

Sygn. akt: KIO 2743/14

WYROK
z dnia 19 stycznia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach
Ryszard Tetzlaff
Justyna Tomkowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2014 roku przez wykonawcę **Wojskowe Zakłady Uzbrojenia Spółka Akcyjna z siedzibą w Grudziądzu, ul. Parkowa 42, 86-300 Grudziądz**, w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa**, przy udziale wykonawcy – **Celtech Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Rubież 46 C3 lok. 28, 61-612 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Wojskowe Zakłady Uzbrojenia Spółka Akcyjna z siedzibą w Grudziądzu**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Wojskowe Zakłady Uzbrojenia Spółka Akcyjna z siedzibą w Grudziądzu**, 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 2013 r. poz. 907 ze zm.) 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:

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2743/14

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia [zwany dalej: „Zamawiającym”], prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na realizację zadania: *Realizacja pracy rozwojowej – od etapu Projektowanie i Rozwój oraz dostawa w latach 2014 – 2022 sprzętu pn. „Pralnia połowa w kontenerze – NEPTUN 2” w ilości egz. 19*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.] – zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 maja 2014 roku pod numerem 2014/S 091-159496.

W dniu 22 grudnia 2014 roku wykonawca - Wojskowe Zakłady Uzbrojenia Spółka Akcyjna z siedzibą w Grudziądzu - [zwany dalej: „Odwołującym”], wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu oceny złożonych ofert oraz dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, jak również na zaniechaniu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo tego, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego Zamawiający nie mógł

wcześniej przewidzieć, polegająca na niemożności wykonania zamówienia przez wykonawcę Celtech Sp. z o. o. z uwagi na fakt, że wykonanie zamówienia przez tego wykonawcę prowadziłoby do naruszenia praw własności przemysłowej (w tym know-how) Odwołującego, co uprawniałoby Odwołującego do żądania m.in. zaniechania naruszeń jego praw, naprawienia wyrządzonej szkody, a także wycofania z obrotu lub zniszczenia przedmiotów wytworzonych w wyniku realizacji przez Celtech Sp. z o. o. zamówienia, co w konsekwencji powinno było skutkować unieważnieniem postępowania z uwagi na brak interesu publicznego w udzieleniu Zamówienia, które nie może zostać wykonane oraz brak interesu publicznego w wydatkowaniu środków publicznych na udzielenie takiego zamówienia;

2) art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 85 ust. 5 oraz art. 26 ust. 3, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w postaci oferty wykonawcy Celtech Sp. z o. o., która nie zawierała oświadczenia o związaniu Celtech Sp. z o. o. tą ofertą, a oświadczenie to zostało przez Celtech Sp. z o. o. w niedopuszczalny sposób uzupełnione dopiero w dniu 5 grudnia 2014 r. tj. oferty złożonej w rzeczywistości po terminie składania ofert (3 grudnia 2014 r.), względnie poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Celtech Sp. z o. o. jako oferty niezgodnej z ustawą, którą to ofertą Celtech Sp. z o. o. był związany od momentu doręczenia Zamawiającemu oświadczenia o związaniu ofertą, a nie od momentu upływu otwarcia ofert, a także jako oferty niezgodnej z punktem 7 Zaprośzenia do złożenia oferty z dnia 7 października 2014 r., do którego to zaproszenia dołączona była Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, jako oferty niezawierającej wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia o związaniu ofertą, którego brak nie podlegał uzupełnieniu, jak również poprzez umożliwienie Celtech Sp. z o. o. uzupełnienia oświadczenia o związaniu ofertą pomimo, że nie było to dopuszczalne;

3) art. 7 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty przez komisję do przeprowadzenia postępowania, w skład której wchodziła osoba podlegająca wyłączeniu, przez co przeprowadzono postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co miało wpływ na wynik postępowania z uwagi na potraktowanie w sposób preferencyjny oferty drugiego wykonawcy, tj. Celtech Sp. z o. o. w stosunku do oferty Odwołującego się i ostatecznie wybór oferty Celtech jako najkorzystniejszej.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia postępowania

ewentualnie:

2a. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Celtech Sp. z o. o. jako oferty najkorzystniejszej;

2b. dokonania ponownej oceny złożonych ofert w innym składzie osobowym, nieobejmującym pana K. C.;

2c. odrzucenia oferty wykonawcy Celtech Sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako niezgodnej z ustawą lub na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako oferty niezgodnej z punktem 7 Zaprośzenia do złożenia oferty z dnia 7 października 2014 r., do którego to zaproszenia dołączona była Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia lub na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;

2d. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

a w każdym przypadku:

3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie Zamawiającemu wypłaty na rzecz Odwołującego kwoty 18 600 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

