdowały się oferty, to wówczas już oświadczenie Odwołującego

o wycofaniu oferty nie istniało i nie mogło wywoływać skutków prawnych. Podczas otwarcia ofert przedstawiciel Odwołującego poinformował, że wnosi o rozpoznawanie oferty jako ważnie złożonej, co zinterpretowane być musi jako potwierdzenie odwołania wcześniejszego oświadczenia. W tej sytuacji działania Zamawiającego – otwarcie oferty Odwołującego i jej odczytanie – nie mogą być interpretowane inaczej niż zgoda na odwołanie wcześniej złożonego oświadczenia. Inna interpretacja oświadczeń składanych przez Odwołującego stałaby wprost w sprzeczności z wyrażoną przez Odwołującego intencją, aby brać udział w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że oferta zaczyna wiązać wykonawcę z chwilą upływu terminu złożenia ofert, a wówczas wola Odwołującego złożenia i bycia związanym złożoną ofertą była w sposób jednoznaczny wyrażona i potwierdzona.

Odnosząc się do treści protokołu postępowania Odwołujący wskazał, że podczas otwarcia ofert przedstawicielka Odwołującego, pani M.M., złożyła w imieniu Odwołującego oświadczenie o podtrzymaniu w mocy złożonej oferty. Osoby działające w imieniu Zamawiającego przyjęły złożone oświadczenie oraz poinformowały, że znajdzie ono swoje odzwierciedlenie w sporządzanym protokole postępowania. W dniu 12 lipca 2016 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie protokołu obejmującego przebieg otwarcia ofert. Tego samego dnia Odwołujący otrzymał od Zamawiającego kopię strony 4. protokołu, w którym nie znalazła się informacja o złożonym oświadczeniu, a zamiast niego znalazła się informacja o wycofaniu oferty. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o sprostowanie protokołu tak, aby odzwierciedlał rzeczywisty przebieg otwarcia ofert. Zaniechanie uwzględnienia w protokole postępowania oświadczeń Odwołującego i następnie sprostowania protokołu stanowi naruszenie art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 12 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którymi protokół ma odzwierciedlać rzeczywisty przebieg postępowania, a w tym przebieg otwarcia ofert.

Odwołujący podniósł, że oferta, która została otwarta, nie może być już wycofana, zgodnie bowiem z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, wycofanie oferty może nastąpić przed upływem terminu do składania ofert. Zatem po upływie tego terminu nie jest dopuszczalne uznanie jej za wycofaną, zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Dodatkowo podczas otwarcia ofert przedstawiciel Odwołującego złożył oświadczenie o podtrzymaniu oferty, a następnie oferta Odwołującego została odczytana w obecności komisji oraz przedstawicieli innych wykonawców, wraz z podaniem jej warunków, w tym oferowanej ceny. Za brakiem skutecznego wycofania oferty dodatkowo przemawia fakt, że gdyby do wycofania doszło, powinna ona zostać uznana za niebyłą, tymczasem została ona otwarta oraz odczytana. Skoro po upływie terminu składania oferty Odwołujący nie mógłby wycofać złożonej oferty, to analogicznie do uznania oferty za wycofaną nie był uprawniony Zamawiający. W chwili

