

WYROK

z dnia 27 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 maja 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2014 r.

przez wykonawcę: **PerkinElmer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa spektrometru ICP-OES dla Katedry Biochemii i Chemii Medycznej Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie* (nr postępowania DZP/14/PN</2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie**

przy udziale wykonawcy: **Spetro-Lab sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: PerkinElmer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: PerkinElmer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2.** zasądza od **odwołującego: PerkinElmer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **zamawiającego: Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie** kwotę **2247 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście czterdzieści siedem złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów stawiennictwa na wyznaczone posiedzenie.

Sygn. akt KIO 949/14

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa spektrometru ICP-OES dla Katedry Biochemii i Chemii Medycznej Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie* (nr postępowania DZP/14/PN</2014).

14 lutego 2014 r. ogłoszenie tym o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 53270-2014, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.pum.edu.pl), na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 290.000,00 zł, co stanowi równowartość 72.146,48 euro.

8 maja 2014 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – PerkinElmer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {spółce zwanej również dalej w skrócie „PerkinElmer”} – zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Spectro-Lab sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach.

13 maja 2014 r. Odwołujący wniósł odwołanie (pismem z 12 maja 2014 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {zarzuty}:

1. Art. 87 ust. 1 – przez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i całości oferty Odwołującego.
2. Art. 89 ust.1 pkt 2 – przez odrzucenie oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej postawionym w treści SIWZ wymaganiom, w sytuacji gdy urządzenie Odwołującego jako jedyne w pełni te wymagania spełnia, a tym samym przy braku podstaw prawnych i faktycznych do dokonania tej czynności.
3. Art. 89 ust.1 pkt 1 oraz 85 ust. 3 w zw. z art. 14 , 56 kodeksu cywilnego {„kc”} oraz art. 65 § 1 i 2 kc – przez nieprawidłową interpretację oświadczenia woli złożonego przez Odwołującego w zakresie związania ofertą, a w konsekwencji doprowadzenie do

Sygn. akt KIO 949/14

odrzućenia oferty Odwołującego przy braku podstaw do jej dokonania.

4. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 – przez uznanie, że oferta Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {żądania}:

1. Unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez Spectro-Lab sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach jako oferty najkorzystniejszej.
2. Dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Ad 1 {naruszenie art. 87 ust. 1 pzp}

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 pzp, gdyż nie ocenił w sposób rzetelny całości oferty Odwołującego, a skoncentrował się jedynie na jej wybiórczej analizie. Mimo kompleksowych wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego, Zamawiający nie dokonał ich właściwej oceny.

Ad 2 {naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp}

Zdaniem Odwołującego Zamawiający odrzucił jego ofertę w oparciu o nieprawidłowe ustalenie, że nie spełnia ona wymogów SIWZ, tj. dostępu do 90% widma. Zamawiający nie uznał wyjaśnień przedstawionych w pismach z 21.03.2014 r. oraz 18.04.2014 r., pomimo jasnej deklaracji, że aparat oferuje dostęp do 100% linii analitycznych. Swoją opinię Zamawiający oparł na własnej interpretacji schematu zamieszczonego w broszurze, mylnie określanego jako zdjęcie, oraz rozumieniu dostępu do widma jako konieczności pomiarów w obszarach, w których żaden spektrometr ICP-OES nie pracuje.

Odwołujący zauważył, że opis parametru tak rozumiany, jak to przedstawiono w piśmie Zamawiającego wskazuje, nie ma żadnego wpływu zarówno na pracę urządzenia, jak i otrzymywane wyniki. Mimo tego parametr ten, a w zasadzie różnica w jego interpretacji została uznana za merytoryczną i istotną. Według Odwołującego biorąc pod uwagę charakter i przeznaczenie urządzenia nie sposób było przyjąć takiej interpretacji zarówno na etapie przygotowania oferty na podstawie SIWZ, jak również decyzji o odrzuceniu oferty.