W pierwszej kolejności w uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał, że Zamawiający zobowiązany był do unieważnienia postępowania, gdyż nie przysługują mu prawa wyłączne niezbędne do przeprowadzenia prac rozwojowych będących przedmiotem zamówienia. Stwierdził, że wykonanie zamówienia przez wykonawcę Celtech Sp. z o. o. doprowadziłoby do naruszenia przysługujących Odwołującemu praw własności przemysłowej, w tym do know-how, niezbędnych do wykonania zamówienia. Odwołujący powołał się na postanowienia punktu III.1.B Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i § 1 ust. 2 punkt 1b wzoru umowy, z których wynika, że wykonawca przy wykonywaniu zamówienia jest zobowiązany do wykorzystania wyników prac rozwojowych prowadzonych już wcześniej (zawartych w orzeczeniu nr 30/STLąd/2012 z dnia 16 czerwca 2012 r. z badań kwalifikacyjnych (państwowych) drugiego prototypu pralni polowej w kontenerze kryptonim NEPTUN 2). W tym zakresie, zdaniem Odwołującego, wykonanie zamówienia wiązałoby się z wykorzystaniem praw własności przemysłowej, w tym praw do know-how, przysługujących jedynie Odwołującemu i w sytuacji, gdyby wykonawca Celtech Sp. z o. o. rozpocząłby wykonywanie przedmiotu zamówienia, doszłoby do naruszenia praw przysługujących Odwołującemu. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nigdy nie nabył praw do pierwszego i drugiego prototypu pralni polowej w kontenerze kryptonim NEPTUN 2 w postaci:

- know-how obejmującego wszelką wiedzę techniczną i organizacyjną potrzebną do skonstruowania takiej pralni lub pralni wykorzystującej istotne elementy lub zasady działania takiej pralni;
- praw do wynalazków.

Odwołujący zauważył, że konsekwencją naruszenia jego praw byłaby bezprawność korzystania przez Zamawiającego z wiedzy Odwołującego odnoszącej się do konstruowania prototypu pralni polowej jednokontenerowej oraz powstanie roszczeń Odwołującego o zaniechanie naruszeń, co prowadziłoby do konieczności zaprzestania prac realizowanych na podstawie zamówienia oraz wycofania z obrotu lub nawet zniszczenia powstałych egzemplarzy pralni polowej dwukontenerowej. Następnie wskazał, że umowa o pracę badawczo-rozwojową zawarta pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym w dniu 8 września 2005 roku DPZ/U/35/TWL/BR/I.4.24/2005/832 nie daje podstaw do nabycia przez Zamawiającego prawa do konstruowania modeli pralni jednokontenerowej lub prawa do wykorzystania informacji na temat procesów produkcyjnych wypracowanych przez Odwołującego w toku prac nad pralnią jednokontenerową, celem skonstruowania pralni dwukontenerowej. Odwołujący podniósł, że zgodnie z ww. umową, prawo do uzyskania patentów przysługuje co do zasady Odwołującemu, a nadto umowa ta nie przeniosła na Zamawiającego know-how w zakresie konstrukcji i produkcji pralni polowej jednokontenerowej. Według Odwołującego postanowienia umowy dotyczące praw autorskich nie mogą stanowić podstawy do wykorzystania wiedzy w zakresie procesów konstrukcyjno-produkcyjnych, a w szczególności do rozpoczęcia na podstawie tej wiedzy prac prototypowych, a następnie produkcji. Podkreślił, że także wynalazki niezgłoszone do Urzędu Patentowego RP podlegają ochronie wynikającej z ustawy Prawo własności przemysłowej, w tym z art. 79 tej ustawy.

Następnie, Odwołujący podniósł, że brak jest interesu publicznego w realizacji zamówienia, gdyż rezultat zamówienia w postaci dostarczenia 19 sztuk pralni polowych, wykonanych na podstawie przeprowadzonych prac rozwojowych, nie będzie możliwy do osiągnięcia, w sytuacji, gdy sąd orzeknie o zniszczeniu wykonanych pralni polowych w konsekwencji stwierdzenia naruszenia praw własności przemysłowej, przysługujących Odwołującemu. Wskazał również, że nie udzielił zgody na wykorzystanie przysługujących mu praw własności przemysłowej, w tym know-how. Zdaniem Odwołującego, postępowanie winno być unieważnione, gdyż zamówienie nie może być w ogóle wykonane, a wydatkowanie środków publicznych, w takiej sytuacji, na realizację zamówienia jest nieracjonalne i niecelowe. Powołał przy tym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące zasad wydatkowania środków publicznych przez zamawiających oraz dotyczące interesu prawnego.

W ocenie Odwołującego doszło do zaistnienia nowej okoliczności (zmiany okoliczności), której wystąpienie sprawiło, że **zawarcia umowy oraz wykonywania zamówienia nie da się pogodzić z interesem publicznym, wyrażającym się w potrzebie zapewnienia zgodności z prawem działań władzy publicznej oraz racjonalności gospodarności w wydatkowaniu środków publicznych.**

Odnosząc się do zarzutu braku związania wykonawcy Celtech Sp. z o. o. ofertą Odwołujący wskazał, że w zaproszeniu do składania ofert Zamawiający zażądał od wykonawców złożenia - wraz z formularzem ofertowym - oświadczenia o związaniu ofertą przez okres 60 dni. Termin składania ofert ostatecznie został ustalony na dzień 3 grudnia 2014 roku do godz. 11.00. Odwołujący zauważył, że wykonawca Celtech Sp. z o. o. złożył ofertę w dniu 1 grudnia 2014 roku, ale nie zawarł w niej oświadczenia o związaniu ofertą. Następnie wskazał na fakt, że Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w dniu 4 grudnia 2014 roku wezwał wykonawcę Celtech Sp. z o. o. do złożenia oświadczenia o związaniu ofertą w terminie do dnia 5 grudnia 2014 roku do godz. 14.00, a wykonawca ten dnia 5 grudnia 2014 roku złożył stosowne oświadczenie o związaniu ofertą przez okres 60 dni od daty, w której upłynął termin składania ofert.

