

**WYROK**

**z dnia 19 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2012 r. przez **Instytut Badawczo-Szkoleniowy Sp. z o.o., ul. Artleryjska 3K, 10-165 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich, Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSDB Sp. z o.o., oraz Young Digital Planet S. A., adres pełnomocnika: ul. Sienna 75, 00-833 Warszawa** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich, Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Instytut Badawczo-Szkoleniowy Sp. z o.o., ul. Artleryjska 3K, 10-165 Olsztyn tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza od **Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich, Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa** na rzecz **Instytutu Badawczo-Szkoleniowego Sp. z o.o., ul. Artleryjska 3K, 10-165 Olsztyn** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 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:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich, Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Wdrożenie usług polegających na przygotowaniu, organizacji i przeprowadzenia szkoleń w formule blended learning dla 630 pracowników Instytucji Rynku Pracy oraz Jednostek Organizacyjnych Pomocy Społecznej”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 21 marca 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 marca 2012 r. pod numerem 2012/S 59-096306.

Wykonawca - Instytut Badawczo-Szkoleniowy Sp. z o.o., ul. Artleryjska 3K, 10-165 Olsztyn (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 5 października 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego,
- art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, art. 84 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 61 § 1 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu dwie oferty,
- zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert,
- nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, nie zgodził się z argumentacją, że istnieje podstawa do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W dniu 25 września 2012 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ (rozdział 5, pkt 5.4) *„Zmiany lub wycofanie winny być doręczane - Zamawiającemu na piśmie przed upływem terminu składania ofert. Oświadczenie o wprowadzeniu zmian lub wycofaniu winno być opakowane tak jak oferta, a koperta zawierać dodatkowe oznaczenie wyrazami odpowiednio: „ZMIANA” lub „WYCOFANIE”*. Pismo wykonawcy zawierające oświadczenie woli o wycofaniu jego pierwszej oferty zostało złożone w kopercie razem z drugą ofertą. Zgodnie z art. 86 ust. 1 ustawy Pzp *„Z zawartością ofert nie można zapoznać się przed terminem otwarcia ofert”*. W związku z powyższym Zamawiający zapoznał się z tym oświadczeniem dopiero w momencie dokonywania czynności otwarcia ofert. Ten moment (otwieranie ofert) należy traktować jako chwilę kiedy oświadczenie woli o wycofaniu oferty Wykonawcy dotarło do adresata (Zamawiającego). Zgodnie z art. 61 § 1 kodeksu cywilnego *„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”*. Zatem wykonawca Instytut Badawczo Szkoleniowy Sp. z o.o. nie wycofał skutecznie pierwszej złożonej oferty, a jednocześnie złożył kolejną w skutek czego doszło w jego przypadku do złożenia dwóch ofert. Zgodnie zaś z treścią art. 82 ust. 1 ustawy Pzp *„Wykonawca może złożyć jedną ofertę”*. Złożenie większej liczby ofert przez tego samego wykonawcę skutkuje koniecznością odrzucenia przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp wszystkich z nich jako niezgodnych z ustawą, gdyż złożenie każdej będzie złamaniem przepisu art. 82 ust. 1 ustawy Pzp.

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego stała się przedmiotem niniejszego odwołania, wniesionego w dniu 5 października 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSDB Sp. z o.o., oraz Young Digital Planet S. A., adres pełnomocnika: ul. Sienna 75, 00-833 Warszawa.

Pismem z dnia 18 października 2012 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, złożone oferty wykonawców - jak również oświadczenia i**

**stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 9 października 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 12 października 2012 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSDB Sp. z o.o., oraz Young Digital Planet S. A., adres pełnomocnika: ul. Sienna 75, 00-833 Warszawa.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSDB Sp. z o.o., oraz Young Digital Planet S. A., adres pełnomocnika: ul. Sienna 75, 00-833 Warszawa (zwani dalej: „Przystępującym”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Rozdział 5: „*Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert, zasady zmiany i wycofania oferty*”:

- pkt 5.4 – Przed upływem terminu składania ofert Wykonawca może wprowadzić zmiany do złożonej oferty lub wycofać ofertę. Zmiana lub wycofanie winny być doręczone

Zamawiającemu na piśmie przed upływem terminu składania ofert. Oświadczenie o wprowadzeniu zmian lub wycofaniu winno być opakowane tak, jak oferta, a koperta zawierać dodatkowe oznaczenie wyrazami odpowiednio: „ZMIANA” lub „WYCOFANIE”. Wykonawca nie może wycofać oferty i wprowadzić jakichkolwiek zmian w treści oferty po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący w dniu 7 maja 2012 r. o godzinie 8.25 złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

W następstwie dokonanych modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) Zamawiający przesunął termin składania ofert na dzień 11 czerwca 2012 r. na godzinę 12.00.