Odwołujący oświadczył, że jego urządzenie wykonawcy spełnia wszystkie wymagania nałożone przez SIWZ.

Ad 3 {naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp oraz 85 ust. 3 pzp w zw. z art. 14 pzp, art. 56 kc oraz art. 65 kc}

W ocenie Odwołującego stwierdzenie przez Zamawiającego, że PerkinElmer nie przedłużył samodzielnie terminu związania ofertą, a w konsekwencji odrzucenie oferty,

stanowi naruszenie przepisów zarówno ustawy pzp, jak i kodeksu cywilnego, który znajduje zastosowanie w sposób pośredni.

Jak podniósł Odwołujący, nie ulega wątpliwości, że 2 w piśmie z 24 marca 2014 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni, stosownie do wniosku Zamawiającego. Według Odwołującego należy zatem przeanalizować charakter złożonego przez niego oświadczenia woli. Celem PerkinElmer było utrzymanie ważności związania ofertą, tak długo, jak będzie to konieczne, aż do zakończenia postępowania. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie może zarzucać mu braku kolejnego przedłużenia tego terminu, gdyż wynika ono także z zasad współżycia społecznego oraz zwyczaju. W sytuacji, gdyby PerkinElmer chciał wycofać swoją ofertę, dokonałby tego, ale bez wątplenia nie było to jego wolą. Co więcej, dostosował się do propozycji Zamawiającego.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił {jak to oświadczył} po raz kolejny, że wydłuża termin związania ofertą.

Ad 4 {zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 }

Odwołujący stwierdził, że skoro Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Spectro-Lab sp. z o.o., tym samym można wnioskować *a contrario*, że nie uznał oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, co narusza art. 91 ust. 1 pzp.

Odwołujący podał, że w pkt 2 załącznika nr 2 *Zestawienie Parametrów Techniczno-Użytkowych Przedmiotu Zamówienia* Zamawiający określił podstawową cechę spektrometru zapisem: *..Spektrometr emisyjny równoczesny*, dodając, że *...zapewnia jednoczesny dostęp do linii emisyjnych: analizowanych pierwiastków, pierwiastków stosowanych jako wzorce wewnętrzne, pierwiastków stosowanych do międzypierwiastkowej korekcji interferencji*.

Odwołujący zarzucił, że zaoferowany przez Spectro-Lab aparat – model iCap produkcji Thermo Fisher Scientific – nie jest aparatem równoczesnym i nie zapewnia jednoczesnego dostępu do wymaganych linii emisyjnych. Według Odwołującego wynika to z konstrukcji urządzenia: wykonanie pomiaru w zakresie UV i w zakresie widzialnym (VIS) wymaga zmiany ustawienia elementów optyki aparatu, dlatego równoczesny pomiar jest fizycznie niemożliwy. W praktyce, aby zmierzyć wszystkie linie emisyjne aparat iCap wykonuje sekwencję pomiaru dla zakresu UV, a następnie VIS, co łatwo zaobserwować po wydłużonym czasie pomiaru. Ponieważ zaoferowany aparat jest urządzeniem sekwencyjnym i jako taki nie spełnia podstawowego wymogu SIWZ, zatem zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oferta Spectro-Lab powinna zostać odrzucona. Odwołujący dodał, że potwierdzenie faktu niespełnianie przez urządzenie Spectro-Lab wymogu równoczesności znalazło odzwierciedlenie w wyroku Szwedzkiego Sądu Okręgowego z 26 listopada 2008 {który wraz z tłumaczeniem uzasadnienia został do odwołania}.

Zamawiający nie złożył do otwarcia rozprawy odpowiedzi na odwołanie.

16 maja 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo z 15 maja 2014 r., zawierające zgłoszenie przez Spetcro-Lab sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz przy spełnieniu wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania, z tym że Przystępujący podniósł konieczność oddalenia odwołania z powodu braku interesu we wniesieniu odwołania w sytuacji, gdy w chwili jego wnoszenia Odwołujący nie był związany złożoną ofertą, gdyż nie przedłużył terminu jej związania.