upływu terminu składania ofert oraz bezpośrednio po nim Zamawiający uznawał ofertę Odwołującego za ważną i wiążącą, o czym świadczy fakt, że tak jak innych wykonawców, Zamawiający informował Odwołującego o wpływających pytaniach wykonawców i udzielanych odpowiedziach. Natomiast w dniu 8 lipca 2016 r. Zamawiający zmienił swoje stanowisko i uznał ofertę za wycofaną, jak można rozumieć z treści pisma z dniem 7 czerwca 2016 r., czyli retroaktywnie, co jest sprzeczne z treścią art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że konsekwencją powyższych nieprawidłowości w działaniu Zamawiającego jest uniemożliwienie Odwołującemu ubiegania się o zamówienie, co stanowi nierówne traktowanie Odwołującego względem pozostałych wykonawców. Odwołujący bowiem nigdy nie zamierzał rezygnować z udziału w postępowaniu, a i Zamawiający nie formułował przekonania, że Odwołujący w postępowaniu udziału nie bierze. Wręcz przeciwnie, skierowane do Odwołującego pismo Zamawiającego oraz późniejsze przesyłanie informacji na tematu toku postępowania, a także przebieg otwarcia ofert, utwierdzały Odwołującego w przekonaniu, że jego oferta nie może zostać cofnięta, a więc pozostaje ważnie i skutecznie złożona. Poinformowanie Odwołującego dopiero w dniu 8 lipca 2016 r., że w ocenie Zamawiającego oferta została wycofana w dniu 7 czerwca 2016 r., de facto uniemożliwiło Odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu – ponieważ Odwołujący nie może już cofnąć się w czasie i ponownie złożyć oferty. Zamawiający nie może po upływie terminu do składania ofert informować, w jaki sposób zamierza interpretować zachowania Odwołującego sprzed upływu tego terminu. Skutkiem działań Zamawiającego jest naruszenie zasad uczciwej rywalizacji rynkowej i ograniczenie konkurencji, co przekłada się też na uzyskanie mniej korzystnych warunków, na których będzie on mógł uzyskać usługi. Naruszenia zarzucane Zamawiającemu oznaczają więc nie tylko szkodę dla interesów Odwołującego, ale także dla interesu publicznego, wyrażającego się w uzyskiwaniu przez podmioty publiczne świadczeń na jak najkorzystniejszych warunkach.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uwzględnienia oferty Odwołującego wśród ofert podlegających badaniu i ocenie na potrzeby wyłonienia oferty najkorzystniejszej. Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania oraz z zeznań świadka – M.M. – na okoliczność przebiegu otwarcia ofert w dniu 29 czerwca 2016 r. oraz składanych oświadczeń.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Termin składania ofert został wyznaczony pierwotnie na dzień 6 czerwca 2016 r. godz. 11.00. W związku z dokonanymi zmianami w treści SIWZ w dniu 3 czerwca 2016 r. termin ten był został zmieniony 27 czerwca 2016 r. godz. 11.00, a następnie w dniu 21 czerwca 2016 r. – na 29 czerwca 2016 r. godz. 11.00.

Odwołujący w dniu 6 czerwca 2016 r. złożył ofertę w niniejszym postępowaniu.

W dniu 7 czerwca 2016 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego pismo zatytułowane *Wniosek o wycofanie/zwrot ofert,* w treści pisma wnosząc o *wycofanie i zwrot złożonej oferty.* Odwołujący wskazał, że wniosek motywowany jest powzięciem informacji o przedłużeniu terminu składania ofert do dnia 27 czerwca 2016 r., jak również zmianą treści załączników do SIWZ, co powoduje konieczność ponownej weryfikacji i odpowiedniego dostosowania oferty do aktualnych wymagań. Odwołujący wniósł o zwrot oferty do rąk osób wskazanych w załączonym pełnomocnictwie.

Pismem z 9 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że *nie może zwrócić oferty, ponieważ koperta nie zawiera informacji umożliwiających identyfikację Wykonawcy, który ją złożył.*

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 29 czerwca 2016 r. W protokole z sesji otwarcia ofert zamieszono m.in. następujące informacje:

Pkt 7: Poinformowano, że w dniu 07.06.2016 r. wpłynął wniosek o wycofanie i zwrot oferty − złożonej przez jednego z Wykonawców. Z uwagi na brak informacji umożliwiających identyfikację Wykonawcy na kopercie złożonej u Zamawiającego, nie mógł on dokonać zwrotu oferty.

Pkt 9: po otwarciu pierwszej oferty i odczytaniu przez Przewodniczącą Komisji nazwy − Wykonawcy, do dopiero umożliwiło identyfikację, że pismo, o którym mowa w pkt 7 protokołu dotyczyło tej oferty, przedstawiciel tego Wykonawcy, tj. K.Z. i Partnerzy sp. j. Pani M.M. poinformowała, że skoro Zamawiający nie dokonał zwrotu oferty, to Wykonawca wnioskuje o utrzymanie jego oferty. Informacyjnie została odczytana cena oferty ww. Wykonawcy. Po odczytaniu wszystkich ofert przedstawiciel Wykonawcy K. i Partnerzy Kancelaria Prawnicza Pani M.J. złożyła sprzeciw wobec wniosku przedstawiciela wykonawcy K.Z. i Partnerzy sp. j. Przedstawiciele obu Wykonawców zapowiedzieli złożenie stosownych pism w tej sprawie. Nie zgłoszono innych zastrzeżeń z przebiegu sesji otwarcia ofert.