Zdaniem Odwołującego, oferty Celtech Sp. z o. o. nie sposób uznać za skutecznie złożoną. W jego ocenie związanie wykonawcy złożoną ofertą przez okres wskazany w SIWZ (lub w zaproszeniu do składania ofert w wypadku zamówień udzielanych w trybie negocjacji z ogłoszeniem) ma szczególne znaczenie, bowiem jedynie w wypadku związania ofertą na zasadach określonych w ustawie można mówić o skutecznym złożeniu oferty. Stwierdził, że oferta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna zawierać oświadczenie wykonawcy o związaniu tą ofertą przez wymagany prawem okres, przy czym oświadczenie to może zostać zawarte zarówno w treści formularza ofertowego, jak i w treści osobnego dokumentu, w zależności od zasad określonych w tym zakresie przez Zamawiającego. Niezależnie jednak od sposobu w jaki zostanie złożone, oświadczenie to stanowi konieczny element oferty. Dodał, że *związania wykonawcy ofertą nie można domniemać. Natomiast w sytuacji, w której takiego oświadczenia wykonawca nie zawarł, to wówczas dokument złożony przez wykonawcę nie stanowi oferty w rozumieniu ustawy Pzp. Zauważył, że przepisy Kodeksu cywilnego określające ogólne zasady związania ofertą nie mają w tym wypadku zastosowania z uwagi na ich wyłączenie poprzez przepis szczególny, tj. art. 85 ustawy Pzp. Wskazał na pogląd wyrażany przez doktrynę, że Prawo zamówień publicznych modyfikuje cywilistyczną konstrukcję zawartą w art. 66 k.c. oraz, że w treści oferty winno być zawarte oświadczenie o okresie związania ofertą.*

W opinii Odwołującego oferta złożona przez Celtech Sp. z o. o. w dniu 1 grudnia 2014r. w rzeczywistości nie stanowiła oferty, bowiem nie zawierała koniecznego jej

elementu, tj. związania wykonawcy tą ofertą. Zdaniem Odwołującego, obowiązek złożenia oświadczenia o związaniu ofertą wynikał zarówno z ustawy, jak i wprost z treści samego zaproszenia do złożenia ofert. Powołał się przy tym na przepis art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, stanowiący, że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, co jego zdaniem oznacza, że oświadczenie o związaniu ofertą musi być złożone przed upływem terminu składania ofert i nie jest przy tym możliwe późniejsze uzupełnienie oferty poprzez złożenie tego oświadczenia, gdyż żaden przepis nie przewiduje takiej możliwości.

Dalej, Odwołujący wskazał, na niedopuszczalność uzupełnienia istotnych elementów oferty, w tym oświadczenia o związaniu ofertą. Stwierdził, że Zamawiający wezwał wykonawcę Celtech Sp. z o. o. do uzupełnienia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który to przepis przewiduje możliwość żądania uzupełnienia wyłącznie dokumentów wymaganych na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Dodał również, że oświadczenie o związaniu ofertą nie stanowi jednego z dokumentów, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem jest ono elementem samej oferty. Zaznaczył przy tym, że również przepis art. 87 ustawy Pzp nie uprawnia do żądania uzupełnienia oświadczenia o związaniu ofertą. Według Odwołującego, w przypadku oferty Celtech Sp. o. o., doszło do uzupełnienia istotnych elementów oferty mimo, że przepisy prawa nie przewidują takiej możliwości.

Odwołujący wskazał ponadto, że z uwagi na brak oświadczenia Celtech Sp. o. o. o związaniu ofertą, złożony w dniu 1 grudnia 2014 r. formularz ofertowy w rzeczywistości nie stanowił oferty, a do faktycznego złożenia oferty doszło dopiero w dniu 5 grudnia 2014 r., kiedy to Celtech Sp. o. o. uzupełnił wymagane oświadczenie. Zdaniem Odwołującego złożenie oferty przez Celtech Sp. o. o. nastąpiło już po terminie składania ofert, który upłynął w dniu 3 grudnia 2014 r., co oznacza, że oferta Celtech Sp. o. o., jako oferta złożona po terminie, powinna była zostać pominięta przy ocenie ofert oraz zwrócona oferentowi i w żadnym wypadku nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący podniósł, iż zawarte w treści oświadczenia o związaniu ofertą stwierdzenie, że wykonawca jest związany ofertą od daty w której upłynął termin związania ofert należy uznać za całkowicie nieskuteczne, bowiem niemożliwe jest złożenie oferty z mocą wsteczną. Jego zdaniem w okresie od upływu terminu składania ofert, tj. od godziny 11.00 dnia 3 grudnia 2014 r., do momentu złożenia oświadczenia o związaniu ofertą w dniu 5 grudnia 2014 r., Celtech Sp. z o. o. nie był związany swoją ofertą, lecz związał się swoją ofertą w terminie innym niż wynikający z art. 85 ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że złożenie oferty, którą wykonawca nie był związany na zasadach określonych w art. 85 ustawy Pzp może zostać uznane za złożenie oferty sprzecznej z ustawą, a zatem podlegającej odrzuceniu. Stwierdził, że skoro przepis

art. 85 ust. 5 ustawy Pzp jednoznacznie przewiduje rozpoczęcie biegu terminu związania ofertą od momentu upływu terminu do składania ofert, to nie ulega wątpliwości, że oferta, którą wykonawca związał się już po upływie tego terminu, jest sprzeczna z ustawą. Ponadto wskazał, że brak złożenia oświadczenia o związaniu ofertą stanowi nie tylko niezgodność oferty z ustawą, ale również jej niezgodność z treścią SIWZ, bowiem wymóg związania wykonawcy złożoną ofertą wynikał nie tylko z ustawy, ale również z wyraźnego żądania zamawiającego, który wymagał od wykonawców złożenia oświadczenia o związaniu ofertą przez okres 60 dni, a o zgodności oferty z treścią SIWZ można mówić jedynie wtedy, gdy jest ona równocześnie zgodna z treścią zaproszenia do złożenia ofert.