Izba nie skierowała jednak do rozpatrzenia na rozprawie zarzutów, których Odwołujący nie mógł podnieść z uwagi na art. 180 ust. 2 pzp. Zgodnie z tym przepisem jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego. Ponieważ przedmiotowe postępowanie zamówieniowe prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego i znajduje się na etapie po otwarciu złożonych ofert, Odwołujący mógł wnieść odwołanie wyłącznie od eliminujących go z tego postępowania czynności Zamawiającego, co też uczynił, kwestionując zasadność odrzucenia złożonej przez siebie oferty. Jednakże z mocy decyzji ustawodawcy wyrażonej w art. 180 ust. 2 pzp nie podlegają rozpatrzeniu przez Izbę zarzuty odwołania w zakresie, w jakim dotyczą rezultatów badania

i oceny złożonej przez Przystępującego oferty, która została wybrana przez Zamawiającego. Odwołujący nie może zatem skutecznie zarzucać bezpośrednio czy pośrednio, że oferta złożona przez Spectro-Lab podlega odrzuceniu. Nie ma przy tym znaczenia, że w odwołaniu zostało to sformułowane w ramach zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 pzp w zw. z art. 2 pkt 5 pzp, przy czym, jak to już powyżej wskazano, art. 180 ust. 2 pzp nie przewiduje możliwości odwołania się od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W konsekwencji zarzut, że Zamawiający nie mógł wybrać oferty Spectro-Lab z uwagi na niezgodność jej treści z treścią s.i.w.z., pozostaje poza granicami rozpoznania Izby w tej sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników postępowania odwoławczego (Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego), uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, piśmie Przystępującego z 27 maja 2014 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z., oferty Odwołującego, wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą oraz przesłanego w odpowiedzi pisma Odwołującego, a także z protokołu postępowania.

Izba ustaliła, że bieg 30-dniowego terminu związania ofertą rozpoczął się 25 lutego 2014 r. wraz z upływem terminu składania ofert.

Pismem z 21 marca 2014 r. Zamawiający – wskazując, że działa na podstawie art. 85 ust. 3 ustawy pzp – zwrócił się do obu wykonawców (Odwołującego i Przystępującego) o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni tj. do 25 kwietnia 2014 r.

W piśmie z 24 marca 2014 r. Odwołujący oświadczył, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 21 marca 2014 r., zgadza się na wydłużenie terminu związania ofertą o 30 dni, równocześnie przedłuża okres ważności wadium, również o okres 30 dni.

Zamawiający rozstrzygnął prowadzone postępowanie 8 maja 2014 r.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Odwołujący nie wyraził woli przedłużenia terminu związania złożoną ofertą, która przestała go wiązać zanim Zamawiający rozstrzygnął prowadzone postępowanie. Odwołujący zarzucił nieprawidłową interpretację złożonego przez niego oświadczenia woli w zakresie związania ofertą, choć jednocześnie przyznał, że w piśmie z 24 marca 2014 r. wyraził zgodę na przedłużenie pierwotnego terminu związania ofertą o 30 dni, a następnie nie kierował już żadnych pism do Zamawiającego. Nie wiadomo zatem na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego art. 85 ust. 2 pzp {na wstępie odwołania błędnie wskazano art. 85 ust. 3 pzp, który odnosi się do braku możliwości zatrzymania wadium w razie niewyrażenia zgody na wniosek zamawiającego o przedłużenie terminu związania ofertą}. Z jednej strony Zamawiający skorzystał z przyznanego uprawnienia do jednokrotnego zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, w tym przypadku o 30 dni. Z drugiej strony Odwołujący wyraził na to zgodę, ale następnie nie skorzystał z możliwości samodzielnego dalszego przedłużenia terminu związania ofertą. Skoro Odwołujący w treści pisma z 24 marca 2014 r. wprost oświadczył, że wyraża zgodę na przedłużenie o 30 dni pierwotnego terminu związania ofertą, nie sposób doszukiwać się w tym oświadczeniu wyrażenia woli dalszego przedłużania terminu związania ofertą, jeżeli będzie to konieczne.