Pismem z 8 lipca 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że w dniu 7 czerwca 2016 r. otrzymał pisemny wniosek Odwołującego o wycofanie i zwrot oferty oraz że z uwagi na brak na kopercie informacji, które umożliwiłyby identyfikację Wykonawcy, Zamawiający nie mógł dokonać zwrotu oferty, o czym poinformował Odwołującego pismem

z 9 czerwca 2016 r. Zamawiający podał, że na otwarciu ofert w dniu 29 czerwca 2016 r. po otwarciu pierwszej koperty o odczytaniu nazwy wykonawcy (Odwołującego) możliwa była identyfikacja, że wniosek z 7 czerwca 2016 r. dotyczył tej oferty. Zamawiający wskazał, że obecna na otwarciu ofert przedstawicielka Odwołującego (pani M.M.) poinformowała, że skoro Zamawiający nie dokonał zwrotu oferty, to wykonawca wnioskuje o utrzymanie jego oferty. Zamawiający poinformował, że poprzez złożenie wniosku z 7 czerwca 2016 r. oferta Odwołującego została skutecznie wycofana, a oświadczenie to nie zostało zmienione przed upływem terminu składania ofert, tym samym oświadczenie przedstawicielki Odwołującego nie może być uznane za skuteczne, gdyż zostało złożone z naruszeniem art. 84 ust. 1 ustawy.

Pismem z 12 lipca 2016 r. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu stanowisko w kwestii skuteczności złożenia oferty, wskazując, że brak jest odstaw do oceny, że oferta została wycofana i przedstawiający uzasadnienie tego stanowiska. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o ustosunkowanie się do pisma w terminie 3 dni, w tym do potwierdzenia, że jego oferta podlega badaniu w niniejszym postępowaniu. W tym samym dniu Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego przekazanie kopii protokołu z otwarcia ofert.

W dniu 12 lipca 2016 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu str. 4 protokołu postępowania (druk ZP-PN). W protokole postępowania (druk ZP-PN) w rubryce 9 (Zestawienie ofert) wymieniono ofertę Odwołującego z adnotacją: *Oferta wycofana zgodnie z pismem z 7 czerwca 2016 r. (nr wch. 4633/BDG). Z uwagi na brak informacji umożliwiających identyfikację Wykonawcy na kopercie złożonej u Zamawiającego, nie mógł on dokonać zwrotu oferty. Dopiero odczytanie danych Wykonawcy na formularzu ofertowym umożliwiło identyfikację Wykonawcy.*

Pismem z 13 lipca 2016 r. Odwołujący wniósł o sprostowanie protokołu z postępowania, poprzez odzwierciedlenie w pkt 9 protokołu oświadczenia złożonego przez przedstawiciela wykonawcy.

W piśmie z 18 lipca 2016 r. Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone wcześniej w piśmie z dnia 8 lipca 2016 r. i wskazał, że odrębną od skuteczności wycofania oferty kwestią jest dokonanie zwrotu tej oferty, co jest jedynie czynnością materialno-techniczną. Zamawiający przekazał Odwołującemu protokół z sesji otwarcia ofert z 29 czerwca 2016 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 7 ustawy Pzp. Po pierwsze, nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że odwołanie zostało złożone przez podmiot nieuprawniony, tj. przez podmiot, który skutecznie wycofując swoją ofertę utracił status wykonawcy w niniejszym postępowaniu. Należy zwrócić uwagę, że kwestia skuteczności wycofania oferty jest istotą sporu w niniejszym postępowaniu odwoławczym i może być przesądzona merytorycznym orzeczeniem Izby. Izba nie dopatrzyła się również podstaw do odrzucenia odwołania z uwagi na nieprzekazanie jego kopii Zamawiającemu. Postępowanie dowodowe wykazało co