W związku z wprowadzonymi przez Zamawiającego modyfikacjami SIWZ Odwołujący w dniu 11 czerwca 2012 r. o godzinie 8.48 złożył do Zamawiającego aktualną ofertę wraz z wnioskiem o wycofanie oferty złożonej w dniu 7 maja 2012 r. oraz o uwzględnienie oferty złożonej w dniu 11 czerwca 2012 r. Bezspornym jest, że ww. pismo wraz z nową ofertą (z dnia 11 czerwca 2012 r.) zostało złożone w jednej kopercie.

Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 11 czerwca 2012 r. o godzinie 12.15.

Komisja Przetargowa przystąpiła do otwarcia złożonych ofert. Z protokołu z otwarcia ofert wynika, między innymi że:

- 1) oferta nr 2 (oferta złożona w dniu 7 maja 2012 r.) - oferta Odwołującego – oferta wycofana;
- 2) oferta nr 6 (oferta złożona w dniu 11 czerwca 2012 r.) - oferta Odwołującego – oferta z ceną 599.999,00 zł.

Wraz z ofertą nr 6 (złożoną w dniu 11 czerwca 2012 r.) złożono oświadczenie o wycofaniu oferty złożonej w dniu 7 maja 2012 r.

Na kopercie oferty nr 2 – Zamawiający zawarł adnotację: „*To jest prawdopodobnie wycofane?*”, zaś koperta oferty nr 6 nie zawierała dodatkowych oznaczeń odpowiednio: „ZMIANA” lub „WYCOFANIE”.

W dniu 25 września 2012 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.

Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę (art. 84 ust. 1 ustawy Pzp).

Z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu otwarcia ofert (art. 86 ust. 1 ustawy Pzp).

Dokonując analizy przepisów należy stwierdzić, że art. 84 ust. 1 ustawy Pzp przyznaje wykonawcy prawo do zmiany lub wycofania oferty przed upływem terminu składania ofert. Przepis art. 84 ust. 1 ustawy Pzp – jak słusznie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 17 kwietnia 2012 r., sygn. akt XIX Ga 160/12 - poza ograniczeniem czasowym uprawnień wykonawcy do zmiany czy też wycofania oferty, nie zawiera innych ograniczeń.

Z przepisu art. 84 ust. 1 ustawy – wbrew temu co twierdzi Zamawiający i Przystępujący – nie wynika obowiązek informowania Zamawiającego oddzielnym pismem o dokonaniu zmiany lub wycofaniu oferty. Złożenie oferty w kopercie - z odpowiednim jej oznaczeniem, jak również jej zmiana bądź wycofanie jest czynnością materialno - techniczną, zaś to czy faktycznie dokonano zmiany bądź wycofania oferty może w ocenie Izby - jak to ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym - wynikać chociażby ze złożonego przez wykonawcę oświadczenia zawartego w drugiej kopercie wraz z nową ofertą. Istotnym w świetle przepisów ustawy Pzp, jest to aby wykonawca dokonał czynności zmiany lub wycofania przed upływem terminu do składania ofert.

Należy zauważyć, że Ustawa Pzp wprowadza jednak zasadnicze ograniczenie zawarte w przepisie art. 82. Ograniczenie to sprowadza się do stwierdzenia, że wykonawca może złożyć jedną ofertę. Zatem a contrario nie można w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożyć dwóch ofert. Ponadto Zamawiającemu – w świetle przepisu art. 86 ustawy Pzp – uniemożliwia się zapoznania z treścią złożonych ofert przed upływem terminu ich otwarcia.

Zamawiający w praktyce wprowadzają do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwaną: „SIWZ”) postanowienia o charakterze porządkowo - organizacyjnym, z których wynika wymóg, aby koperta z ofertą zmienioną czy też wycofaną zawierała dodatkowe oznaczenie wyrazami odpowiednio: „ZMIANA” lub „WYCOFANIE”.

Jednak niezastosowanie się do tych postanowień nie może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z SIWZ, gdyż przepis ten dotyczy materialnej sfery oferty, nie zaś wymogów formalnych.