W ocenie Izby przedłużenie związania ofertą *na tak długo, na ile będzie to konieczne, aż do zakończenia postępowania* {cytując dokładnie sformułowanie użyte w odwołaniu} nie mogłoby być uznane za odpowiednie określenie terminu końcowego związania ofertą. Termin związania ofertą musi być jednoznacznie i bezwarunkowo określony. Tymczasem Odwołujący nawet w zawartym w odwołaniu oświadczeniu o przedłużeniu terminu związania ofertą nie sprecyzował co konkretnie miałyby to oznaczać, w tym, czy przez zakończenie postępowania rozumie wybór oferty najkorzystniejszej czy też zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Izby wykonawca nie może też zastrzec, że będzie związany ofertą wyłącznie do chwili uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Przed wszystkim tego typu oświadczenie zawarte w odwołaniu jest nie tylko spóźnione, ale i skierowane do niewłaściwego adresata, którym mógł być tylko Zamawiający, a nie Izba. O ile oświadczenia woli wykonawcy składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia podlegają wykładni, o tyle ich istnienie nie może być domniemywane. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter sformalizowany, w szczególności prowadzone jest w formie pisemnej, co sprzyja jego przejrzystości oraz zachowaniu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Z uwagi na przywołane zasady niedopuszczalne jest, aby zamawiający w sytuacji, gdy ustawa wymaga pisemnego oświadczenia wykonawcy, domyślał się z jego zachowania (*per facta concludentia*),

że wymagane oświadczenie zostało złożone. W szczególności, że w rozstrzyganej sprawie Odwołujący domaga się, aby jego bierność po upływie przedłużonego na wniosek Zamawiającego terminu związania ofertą poczytywać jako kolejne, tym razem samodzielne przedłużenie przez niego terminu związania ofertą.

Odwołujący zupełnie bezpodstawnie powołuje się na art. 56 kc oraz art. 65 § 1 i 2 kc. W postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenia woli wykonawcy mogą być interpretowane z zastosowaniem dyrektyw wynikających z przepisów kodeksu cywilnego, w tym z art. 65 § 1 kc, stosownie do odesłania zawartego w art. 14 pzp. Oświadczenie woli należy zatem tłumaczyć z uwzględnieniem zasad współzycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów, właściwych ze względu na okoliczności złożenia tego oświadczenia. Z kolei z art. 56 kc wynika, że czynności prawna wywołuje skutki prawne nie tylko w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z zasad współzycia społecznego i ustalonych zwyczajów. Jednakże Izbie nie są znane zwyczaje, ani zasady współzycia społecznego, które pozwalałyby na dokonanie takiej interpretacji, jakiej chciałby Odwołujący. W szczególności nie stanowi przedmiotu zasad współzycia społecznego ani ustalonego zwyczaju przyjęte przez Odwołującego założenie, że jeżeli wykonawca złoży ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a następnie wyrazi zgodę zamawiającemu na przedłużenie terminu związania o oznaczony okres, należy to poczytywać za wydłużenie tego terminu na okres nieoznaczony. Z jednej strony oświadczenie o przedłużeniu terminu związania oferty o 30-dni jest jednoznaczne i nie ma zasad współzycia społecznego czy ustalonych zwyczajów, które pozwalałyby je inaczej zinterpretować. Z drugiej strony w sytuacji niezłożenia w ogóle oświadczenia woli, bezprzedmiotowe jest powoływanie się na wskazane powyżej przepisy kodeksu cywilnego.