prawda, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię pierwszych ośmiu stron odwołania, bez strony 9 i 10, Izba stanęła jednak na stanowisku, że zaniechanie przekazania jakiegokolwiek fragmentu odwołania, bez względu na to czy zawiera on merytorycznie istotną treść, nie może prowadzić automatycznie do odrzucenia odwołania. Celem przekazania kopii odwołania zamawiającemu jest umożliwienie mu zapoznania się ze stawianymi zarzutami oraz argumentacją i dowodami przywołanymi na poparcie zarzutów, a także umożliwienie innym wykonawcom podjęcia decyzji w sprawie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jeżeli więc z przekazanej kopii Zamawiający mógł powziąć ww. informacje i przygotować swoje stanowisko procesowe, a nieprzekazane mu fragmenty nie zawierają merytorycznie istotnej treści, to należy stwierdzić, że cel obowiązku określonego w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp został osiągnięty, a stanowisko przeciwne byłoby wyrazem nadmiernego formalizmu. W niniejszej sprawie Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu strony 10 odwołania, na której znajdował się spis załączników i strony 9, na której znalazło się wskazanie, że objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego stanowią w konsekwencji naruszenie art. 7 ustawy Pzp (wraz z krótkim uzasadnieniem), przy czym zarzut naruszenia tego przepisu znalazł się również w petitum odwołania. Na końcu strony 9 Odwołujący przedstawił stwierdzenie, że zarzuty odwołania są uzasadnione, a odwołanie zasługuje w całości na uwzględnienie. W ocenie Izby, na skutek nieprzekazania ww. stron odwołania Zamawiający nie został w żadnej mierze pozbawiony możliwości zapoznania się ze stawianymi zarzutami (wraz z argumentacją i powołanymi dowodami) oraz należytego przygotowania swojego stanowiska w postępowaniu. Brakujące strony nie obejmowały bowiem dodatkowej, istotnej merytorycznie treści. W związku z powyższym odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp byłoby niezasadne.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Stosownie do art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego (znajdującego na mocy art. 14 ustawy Pzp zastosowanie do czynności podejmowanych w postępowaniu przez zamawiającego i wykonawców) oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.

W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że oświadczenie o wycofaniu oferty wywarło skutki prawne, zostało ono bowiem złożone Zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert. Niezależnie od niefortunnego pod względem językowym sformułowania pisma (wnoszę *wycofanie i zwrot złożonej przez nas oferty)* nie ma wątpliwości, że zawiera ono oświadczenie woli o wycofaniu oferty. Zawarta w piśmie informacja o potrzebie dostosowania oferty do zmienionej SIWZ jest jedynie uzasadnieniem wniosku, co jednak nie sprawia, że oświadczenie o wycofaniu oferty jest nieskuteczne lub że ma charakter warunkowy i w przypadku niezłożenia nowej oferty Zamawiający powinien wziąć pod uwagę ofertę pierwotnie złożoną. Nie można przyjąć, że Zamawiający interpretując oświadczenie o wycofaniu oferty przez pryzmat przedstawionego uzasadnienia (art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego) powinien uznać, że oświadczenie to nie wywołało skutków prawnych. Powyższe uzasadnienie pozwalało jedynie przypuszczać, że wobec wycofania pierwotnej oferty wykonawca zgodnie z zapowiedzią złoży nową ofertę, do czego nie był jednak zobowiązany i mógł z tego zrezygnować. Decyzja wykonawcy w kwestii złożenia nowej oferty nie wpływa na skuteczność wcześniejszego oświadczenia o wycofaniu oferty wcześniejszej. Odwołujący miał możliwość ponownego złożenia oferty, z której jednak nie skorzystał, błędnie interpretując odmowę zwrotu oferty i przypisując tej odmowie skutki prawne, których za sobą nie pociągała.

Nie jest zgodne ze stanem faktycznym stwierdzenie, które znalazło się w treści odwołania, jakoby Zamawiający miał poinformować Odwołującego, że *wycofanie i zwrot wniosku nie są możliwe z uwagi na brak ujawnienia na kopercie informacji o wykonawcy, który ją złożył.* Zamawiający poinformował jedynie, że nie może zwrócić oferty z uwagi na

niemożność jej zidentyfikowania. Odwołujący natomiast całkowicie bezpodstawnie utożsamia wycofanie oferty ze zwrotem egzemplarza oferty, będącego nośnikiem treści oświadczenia woli. Pierwsze z tych zdarzeń jest czynnością prawną, która dotyczy wycofania wcześniej złożonego oświadczenia woli i dochodzi do skutku, jeśli zostanie dokonana przed upływem terminu składania ofert, drugie natomiast jest czynnością materialno-techniczną, dodatkowo

niemającą umocowania w przepisach Pzp – z żadnego przepisu ustawy nie wynika bowiem, że w przypadku wycofania oferty egzemplarz oferty podlega zwrotowi. Skuteczność wycofania oferty nie jest w żadnej mierze warunkowana tym, czy zamawiający zwróci wykonawcy ofertę (rozumianą jako nośnik oświadczenia woli). Tym samym pozbawione jakichkolwiek podstaw jest twierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający – jak to zostało przedstawione w odwołaniu – wyraził odmowę umożliwienia Odwołującemu wycofania oferty. Zamawiający nie ma możliwości odmówić wykonawcy wycofania oferty, jest to bowiem czynność prawna wykonawcy, która dochodzi do skutku, o ile zostanie dokonana przed upływem terminu składania ofert. Skutek ten występuje z chwilą gdy oświadczenie o wycofaniu oferty doszło do Zamawiającego w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią i jest niezależny od zachowania Zamawiającego.