Z kolei odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Odwołujący stwierdził, że Zamawiający przeprowadził czynność oceny złożonych ofert oraz czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w składzie obejmującym osobę podlegającą wyłączeniu. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy Pzp, czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm, zaś zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób. Zdaniem Odwołującego, takiemu wyłączeniu podlega pan K. C., zajmujący stanowisko Przewodniczącego Komisji Przetargowej Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że pan K. C. podczas spotkania z udziałem przedstawicieli Odwołującego się w dniu 6 października 2014 r. w siedzibie Zamawiającego oznajmił zebrany, nie kryjąc wzburzenia, że na skutek działań Odwołującego spotkał go despekt, który polegał na tym, że dziennikarz „Gazety Bydgoskiej” zadał rzecznikowi MON pytanie, które zawierało treści naruszające dobra osobiste K. C. . Odwołujący wskazał, że pan K. C. wyraźnie przypisał winę. Odwołującemu za to, że naruszono jego dobra osobiste. W opinii Odwołującego dowodzi to, że pan K. C. ma wobec Odwołującego negatywne nastawienie emocjonalne, gdyż nie sposób wytłumaczyć czym innym niż negatywne emocje faktu, że pan K. C. przypisał Odwołującemu odpowiedzialność za działania dziennikarza i oznajmia o tym ze wzburzeniem przedstawicielom Odwołującego się. Powoduje to, zdaniem Odwołującego, że pan K. C. nie może już być uznawany za osobę obiektywną wobec Odwołującego, tj. za osobę, której bezstronny udział w przetargu z udziałem Odwołującego nie budzi wątpliwości. W konsekwencji, Odwołujący stwierdził, że pan K. C. pozostaje z Odwołującym w takim stosunku faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności, co wyczerpuje przesłanki określone w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wskazał, że art. 17 ustawy Pzp nie przewiduje żadnych wyjątków, zaś jego celem jest zapewnienie bezstronności osób uczestniczących w postępowaniu w imieniu zamawiającego, zaś wbrew

dyspozycji tego przepisu zarówno w czynności oceny ofert, jak w czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, pan K. C. wziął udział, jako przewodniczący komisji przetargowej, co nie może być aprobowane. Według Odwołującego w takim przypadku dochodzi do realnej możliwości zmiany wyniku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dodał też, że zapewnienie, aby wyłącznie osoby bezstronne oraz obiektywne brały udział w czynnościach związanych z przeprowadzeniem postępowania, jest koronną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp, a wzięcie udziału w czynnościach przez osoby, które nie dają rękami obiektywizmu, skutkuje nieważnością tych czynności. Reasumując, Odwołujący stwierdził, że wzięcie udziału przez pana K. C., który nie daje rękami bezstronności i obiektywizmu, ponieważ posiada i ujawnił negatywny emocjonalny stosunek wobec Odwołującego się, w czynności oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty sprawia, że powyższe czynności zostały zrealizowane z rażącym naruszeniem art. 7 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W rezultacie trzeba przyjąć, że przeprowadzono postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz potraktowano w sposób preferencyjny ofertę drugiego wykonawcy – Celtech Sp. z o. o.

W dniu 23 grudnia 2014 roku – za pośrednictwem faksu, a w dniu 24 grudnia 2014 roku – w formie pisemnej, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo, zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego od wykonawcy – Celtech Spółka z o. o. z siedzibą w Poznaniu [zwanego dalej: „Przystępującym”].

W dniu 13 stycznia 2015 roku do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Przystępującego - za pośrednictwem poczty elektronicznej – zawierające jego stanowisko, w tym wniosek o odrzucenie odwołania, a w przypadku jego nie uwzględnienia wniosek o oddalenie odwołania.

Także w dniu 13 stycznia 2015 roku do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, w której wnosił on o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację na poparcie swojego wniosku.