Reasumując, ponieważ Odwołujący nie oświadczył Zamawiającemu ani wprost, ani pośrednio woli przedłużenia terminu związania ofertą, bezpodstawnie zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 85 ust. 2 pzp czy przywołanych powyżej przepisów kodeksu cywilnego, które w ogóle nie znajdują zastosowania w okolicznościach sprawy.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że w momencie dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołujący nie był nią już związany.

Zarówno doktryna jak i orzecznictwo sądów powszechnych potwierdza cywilistyczny charakter przepisów zawartych w ustawie prawo zamówień publicznych. Przepisy ustawy pzp należy traktować jako *lex specialis* w stosunku do regulacji zawartych w kodeksie cywilnym, a w przypadku braku unormowania konkretnej kwestii w ustawie pzp, zgodnie

z art. 14, znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Wskazuje się, że ustawa o zamówieniach publicznych, będąca w przeważającej części aktem funkcjonalnym, nie tylko nie wyłącza stosowania przepisów kodeksu cywilnego, ale wręcz nakazuje je stosować. Regulacja zawarta w art. 14 pozwala na bezpośrednie przeniesienie przepisów kodeksu cywilnego do postępowania, co w sprawach wątpliwych czy wręcz nieuregulowanych jednoznacznie, przesądza o kierunku interpretacji czy o sposobie dokonywania czynności {tak: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 14, Wyd. 12, Warszawa 2013, P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art.14 Wyd. 3, Warszawa 2012 oraz powołane tam: wyrok SO w Warszawie z 20 stycznia 2004 r., V Ca 2344/03, niepubl., wyrok SO we Wrocławiu z 15 czerwca 2005 r., II Ca 512/05, niepubl.}.

Ponieważ czynności dokonywane w toku postępowania, jak i umowy będące rezultatem postępowania mają charakter cywilnoprawny, ofertę wykonawcy oraz wygaśnięcie związania ofertą rozpatrywać należy na gruncie art. 66 kc. Z unormowania tego wynika, że ofertę stanowi każde oświadczenie woli stanowiące skierowaną do innej osoby stanowczą propozycję zawarcia umowy wraz z określeniem istotnych dla przyszłej umowy postanowień. Natomiast związanie ofertą polega na tym, że adresat oferty (oblat) może przez przyjęcie oferty doprowadzić do zawarcia umowy o treści określonej w ofercie. W okresie, w którym oferta wiąże oferenta, zawarcie umowy zależy wyłącznie od decyzji jej adresata. Oferent nie ma więc wpływu na zawarcie umowy, choćby jego zamiar uległ po złożeniu oferty zmianie. Przedstawiciele doktryny prawa cywilnego prezentują przy tym jednoznaczne stanowisko, że stan związania ofertą jest immanentnym elementem konstrukcyjnym oferty {vide: Komentarz do art. 66 kodeksu cywilnego, [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda, *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, LEX, 2009; Komentarz do art. 66, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wyd. 5, Warszawa 2013; B. Gawlik: *Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego*, art. 66 - 72 kc, Kraków 1977, s. 12 i n}. Związanie oferenta trwa tylko przez oznaczony czas, po upływie którego oferta wygasa. Termin związania ofertą jest najczęściej oznaczany przez samego oferenta, a w braku takiego oznaczenia określają go właściwe przepisy (art. 66 § 2 kc).

Na gruncie ustawy pzp art. 85 ust. 1 - 4 nie wyłącza stosowania ogólnych zasad związania oferta wynikających z przepisów kodeksu cywilnego. Czyni to jedynie ust. 5 art. 85, który odmiennie od uregulowań kodeksu cywilnego wskazuje sposób liczenia rozpoczęcia biegu terminu związania ofertą, a mianowicie od upływu terminu składania ofert. Z kolei w art. 85 ust. 1 przewidziana jest modyfikacja reguły z art. 66 kc jedynie co do