Ponieważ wycofanie oferty może nastąpić tylko przed terminem składania ofert, z chwilą złożenia Zamawiającemu oświadczenia o jej wycofaniu, dla oceny skuteczności tego wycofania nie mają znaczenia okoliczności, które wystąpiły po otwarciu ofert. Nie może więc zniweczyć skutków złożonego oświadczenia o wycofaniu oferty fakt, że przedstawiciel Odwołującego podczas otwarcia oferty wyraził wolę podtrzymania oferty i dalszego uczestnictwa w postępowaniu. Wobec złożenia oświadczenia o wycofaniu oferty dalszy udział wykonawcy w postępowaniu byłby możliwy wyłącznie w sytuacji ponownego złożenia oferty (niezależnie czy tej samej czy zmienionej treści) przed upływem terminu składania ofert, natomiast wszelkie oświadczenia składane po upływie terminu składania ofert nie mogą wywoływać skutków prawnych.

O braku skuteczności wycofania oferty nie świadczy również zachowanie Zamawiającego podczas otwarcia oferty, a twierdzenie, że otwarcie oferty Odwołującego *konwalidowało wcześniejsze czynności* jest pozbawione jakichkolwiek podstaw prawnych. Zamawiający był wręcz zobowiązany otworzyć wszystkie ofert, musiał bowiem ustalić, przez kogo poszczególne oferty zostały złożone. Nie jest możliwe ustalenie, która z ofert została wycofana bez ich otwarcia, a to może nastąpić dopiero w terminie określonym w SIWZ. Natomiast odczytanie przez Zamawiającego ceny oferty wycofanej nie było ani konieczne, ani uzasadnione (wystarczające byłoby odczytanie nazwy wykonawcy i podanie informacji o wycofaniu oferty), niemniej jednak okoliczność ta nie ma znaczenia dla sprawy, o skuteczności wycofania oferty przesądzają bowiem okoliczności towarzyszące złożeniu oświadczenia w tym przedmiocie, a zachowanie Zamawiającego nie może zmienić skutków złożenia takiego oświadczenia. Skoro to wykonawca składa oświadczenie o wycofaniu oferty, to o skuteczności tego wycofania decydują wyłącznie okoliczności leżące po stronie wykonawcy (złożenie oświadczenia w odpowiedniej formie i terminie), nie zaś późniejsze zachowanie zamawiającego.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający uznając ofertę Odwołującego za wycofaną nie naruszył art. 84 ust. 1 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w odwołaniu.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 12 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zaniechanie uwzględnienia w treści protokołu oświadczeń składanych przez Odwołującego podczas otwarcia ofert, a następnie zaniechanie sprostowania protokołu w tym zakresie.

Zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia, zwany dalej „protokołem", zawierający co najmniej: 1) opis przedmiotu zamówienia; 2) informację o trybie udzielenia zamówienia; 3) informacje o wykonawcach; 4) cenę i inne istotne elementy ofert; 5) wskazanie wybranej oferty lub ofert. Z kolei § 2 ust. 1

pkt 12 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi, że protokół, oprócz informacji, o których mowa w art. 96 ustawy Pzp zawiera, informacje dotyczące otwarcia ofert. Jak ustaliła Izba, w protokole postępowania (druk ZP-PN) w rubryce 9 (Zestawienie ofert) wymieniono ofertę Odwołującego z informacją o jej wycofaniu oraz o braku informacji umożliwiających identyfikację oferty i jej zwrot. Dodatkowo, oświadczenie przedstawiciela Odwołującego złożone podczas otwarcia ofert zostały przedstawione w protokole z sesji otwarcia ofert, który stanowi część dokumentacji postępowania. Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający wypełnił obowiązki wynikające z przywołanych wyżej przepisów. Ponownego podkreślenia wymaga również, że oświadczenie złożone podczas otwarcia ofert nie wpływa na ocenę skuteczności wycofania oferty.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, ze względu na nieprzedłożenie stosownego rachunku. Zgodnie bowiem z § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego mogą być zaliczone uzasadnione koszty strony (w tym wynagrodzenie pełnomocników) w wysokości ustalonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: ……..……..