Zamawiający nie może również automatycznie dokonać odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – uznając, że doszło do niedopuszczalnego złożenia dwóch ofert przez jednego wykonawcę – nie badając dokładnie okoliczności faktycznych. Złożenie dwóch kopert z adnotacją „*Oferta na wdrożenie usług polegających na przygotowaniu organizacji i przeprowadzeniu szkoleń w formule blended learning dla 630 pracowników instytucji rynku pracy oraz jednostek organizacyjnych pomocy społecznej*” nie można z góry interpretować jako niedopuszczalne złożenie dwóch ofert przez jednego wykonawcę.

Zatem – w ocenie Izby w przypadku wątpliwości - czy doszło do złożenia jednej, czy kilku ofert w postępowaniu przez tego samego wykonawcę, czy też czynność wykonawcy należy interpretować jako zmianę lub wycofanie poprzednio złożonej oferty – każdorazowo należy badać i oceniać indywidualnie.

W niniejszym stanie faktycznym – jak ustalono - Odwołujący skorzystał z uprawnienia przewidzianego w art. 84 ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, że Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, przedłużając termin składania ofert do dnia 11 czerwca 2012 r. do godz. 12.00.

Odwołujący nie zastosował się w pełnym zakresie do postanowień specyfikacji o charakterze porządkowo - organizacyjnym przewidzianych w Rozdziale 5 SIWZ, t.j. koperta oferty złożonej w dniu 11 czerwca 2012 r. nie zawierała dodatkowych oznaczeń - odpowiednio: „*ZMIANA*” lub „*WYCOFANIE*”.

Jednak Krajowa Izba Odwoławcza, - biorąc pod uwagę okoliczność, że Odwołujący w kopercie zawierającej nową ofertę (którą złożył w dniu 11 czerwca 2012 r.) zawarł również oświadczenie o wycofaniu poprzednio złożonej oferty (oferty z dnia 7 maja 2012 r.) - uznała, że intencją Odwołującego było złożenie jednej oferty w niniejszym postępowaniu i nastąpiło to przed upływem terminu do składania ofert (t.j. w dniu 11 czerwca 2012 r. o godz. 8.48).

Nie budziła także wątpliwości treść oświadczenia o wycofaniu oferty poprzednio złożonej w dniu 7 maja 2012 r. Biorąc pod uwagę, że oświadczenie o złożeniu nowej oferty i wycofaniu poprzednio złożonej oferty (z dnia 7 maja 2012 r.) zostały złożone



Zamawiającemu razem - zapakowane w jednej kopercie - i nastąpiło to do upływu terminu składania ofert, zatem nie budziło wątpliwości, którą ze złożonych ofert wykonawca jest związany. Z oświadczenia o wycofaniu poprzednio złożonej oferty należało wnioskować, że Odwołujący nie działał w celu złożenia dwóch ofert – a jednej oferty złożonej w dniu 11 czerwca 2012 r. W ocenie Izby nie budziło wątpliwości - również Komisji Przetargowej – jaki był sens złożonego przez Odwołującego oświadczenia woli.

Powyższe okoliczności Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, wobec treści przepisu art. 65 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których zostały złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Izba oceniając niniejszy stan faktyczny – przede wszystkim miała na uwadze, fakt że z okoliczności tego postępowania wynikało, że Komisja Przetargowa – jako zespół pomocniczy kierownika Zamawiającego powołany m. in. do badania i oceny ofert - w sposób właściwy odczytała intencje wykonawcy. Po pierwsze w protokole z otwarcia ofert umieszczono informację, że oferta nr 2 (oferta Odwołującego złożona w dniu 7 maja 2012 r.) to oferta wycofana, a ofertę nr 6 (ofertę Odwołującego złożoną w dniu 11 czerwca 2012 r.) poddano ocenie zamieszczając w protokole cenę tej oferty. Ponadto w toku badania i oceny ofert występowało do Odwołującego o złożenie m. in. wyjaśnień dotyczących ustalenia czy cena jest rażąco niska w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego - w niniejszym stanie faktycznym - należało wnioskować, co nie budziło również wątpliwości Zamawiającego, że intencją Odwołującego w tym postępowaniu było złożenie jednej oferty, (t.j. oferty która wpłynęła do Zamawiającego w dniu 11 czerwca 2012 r. o godz. 8.48).

Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że Zamawiający dokonywał modyfikacji SIWZ, zatem powinien liczyć się z tym, że wykonawcy którzy już złożyli oferty, skorzystają z uprawnienia wynikającego z przepisu art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując, Odwołujący dokonał skutecznego wycofania oferty złożonej w dniu 7 maja 2012 r. oraz złożenia nowej oferty w ramach uprawnienia wynikającego z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji wobec odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec powyższych ustaleń należało uznać, że Zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania i powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Konkludując, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 82, 84, 86 ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....