podmiotu wyznaczającego pierwotny okres związania ofertą, gdyż obowiązek ten został przesunięty ze składającego ofertę (wykonawcy) na jej adresata (zamawiającego). Ponadto w ust. 2 art. 85 pzp została również wprowadzona możliwość przedłużenia terminu związania ofertą na wniosek zamawiającego, jak i samodzielnie przez wykonawcę. Zakres zmian w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego, w szczególności art. 66 kc został w ten sposób jasno i klarownie wskazany, a w pozostałym zakresie ogólna zasada związania ofertą wynikająca z przepisów kodeksu cywilnego pozostaje bez zmian. W ramach postępowań o udzielenie zamówienia pozostaje zatem aktualne, że istnienie stanu związania ofertą jest koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty, a skutki wygaśnięcia związania ofertą należy oceniać w oparciu o normy kodeksu cywilnego.

Zwrócić również należy na kierunek zmian ustawodawczych, które zachodziły na przestrzeni ostatnich lat w art. 85 pzp. Do czasu nowelizacji z 2008 r. art. 85 ust. 2 pzp przewidywał możliwość przedłużenia terminu związania ofertą jedynie z inicjatywy zamawiającego. W obecnym brzmieniu wykonawca również samodzielnie może przedłużyć termin związania ofertą, a zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Wydaje się, że ustawodawca dostrzegł, że dotychczas jedynie od woli zamawiającego zależało, czy faktycznie wykonawca będzie związany ofertą po upływie pierwotnie określonego terminu związania, co mogło rodzić komplikacje w przypadku braku podejmowania przez zamawiającego inicjatywy w celu wyeliminowania wykonawcy z udziału w postępowaniu. Dokonana zmiana art. 85 powierzająca wykonawcy możliwość samodzielnego przedłużania okresu związania ofertą, nieograniczoną liczbę razy, przy nieograniczaniu liczby tej czynności wskazuje, że ustawodawca dostrzega prawną doniosłość i potrzebę występowania elementu związania ofertą w momencie dokonywania wyboru przez zamawiającego. W przeciwnym razie wprowadzenie regulacji przedłużania okresu związania byłoby zbędne, skoro wykonawcy i bez takiego przedłużenia mogliby liczyć na pozostawanie ich oferty w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący jako profesjonalista winien dochować należytej staranności i zadbać o to, aby jego oferta wiązała w czasie, gdy Zamawiający będzie rozstrzygał prowadzone postępowanie. Nie ulega wątpliwości, że to Odwołujący uchybił art. 85 ust. 2 pzp, gdyż mógł złożyć oświadczenie, że czuje się związany ofertą, miał ku temu czas i sposobność, a wbrew ustawie pzp tego nie uczynił. Natomiast Zamawiający wyczerpał swoje możliwości inicjowania przedłużania terminu związania ofertą, gdyż już raz wzywał wykonawców do jego przedłużenia o 30-dni. Skoro przedłużenie to okazało się być niewystarczające, Odwołujący mógł i powinien samodzielnie, z własnej inicjatywy dokonać

kolejnego przedłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący nie dochował należytej staranności i w rezultacie jego oferta nie mogła być brana pod uwagę wyborze przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Izby wybór oferty Odwołującego, której termin związania wygasł, pozostawałby w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp. Prowadziłby bowiem do nieuprawnionego zrównania sytuacji Przystępującego, który znajduje się w okresie związania ofertą i jest zobligowany do zawarcia umowy, a w przeciwnym wypadku zagrożony jest utratą wadium czy też roszczeniem odszkodowawczym, z Odwołującym, który choć mógłby podpisać umowę, jednak ewentualna odmowa nie narażałaby go na żadne negatywne konsekwencje.