W trakcie posiedzenia w dniu 14 stycznia 2015 roku Odwołujący złożył pismo, w którym przedstawił dodatkową argumentację na uzasadnienie zarzutów postawionych w odwołaniu, a nadto wskazał na nierzetelne udokumentowanie postępowania, stwierdzając, że protokół z postępowania był prowadzony w sposób nierzetelny, uniemożliwiający badanie, czy poszczególne czynności Zamawiającego były dokonywane w sposób zgodny z ustawą. Odwołujący powoływał się na to, że w dniu 4 czerwca 2014 roku oraz 1 lipca 2014 roku Zamawiający wydał mu kopie protokołu, gdzie wśród wymienionych załączników brak było

oświadczeń osób wykonujących czynności w postępowaniu. Dopiero kopia protokołu wydana dnia 16 grudnia 2014 roku ujawniała 239 załączniki, a wśród nich oświadczenia członków komisji złożone na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przy czym oświadczenia te były datowane na dzień 10 czerwca 2014 roku. Kolejna kopia protokołu wydana 8 stycznia 2015 roku wymieniała 254 załączniki, a pod pozycją 30 ujawniono oświadczenie pana G. D. . W ocenie Odwołującego z treści wydawanych mu kopii protokołu wynika, że nie był on prowadzony w sposób rzetelny, a także treść ta budzi wątpliwości odnośnie rzeczywistego czasu złożenia oświadczeń. Jego zdaniem, zmiany dokonywane przez Zamawiającego w treści protokołu, w tym już po złożeniu odwołania, mogą wskazywać, że Zamawiający próbował w ten sposób ukryć uchybienia, których dopuścił się w toku postępowania.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia było prowadzone z udziałem osoby nieuprawnionej, gdyż kierownik Zamawiającego nie złożył oświadczenia przewidzianego w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, co mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, złożonych na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego, tj. wykonawcę Celtech Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.] – dalej zwanej: „ustawą Pzp” *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Zamawiający w dniu 23 grudnia 2014 roku przekazał Przystępującemu informację o wniesieniu odwołania oraz wezwał go do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 23 grudnia 2013 roku – za pośrednictwem faksu, a w dniu 24 grudnia 2014 roku – w formie pisemnej, Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zostało doręczone pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego od wykonawcy

Celtech Sp. z o. o., przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony. Dla oceny skuteczności zgłoszenia przystąpienia decydujące znaczenie miała data doręczenia zgłoszenia w formie pisemnej. Do zgłoszenia przystąpienia zostały załączone dowody nadania jego kopii Stronom.

Wobec powyższego Izba uznała, że zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2, ustawy Pzp Izba zważyła, co następuje. Zgodnie z art. 189 ust. 2, ustawy Pzp *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:*

- 1) *w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;*
- 2) *odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;*
- 3) *odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;*
- 4) *odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się;*
- 5) *odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;*
- 6) *w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2;*
- 7) *odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust.*

5.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 grudnia 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Ustawodawca nie wprowadził możliwości częściowego odrzucenia odwołania. W sytuacji, gdy co najmniej jeden zarzut podniesiony w odwołaniu podlega rozpoznaniu merytorycznemu, to wówczas Izba jest zobowiązana do rozpoznania odwołania na rozprawie, a zarzuty, które podlegałyby odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, pozostawia bez rozpoznania merytorycznego.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w całości, jednak uznała, że zarzuty wskazane w pkt I.1 i I.3 odwołania, tj.:

- 1) zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz
 - 2) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp
- zostały wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, stwierdzić należy, że jest on konsekwencją uznania przez Odwołującego, że wykonanie zamówienia przez Przystępującego prowadziłoby do naruszenia przysługujących Odwołującemu praw własności przemysłowej, w tym praw do know-how, co uprawniałoby go do żądania m.in. zaniechania naruszeń jego praw, co z kolei powinno skutkować unieważnieniem postępowania z uwagi na brak interesu publicznego w udzieleniu zamówienia, które nie może zostać wykonane oraz brak interesu publicznego w wydatkowaniu środków publicznych na udzielenie takiego zamówienia. Naruszenie praw Odwołującego miałyby być związane z wykorzystaniem wyników prac rozwojowych, które wcześniej były prowadzone, dotyczących drugiego prototypu pralni polowej w kontenerze – NEPTUN 2, a zostały zawarte w orzeczeniu nr 30/STLąd/2012, do czego, jak wskazał Odwołujący, wykonawca realizujący zamówienie byłby zobowiązany. Odwołujący podkreślał przy tym, że Zamawiający nigdy nie nabył praw do pierwszego i drugiego prototypu pralni polowej w kontenerze kryptonim NEPTUN 2 w postaci know-how oraz praw do wynalazków.

Izba wskazuje, że już w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 maja 2014 roku pod numerem 2014/S 091-159496 w Sekcji II *Przedmiot zamówienia* pkt II.1.5 Zamawiający wskazał, że: „*Podstawą merytoryczną realizacji pracy rozwojowej są zatwierdzone przez Szefa Inspektoratu Uzbrojenia w dniu 14.03.2014 r., „Założenia Taktyczno-Techniczne (ZTT) na Pralnię polową w kontenerach – kryptonim NEPTUN 2” wykonaną na bazie dwóch kontenerów 20 stopowych serii 1 C wg ISO. Przy opracowywaniu wyrobu Zamawiający udostępni Wykonawcy wyniki dotychczas prowadzonej pracy rozwojowej (orzeczenie nr 30/STLąd/2012 z dnia 19.6.2012 r. z badań kwalifikacyjnych drugiego prototypu pralni polowej w kontenerze oraz dokumentację techniczną do wykonania partii próbnej – pralni w jednym kontenerze 20 stopowym serii 1 C wg ISO)*”.

Także w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przesłanej wykonawcom wraz z Zaproszeniem do składania ofert wstępnych w pkt III *Opis przedmiotu zamówienia* w ust. 1 pkt 1 lit. b) Zamawiający podał, iż: „*Podczas realizacji pracy rozwojowej Wykonawca wykorzysta wyniki dotychczas prowadzonej pracy rozwojowej zawarte w orzeczeniu Nr 30/STLąd/2012 z dnia 19.06.2012 r. z badań kwalifikacyjnych (państwowych) drugiego prototypu Pralni polowej w kontenerze kryptonim NEPTUN 2, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ oraz Dokumentację Techniczną do wykonania partii próbnej Pralni polowej w kontenerze kryptonim NEPTUN 2, - pralnia w jednym kontenerze 20 stopowym serii 1C wg ISO, stanowiącą załącznik nr 10 do SIWZ*”.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp *Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie: 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania na obecnym etapie postępowania jest spóźniony, ponieważ wiedzę o tym, że w ramach realizacji zamówienia wykonawcy będą zobowiązani do wykorzystania wyników pracy rozwojowej zawartych w orzeczeniu Nr 30/STLąd/2012 z dnia 19.06.2012 r. z badań kwalifikacyjnych (państwowych) drugiego prototypu Pralni polowej w kontenerze kryptonim NEPTUN 2, które zdaniem Odwołującego nie zostały na Zamawiającego przeniesione, Odwołujący posiadał już w dacie publikacji ogłoszenia, tj. w dniu 13.05.2014 r. Odwołujący winien był zarzut ten postawić już w związku z opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu, a zatem w terminie 10-dni od daty publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, skoro uważał, że Zamawiającemu nie przysługują prawa do wyników pracy rozwojowej, które miały być wykorzystywane przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Argumentacja Odwołującego, że w postępowaniu nie doszłoby do naruszenia jego praw, gdyby to On wygrał postępowanie, a ponieważ tak się nie stało, to dopiero w tym momencie korzysta On z możliwości złożenia odwołania, jest co najmniej zastanawiająca. Jeżeli według Odwołującego był on jedynym podmiotem, który mógł dane zamówienie zrealizować, to powinien był od początku (tj. od ogłoszenia postępowania) kwestionować choćby dokonany przez Zamawiającego wybór trybu postępowania. Negocjacje z ogłoszeniem, choć nie są trybem podstawowym, to niewątpliwie zakładają możliwość konkurencyjności w postępowaniu więcej niż jednego podmiotu. Tymczasem argumentacja Odwołującego zmierzała do przyjęcia założenia, że jedynym możliwym trybem do zastosowania były tryby niekonkurencyjne, np. tryb zamówienia z wolnej ręki. Tym bardziej uznać należało, że sformułowane w odwołaniu zarzuty są spóźnione.

Za wniesiony po upływie terminu określonego w ustawie Izba uznała również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty przez komisję do przeprowadzenia postępowania, w skład której wchodziła osoba podlegająca wyłączeniu.

Z uzasadnienia odwołania wynika, że okoliczności, które zdaniem Odwołującego wskazywały na konieczność wyłączenia Przewodniczącego komisji przetargowej – pana K. C. były znane Odwołującemu już w dacie 6 października 2014 roku, kiedy to odbyło się

spotkanie w ramach którego prowadzone były negocjacje Zamawiającego z Odwołującym. W trakcie tego spotkania miał się ujawnić negatywny stosunek Przewodniczącego komisji - pana K. C. do Odwołującego, co według Odwołującego świadczyło o tym, że pomiędzy Przewodniczącym komisji przetargowej a Odwołującym zaistniał stosunek faktyczny tego rodzaju, iż może on budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności Przewodniczącego komisji - pana K. C. .

Zatem, już w dniu 6 października 2014 roku zaistniały okoliczności, które stanowiły, zdaniem Odwołującego, podstawę do wyłączenia przewodniczącego Komisji. Pan K. C. nie został jednak wyłączony z podejmowania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego, również Odwołujący nie wnosił na wcześniejszym etapie o jego wyłączenie, w związku z czym Izba uznała ten zarzut za spóźniony. Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że termin na wniesienie odwołania w takim zakresie liczyć należy od sporządzenia notatki służbowej, co miało miejsce w grudniu 2014 roku. Sporządzenie notatki ze spotkania, które odbyło się w październiku 2014 roku, jest jedynie czynnością techniczną i nie otwiera na nowo terminu do korzystania ze środków ochrony prawnej. Notatka opisywała jedynie przebieg spotkania, podczas gdy to okoliczności mające miejsce podczas samego spotkania winny być impulsem do złożenia odwołania.

Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i ust. 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Podstawą do skorzystania ze środka ochrony prawnej było spotkanie Zamawiającego i Odwołującego, nie zaś wtórny do tego wydarzenia opis spotkania.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarówno zarzut wskazany w pkt I.1, tj. zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jak i zarzut wskazany w I.3 odwołania, tj.: zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zostały wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Jednocześnie Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w całości lub w części.

W przypadku bowiem uznania, iż jedynie niektóre z zarzutów podlegałyby odrzuceniu, Izba nie ma podstaw do odrzucenia odwołania jedynie w części, lecz rozpatrując pozostałe zarzuty, które zostały wniesione prawidłowo, jednocześnie pozostawia bez rozpoznania zarzuty podlegające odrzuceniu, choćby z powodu wniesienia ich już po upływie terminu. A skoro brak było takich podstaw, to zarzuty, o których mowa powyżej, Izba pozostawiła bez rozpoznania merytorycznego, a zarzut wskazany w pkt I.2. skierowała do rozpoznania na rozprawie.

Ponadto, Izba ustaliła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest przesłanka posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożoną Izbie przez Zamawiającego, w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, jak również dokumenty załączone przez Odwołującego do odwołania, a także stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione pisemnie oraz przedstawione ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba oddaliła wnioski dowodowe Odwołującego zawarte w odwołaniu, jak i w piśmie procesowym z dnia 14 stycznia 2015 roku, dotyczące zarzutów, które Izba uznała, że zostały podniesione po terminie wynikającym z ustawy (zarzut wskazany w pkt I.1 oraz w pkt I.3 odwołania), jako wnioski zmierzające do przedłużenia postępowania, tj.: wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: R. C., M. G., P. K., A. B., D. S., a także wnioski o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci notatki ze spotkania sporządzonej przez R. C. z dnia 16 grudnia 2014 roku, artykułu w Gazecie Bydgoskiej, pism Rady Pracowników do Ministra Obrony Narodowej z dnia 14 stycznia 2014 roku oraz z dnia 7 lutego 2014 roku, a także pisma Ministra Obrony Narodowej do Rady Pracowników z dnia 4 lutego 2014 roku, jak i oświadczenia Pani D. S. .

Ponadto, Izba oddaliła wnioski dowodowe Odwołującego, zawarte w piśmie z dnia 14.01.2015 r. o przeprowadzenie dowodu z kopii protokołów postępowania wydanych mu w dniach: 4 czerwca 2014 r., 1 lipca 2014 r., 16 grudnia 2014 r. i 8 stycznia 2015 r. oraz pism Zamawiającego z dnia 3, 17, 29 października 2014 roku i 28 listopada 2014 roku w zakresie okoliczności wskazanych przez Odwołującego jako, że zostały one powołane na okoliczności, które nie stanowiły podstaw faktycznych zarzutów, wskazanych w treści odwołania, a zostały podniesione dopiero w toku postępowania odwoławczego.

Izba nie orzekała co do podniesionego w piśmie Odwołującego z dnia 14 stycznia 2014 roku zarzutu naruszenia zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji w zakresie w jakim Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nierzetelne udokumentowanie postępowania oraz wzięcie udziału w postępowaniu przez osobę nieuprawnioną - tj. kierownika Zamawiającego gen. S. S., z uwagi na to, że zarzuty w tym zakresie nie zostały w ogóle podniesione w odwołaniu.

Zgodnie bowiem z art.192 ust. 7 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.*

Rozpatrując zatem odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów, z zastrzeżeniem, o którym była mowa powyżej, podtrzymanych na rozprawie, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Uczestnika postępowania przedstawione na rozprawie, stwierdziła, co następuje.

Zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 85 ust. 5, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w postaci oferty wykonawcy Celtech Sp. z o. o., która nie zawierała oświadczenia o związaniu Celtech Sp. z o. o. tą ofertą, a oświadczenie to zostało przez Celtech Sp. z o. o. w niedopuszczalny sposób uzupełnione dopiero w dniu 5 grudnia 2014 r. tj. oferty złożonej w rzeczywistości po terminie składania ofert (3 grudnia 2014 r.) - nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający w Zaproszeniu do składania ofert z dnia 7 listopada 2014 roku, skierowanym do wykonawców, biorących udział w postępowaniu, w pkt 7 wskazał, że: *Wykonawca zobowiązany jest do złożenia oświadczenia o związaniu ofertą przez okres 60 dni.*

Wykonawca Celtech Sp. z o. o. w dniu 1 grudnia 2014 roku złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Jednak nie załączył do niej oświadczenia o związaniu ofertą, takie też oświadczenie nie wynikało z treści formularza oferty. W formularzu ofertowym zostało zawarte oświadczenie, że wykonawca zapoznał się z wszystkimi postanowieniami SIWZ, w tym z istotnymi umowami oraz z warunkami płatności. Termin składania ofert upływał z dniem 3 grudnia 2014 roku godz. 11.00. Nie było sporne między Stronami, że do dnia upływu składania ofert wykonawca ten nie złożył stosownego oświadczenia. Złożył je dopiero w dniu 5 grudnia 2014 roku, w związku z wezwaniem Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2014 roku, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia brakującego oświadczenia. Odwołujący wykazywał, że oświadczenie o związaniu ofertą przez wymagany okres, stanowi konstytutywny element oferty. Brak takiego oświadczenia, zdaniem Odwołującego, miałby świadczyć o nieistnieniu oferty, a ponadto oświadczenia takiego zdaniem Odwołującego nie można uzupełnić. Natomiast uzupełnienie przez wykonawcę tego oświadczenia w dniu 5 grudnia 2014 roku, tj. już po dniu, w którym upłynął termin składania ofert, wskazywałoby na złożenie oferty po upływie terminu.

Skład orzekający Izby nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego i przedstawioną przez niego argumentacją.

Przede wszystkim, w ocenie Izby, związanie wykonawcy ofertą na okres wskazany przez Zamawiającego w zaproszeniu do składania ofert następuje z mocy samego prawa (ex lege) przez fakt, że wykonawca złożył ofertę w danym postępowaniu. Należy zauważyć, że mimo pewnych odrębności występujących w trybie negocjacji z ogłoszeniem, przepisy Rozdziału 4 ustawy Pzp mają zastosowanie także do tego trybu.

Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp *wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia*, przy czym w trybie negocjacji z ogłoszeniem – na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - termin ten wynika z zaproszenia do składania ofert.

Z kolei przepis art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, określa początek biegu terminu, wskazując, że *bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert*. Zauważyć też należy, że na podstawie art. 84 ust. 1 ustawy Pzp *wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofa ofertę*.

W przedmiotowym postępowaniu termin związania ofertą, określony przez Zamawiającego w pkt 7 Zaproszenia do składania ofert, wynosił 60 dni. Wykonawca - Celtech Sp. z o. o. - nie złożył oświadczenia, które byłoby niezgodne z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego.

W ocenie Izby należało uznać, że wykonawca jest związany ofertą na okres wskazany w zaproszeniu do składania ofert z mocy samego prawa, bez konieczności składania odrębnego oświadczenia. Takie dodatkowe oświadczenie stanowi element konieczny dopiero w przypadku przedłużenia terminu związania ofertą.

Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 24 sierpnia 2009 r. wydany w sprawie o sygnaturze X Ga 213/09, w którym Sąd ten wskazał, że *„Także w ocenie Sądu Okręgowego, jeżeli w siwz został określony termin związania ofertą (zgodnie z art. 85 ust. 1 pkt 1-3 Pzp), to już z art. 85 ust 1 i 5 Pzp wynika, że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się z upływem terminu składania ofert, a wykonawca jest związany ofertą do upływu tego terminu. W tej sytuacji okres związania wykonawcy ofertą wynika z przepisu ustawy i jest niezależny od dodatkowo złożonego oświadczenia wykonawcy w tym zakresie. Dodatkowe oświadczenie wykonawcy niezbędne jest w przypadku przedłożenia terminu związania ofertą ponad termin wskazany w siwz (art. 85 ust. 2 i 3 Pzp). Z tego względu nie było podstaw do uwzględnienia zarzutu skargi wskazującego na naruszenie art. 85 ust. 1 Pzp.”*

Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 października 2010 r. w sprawie o sygn. akt 2234/10, stwierdzając, że *„Fakt związania wykonawcy ofertą przez okres ustalony przez zamawiającego następuje zatem ex lege, przez sam fakt złożenia*

oferty. Skoro zatem przystępujący znając postanowienia siwz, przewidujące 60-dniowy termin związania ofertą, złożył ofertę, to związał się nią wobec zamawiającego na cały wymagany okres.”. Z kolei w wyroku z dnia 24 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 893/09 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „nie może ulegać wątpliwości, że sam fakt złożenia oferty jest równoznaczny z akceptacją treści SIWZ” (także w tym wyroku chodziło m.in. o kwestie braku oświadczenia o terminie związania ofertą). Izba zajęła się kwestią braku oświadczenia o terminie związania ofertą także w wyroku z dnia 16 października 2014 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2054/14, gdzie zważyła, iż: „Skoro wykonawca wybrany uznał się za związanego wszystkimi określonymi w siwz zasadami i postanowieniami, a rozdział 1 pkt 13 siwz zawierał postanowienia dotyczące wymaganego przez zamawiającego terminu związania ofertą, to słusznie zamawiający uznał, że wykonawca czuje się związany postanowieniami siwz o terminie związania ofertą, określającymi ten termin na 60 dni. To, że rozumowanie zamawiającego było prawidłowe potwierdziło także oświadczenie wykonawcy wybranego z dnia 17 września 2014 r., w który oświadczył on o przedłużeniu terminu związania ofertą i przedłużeniu ważności wadium, zatem składając ofertę składał ją uznając się za związanego ofertą przez okres wymagany w siwz. Tym samym Izba w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ani art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy.”.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że wykonawca Celtech Sp. z o. o. przez sam fakt złożenia oferty uznał się za związanego tą ofertą w okresie wskazanym w Zaprośzeniu do składania ofert, co potwierdza dodatkowo fakt, że w dniu 5 grudnia 2014 roku złożył oświadczenie o związaniu tą ofertą. Niemniej jednak takie oświadczenie nie stanowi elementu konstytutywnego oferty, jak twierdzi Odwołujący, gdyż fakt związania ofertą wynika z mocy samego prawa, tj. z przepisu art. 85 ust. 1 i ust. 5 ustawy Pzp. Tylko i wyłącznie w sytuacji, gdyby wykonawca złożył oświadczenie sprzeczne z treścią pkt 7 Zaprośzenia do składania ofert, byłyby podstawy do czynienia zarzutu z tego powodu.

Izba uznała, że Przystępujący złożył ofertę zgodną z przepisami ustawy i wymaganiami SIWZ, której integralną część stanowi Zaprośzenie do składania ofert.

Co do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. bezpodstawnego wezwania do uzupełnienia dokumentu w postaci oświadczenia o terminie związania ofertą Izba uznała, że Zamawiający naruszył w tym przypadku przepisy ustawy. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby*

unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Oświadczenie o związaniu ofertą nie jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ nie jest to oświadczenie, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienie wymagań określonych przez zamawiającego przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań. Tym bardziej nie jest dokumentem pełnomocnictwa.

Niemniej jednak, powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania, z uwagi na stanowisko Izby zaprezentowane powyżej. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Skoro Izba nie stwierdziła naruszeń przepisów ustawy Pzp, spełniających przesłanki wymienione w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, to odwołanie należało oddalić.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 lit. a) oraz § 5 ust.4 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].

Przewodniczący:

.....

.....