Zdaniem Izby prawidłową podstawę prawną odrzucenia oferty wykonawcy stanowi art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp, gdyż oferta złożona przez Odwołującego z racji nieprzedłużenia terminu związania jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, gdyż w świetle art. 66 § 2 kc wygasła. Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty wykonawcy wskazał art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp, zgodnie z którym należy odrzucić ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą, przez którą należy rozumieć ustawę pzp. Skoro związanie ofertą jest elementem konstrukcyjnym oferty, właściwe jest zastosowanie instytucji odrzucenia z art. 89 ust. 1 pzp, która dotyczy różnych wad ofert składanych przez wykonawców. Odmiennie podana w zawiadomieniu podstawa prawna odrzucenia oferty nie wpływa na skuteczność dokonanej czynności, zwłaszcza wobec podania odpowiedniego uzasadnienia faktycznego, które umożliwiło Odwołującemu zakwestionowanie decyzji Zamawiającego przez skorzystanie ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Jednakże skoro zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp, dochodzi tu do pewnego paradoksu. Z powyższej regulacji wywodzi się konieczność kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek w chwili wniesienia odwołania: interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej oraz szkody, która jest wynikiem zarzucanego zamawiającemu naruszenia przepisów pzp. O ile zatem Odwołujący niewątpliwie ma interes w uzyskaniu zamówienia w postępowaniu, w którym złożył ofertę, o tyle nie może już ponieść szkody, gdyż wobec upływu przed wniesieniem odwołania terminu związania ofertą nie może ona zostać wybrana, a w konsekwencji Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia.

Z drugiej strony nie sposób odmówić Odwołującemu możliwości weryfikacji prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty właśnie z powodu upływu terminu związania. Zdaniem składu orzekającego Izby w takiej sytuacji dochodzi do swoistego nałożenia się badania przez Izbę zarówno legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania, która wynika z art. 179 ust. 1 pzp, jak i zasadności czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty, gdyż w obu przypadkach podstawą oceny jest ta sama okoliczność istnienia stanu związania Odwołującego ofertą złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący uzyskał zatem możliwość zweryfikowania, czy Zamawiający nie uchybił przepisom ustawy pzp przez odrzucenie jego oferty z powołaniem się na brak związania złożoną ofertą.

Jednoczesne potwierdzenie zarówno braku możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody, jak i zasadności odrzucenia jego oferty z uwagi na brak związania ofertą, czyni zbędnym rozstrzygnięcie o zasadności odrzucenia przez Zamawiającego oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z. Tym niemniej Izba zauważa, że w istocie Odwołujący zmierzał do zakwestionowania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagania, aby system optyczny spektrometru ICP-OES zapewniał dostęp do co najmniej 90% widma w oferowanym zakresie {pkt 8 lit. e załącznika nr 2 do s.i.w.z.}. Wypełniając załącznik nr 2 Odwołujący, co prawda, potwierdził spełnianie przez system optyczny oferowanego spektrometru ICP-OES Optima 8300 produkcji PerkinElmer Inc. wymagania dostępu do co najmniej 90% widma w oferowanym zakresie spektralnym 166-782 nm, jednak *de facto* nie spełnia takiego wymagania, a oferuje rozwiązanie równoważne, co wynika w szczególności z wyjaśnień, które udzielił Zamawiającemu w piśmie z 18 kwietnia 2014 r. Odwołujący winien zatem w stosownym czasie domagać się zmiany opisu przedmiotu zamówienia przez dopuszczenie rozwiązania równoważnego dla opisanego w lit. e pkt 8 załącznika nr 2 do s.i.w.z.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy pzp, a także na podstawie § 3 pkt 1 i 2 lit. a i § 5 ust. 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) – obciążając Odwołującego

Sygn. akt KIO 949/14

kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów stawiennictwa na wyznaczone posiedzenie Izby, które zostały wykazane rachunkami złożonymi do zamknięcia rozprawy. Izba uznała jednak, że sprawa nie wymagała udziału dwóch pełnomocników, stąd zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego koszty wynagrodzenia jednego pełnomocnika Zamawiającego.

Przewodniczący: