

WYROK
z dnia 11 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2019 r. przez wykonawcę SIMPLE Technology Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum eCone Consulting Sp. z o. o. w Poznaniu i ITTI Sp. z o. o. w Poznaniu zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz ponowne badanie i ocenę ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SIMPLE Technology Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze na rzecz wykonawcy SIMPLE Technology Sp. z o. o. w Warszawie kwotę w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenastę tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Zielonej Górze.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 11 lutego 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 105/19

Zamawiający – Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego z siedzibą przy ul. Podgórznej 7 w Zielonej Górze, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usługi nadzoru sprawowanego w imieniu Zamawiającego w zakresie prawidłowości realizacji projektu pod nazwą „Lubuskie e-zdrowie”, w charakterze Inżyniera Kontraktu”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 września 2018 r. pod numerem 614524-N-2018, o numerze nadanym przez zamawiającego DA.11I.2721.2.49.2018, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) dalej zwanej jako „p.z.p.”

W dniu 17 stycznia 2019 r. zamawiający przekazał wykonawcy SIMPLE Technology Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Włociańskiej 15 lok. 26 w Warszawie (dalej zwanemu jako „odwołujący”), zawiadomienie o wyniku postępowania. Od tej czynności zamawiającego odwołujący w dniu 22 stycznia 2019 r. wniósł środek zaskarżenia, w którym postawił zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego oraz brak jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego co powoduje brak możliwości odniesienia się do zarzutów postawionych przez Zamawiającego i powoduje konieczność domyślenia się na jakiej podstawie prawnej oraz jakich czynności dokonał Zamawiający;
2. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na upływ terminu związania ofertą;
3. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w Postępowaniu, ewentualnie zaniechanie wezwanie Odwołującego do wykazania własnych zdolności technicznych i zawodowych, czym Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
4. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na nieprawidłową w ocenie Zamawiającego Polisé OC, ewentualnie zaniechanie wezwanie Odwołującego do wykazania własnych zdolności ekonomicznych i finansowych, czym Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;

Wobec powyższego wniesiono o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu aby: unieważnił czynność wyboru oferty konsorcjum eCone jako oferty najkorzystniejszej, przedstawił pełne uzasadnienie wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia jego oferty, dokonał unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego lub odrzucenia oferty odwołującego, a także dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego, ewentualnie

wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., do uzupełnienia wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznych i zawodowych oraz zdolności ekonomicznych i finansowych.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący wskazał co następuje.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 p.z.p., poprzez zaniechanie przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego oraz brak jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego, co powoduje brak możliwości odniesienia się do zarzutów postawionych przez zamawiającego i powoduje konieczność domyślania się na jakiej podstawie prawnej oraz jakich czynności dokonał zamawiający, odwołujący wskazał jak niżej.

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 p.z.p., poprzez zaniechanie przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego oraz brak jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego, w informacji z 17 stycznia 2019 r., bowiem zamawiający przysyłając informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w żaden sposób nie wskazał na jakiej podstawie prawnej nie dokonał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, poprzestając jedynie na fragmentarycznym uzasadnieniu faktycznym, na podstawie którego odwołujący zmuszony był do zbudowania dalszych zarzutów odwołania.

Dopiero prawidłowe przygotowanie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz podstaw wykluczenia odwołującego lub odrzucenia jego oferty pozwolą na zabezpieczenie interesów odwołującego i złożenie ponownego odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, odnoszącego się stanu rzeczy ustalonego przez zamawiającego na dzień podejmowania decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W stosunku do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p., poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na upływ terminu związania ofertą, odwołujący podniósł, że w przypadku gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany w pkt 1 uzasadnienia, to odwołujący wnosi o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia. Następnie odwołujący zacytował fragment orzeczenia Izby z 18.09.2017 r. sygn. akt KIO 1857/17.

Dalej odwołujący podniósł, iż w przypadku nieuwzględnienia zarzutu przedstawionego w pkt 1 uzasadnienia powyżej odwołujący przedstawia argumentację odnoszącą się, jak próbował się domyślić, do odrzucenia jego oferty.

W ocenie odwołującego upływ terminu związania ofertą w żaden sposób nie jest sankcjonowany przez ustawodawcę. Brak jest jakiegokolwiek przepisu w ustawie Pzp, czy ustawach szczególnych, które wskazywałyby, tak jak domyśla się odwołujący, na konieczność odrzucenia jego oferty.

Powyższe – zdaniem odwołującego – potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z 12 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 153/18, wyrok z 20 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2355/1, wyrok z 31 października 2017 r., sygn. akt KIO 2181/17. Na analogiczne stanowisko wskazuje orzecznictwo Sądów powszechnych np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14 i wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 21 września 2012 r., sygn. akt XIII Ga 379/12.

Ponadto, według odwołującego, zamawiający w niniejszym postępowaniu, w żaden sposób nie przewidział, że brak samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą skutkować będzie odrzuceniem oferty wykonawcy. Co więcej, sam zamawiający wskazał w pkt XXI ust. 2 SIWZ, że: „Wykonawca samodzielnie lub na wniosek Zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że Zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą zwrócić się do Wykonawców o wyrażenie zgody o przedłużeniu tego terminu o wyznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.” Zatem zamawiający wskazując jedynie na możliwość przedłużenia terminu związania ofertą, nie wskazał w tym zakresie jakiegokolwiek sankcji dla wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie odwołującego, brak jest podstaw do uznania, że oferta odwołującego wygasła.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 2 w zw. z art. 22a ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 p.z.p., poprzez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, ewentualnie zaniechania wezwania odwołującego do wykazania własnych zdolności technicznych i zawodowych, czym zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 p.z.p., odwołujący uzasadnił w sposób następujący.

W przypadku gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany w pkt 1 uzasadnienia, to odwołujący wnosi o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia. Dalej odwołujący zacytował fragment wyroku Izby z 18.09.2017 r. sygn. akt KIO 1857/17 i podniósł, iż w przypadku nieuwzględnienia zarzutu przedstawionego w pkt 1 uzasadnienia, odwołujący przedstawia argumentację odnoszącą się, jak próbował się domyślić, do wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego nie doszło do zmiany treści jego oferty. Po pierwsze powoływany przez zamawiającego wyrok TSUE C-387/14 w sprawie Esaprojekt nie znajduje zastosowania na dzień podjęcia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wyrok ten, w części powołanej przez zamawiającego, odnosił się do art. 51 Dyrektywy 2004/18/WE, który nie znajduje swojego bezpośredniego odpowiednika w Dyrektywie 2014/24/WE. Już z tego tylko powodu argumentacja przedstawiona przez zamawiającego jest nietrafiona. Odnosząc się jednak do Dyrektywy 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE wskazać należy, że dopuszcza ona, oprócz wezwania do złożenia wyjaśnień, nawet konsultacje z wykonawcami i wskazuje wprost na potrzebę wyjaśniania otrzymanych informacji z oferentem (art. 69 ust. 3 Dyrektywy). Tym samym wprowadzenie nowej dyrektywy miało na celu zmniejszenie formalizmów związanych z prowadzonymi postępowaniami, czego zamawiający nie dostrzega.

Jednocześnie ponownie odnosząc się do przywołanego przez zamawiającego orzeczenia ws. Esaprojekt wskazać należy, że w niniejszym postępowaniu w żaden sposób nie doszło do zmiany składu osobowego podmiotów biorących udział czy związanych z prowadzonym postępowaniem. Tym samym zamawiający od samego początku miał świadomość jaki podmiot trzeci został wskazany przez odwołującego, a zmiana jaka nastąpiła w trakcie prowadzenia postępowania, w żaden sposób nie może zostać uznana za znaczącą, która miałaby jakikolwiek wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zatem zamawiający winien dokonać oceny zdolności technicznych i zawodowych odwołującego, oraz uznać, że spełnił on warunki postawione przez zamawiającego.

W razie nieuwzględnienia powyższego stanowiska, wskazać należy, że zamawiający przed dokonaniem czynności (jak domyśla się odwołujący) wykluczenia go z udziału w postępowaniu, zobowiązany był do zastosowania art. 26 ust. 3 p.z.p. i wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 2 w zw. z art. 22a ust. 1 p.z.p., poprzez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, z uwagi na nieprawidłową w ocenie zamawiającego polisę OC, ewentualnie zaniechanie wezwania odwołującego do wykazania własnych zdolności

ekonomicznych i finansowych, czym zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 p.z.p., odwołujący również podniósł, iż w przypadku uznania przez Izbę za zasadny zarzut wskazany w pkt 1 uzasadnienia, to odwołujący wnosi o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia i zacytowano fragment wyroku Izby z 18.09.2017 r. sygn. akt KIO 1857/17. Następnie odwołujący zaznaczył, że w przypadku nieuwzględnienia zarzutu przedstawionego w pkt 1 uzasadnienia, odwołujący przedstawia argumentację odnoszącą się, jak próbował się domyślić, do wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego zamawiający kwestionuje przedłożoną przez odwołującego polisę ubezpieczeniową wskazując, iż przedmiot działalności objęty ubezpieczeniem nie jest związany z przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie przedstawia przy tym jakiegokolwiek podstawy swojego stanowiska. Natomiast w ocenie odwołującego, zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie prezentowany jest pogląd zgodnie z którym warunek w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, należy uznać za spełniony jeżeli ubezpieczona działalność jest przynajmniej w minimalnym stopniu związana z przedmiotem danego zamówienia (np. sygn. akt KIO 1431/15, sygn. akt KIO 2395/15). Według odwołującego w niniejszym stanie faktycznym zakres ubezpieczenia jest związany z przedmiotem zamówienia w stopniu pozwalającym uznać, iż ww. warunek został spełniony.

Z ugruntowanego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wynika, iż warunek co do posiadania ubezpieczenia OC na określonym poziomie ma na celu zbadanie czy dany wykonawca jest podmiotem zdolnym do bycia ubezpieczonym, tj. po pierwsze czy wykonywana przez niego działalność oraz sposób jej prowadzenia pozwalają na pozyskanie polisy OC, zaś następnie czy jest w stanie ponieść koszty opłacenia składki ubezpieczeniowej. Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący powołał się na wyroki Izby o sygn. akt KIO 2444/17 i KIO 2084/15.

Zawierając umowę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, w dokumencie przedstawionym zamawiającemu, na potrzeby oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, wskazany jest jedynie przeważający przedmiot działalności. Nie oznacza to jednak, że pozostałe rodzaje działalności nie są objęte polisą OC. Jak wynika z analizy KRS firmy Red Code Sp. k. przedmiot działalności tego podmiotu, który objęty jest ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej to następujące gałęzie: pozostała działalność usługowa, gdzie indziej niesklasyfikowana, poligrafia i reprodukcja zapisanych nośników informacji, działalność wydawnicza w zakresie oprogramowania, telekomunikacja, działalność usługowa w zakresie informacji, działalność firm centralnych (head offices); doradztwo związane z zarządzaniem, działalność w zakresie architektury i inżynierii; badania i analizy techniczne, reklama, badanie rynku i opinii publicznej, pozostała działalność profesjonalna, naukowa i techniczna oraz pozostałe pozaszkolne formy edukacji, gdzie indziej niesklasyfikowane.

Zdaniem odwołującego tak określony zakres działalności, który był znany zamawiającemu, winien zostać oceniony jako związany z przedmiotem zamówienia i potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Jednocześnie – w razie nieuwzględnienia powyższego stanowiska – zamawiający przed dokonaniem czynności (jak domyśla się odwołujący) wykluczenia go z udziału w postępowaniu, zobowiązany był do zastosowania albo art. 26 ust. 4 p.z.p., celem wyjaśnienia wątpliwości w zakresie przedmiotu działalności objętego ubezpieczeniem, a w ostateczności art. 26 ust. 3 p.z.p. i wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł, że oferta odwołującego SIMPLE Technology Sp. z o. o. wygasła w związku z nieprzedłużeniem terminu związania ofertą oraz że zamawiający nie dokonał wykluczenia z postępowania odwołującego i nie odrzucił jego oferty. Zatem zarzut stawiany zamawiającemu w zakresie naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 p.z.p. jest bezpodstawny.

Zdaniem zamawiającego „Odwołujący SIMPLE Technology Sp. z o. o. został o powyższym jednoznacznie poinformowany w pkt 3) zawiadomienia o wyniku postępowania przesłanego do wszystkich uczestników postępowania oraz opublikowanego na stronie BIP Zamawiającego, gdzie czytamy: pkt 3) Zamawiający informuje, że Wykonawca SIMPLE Technology Sp. z o.o., ul. Włociańska 15 lok. 26, Warszawa nie przedłużył terminu związania ofertą przed upływem tego terminu w związku z czym oferta ww. Wykonawcy wygasła. W tymże punkcie Zamawiający przedstawił pełne uzasadnienie faktyczne dotyczące wygaśnięcia oferty Odwołującego (w załączeniu).”

Następnie zamawiający podniósł, że wnoszone w toku postępowania pisma odwołującego, dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą po wygaśnięciu tego terminu, nie zostały i nie mogły być uwzględnione, bowiem zamawiający nie może przywrócić terminu związania ofertą, gdyż ustawa p.z.p. nie przewiduje takiej czynności. W kwestii terminu związania ofertą zamawiający podziela stanowisko prezentowane w doktrynie, że wiązanie ofertą trwa tylko przez czas oznaczony, po upływie którego oferta wygasa. Związanie ma charakter ciągły, nieprzerwalny, co oznacza konieczność dbałości wykonawcy o aktualność związania złożoną przez niego ofertą. Postulowanie się w ustawie Prawo zamówień publicznych pojęciem przedłużenia terminu związania ofertą wyklucza możliwość przerwy w stanie związania ofertą, co zostało potwierdzone w bogatym orzecznictwie KIO.

Zamawiający stoi na stanowisku, iż przedmiot niniejszego odwołania – wygaśnięcie oferty odwołującego – nie może być przedmiotem zaskarżenia do Krajowej Izby Odwoławczej. Ustawa Prawo zamówień publicznych, w art. 180 ust. 2, precyzyjnie wymienia wobec których czynności odwołanie przysługuje, zaś w katalogu tej normy brak jest przesłanki „stwierdzenie wygaśnięcia oferty”, stąd wniosek, że czynność taka jest niezaskarżalna. W takiej sytuacji uzasadnionym jest odrzucenie odwołania jako niedopuszczalnego.

Natomiast za oddaleniem odwołania przemawia fakt, że odwołujący na etapie uzupełniania złożenia dokumentów dokonał niedopuszczalnej zmiany treści oferty. We wstępnym oświadczeniu złożonym wraz z ofertą odwołujący oświadczył, w związku z poleganiem na zasobach podmiotów trzecich, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego w SIWZ, polega na zasobach podmiotu: Red Code Sp. K., ul. Skargi 61, Warszawa, NIP: 5242794199, KRS: 0000601550, wyłącznie w zakresie: sytuacja ekonomiczna i finansowa. Zaś na etapie uzupełnienia dokumentów (zobowiązanie podmiotu trzeciego) oraz złożenia dokumentów („wykaz usług”) odwołujący powołał się na zasoby tego podmiotu również w zakresie warunku udziału w postępowaniu, którym są zdolności techniczne lub zawodowe (wiedza i doświadczenie), w postaci udostępnienia zasobów jakim jest doświadczenie podmiotu trzeciego (wykaz usług) oraz referencje.

Zamawiający nie ma wątpliwości, że na etapie złożonej oferty odwołujący wskazał na samodzielne spełnianie warunku zdolności technicznej i zawodowej. Brak jest bowiem informacji w oświadczeniu wstępnym o powołaniu się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie spełnienia tego warunku (wymieniono tylko warunek sytuacji ekonomicznej i finansowej) oraz nie wykazano udziału podwykonawcy w formularzu ofertowym pkt 8, a udostępnienie zasobów jakimi są wiedza i doświadczenie nie jest możliwe bez realnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu zamówienia

(podwykonawca). Powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego na etapie uzupełnienia i złożenia dokumentów w sytuacji, w której wykonawca na dzień składania ofert deklarował samodzielne spełnianie warunku udziału w postępowaniu jest niedopuszczalne, stanowi *de facto* istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą przedstawienie nowej oferty.

Zamawiający stwierdził również, iż przedłożona przez odwołującego polisa OC podmiotu trzeciego Red Code Sp. K., ul. Skargi 61, Warszawa w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu: sytuacja ekonomiczna i finansowa, dotyczy działalności PKD 96.09.Z, a zatem nie jest związana z przedmiotem zamówienia.

Wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p., Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum eCone Consulting Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Wołkowyskiej 17 w Poznaniu i ITTI Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Rubież 46 w Poznaniu, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałooby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Izba podzieliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p., który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie p.z.p., odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w p.z.p.

Zamawiający podniósł, iż oferta odwołującego wygasła w związku z nieprzedłużeniem terminu związania ofertą, zatem zamawiający ani nie wykluczył odwołującego z postępowania, ani nie odrzucił jego oferty. W katalogu art. 180 ust. 2 p.z.p. brak jest przesłanki „stwierdzenie wygaśnięcia oferty”, więc czynność ta jest niezaskarżalna, a odwołanie niedopuszczalne.

Po pierwsze umknęło uwadze zamawiającego, że odwołanie zostało wniesione *stricte* wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem na kanwie art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. Zarzucono zamawiającemu wadliwość czynności zawiadomienia o wyniku postępowania, z dnia 17 stycznia 2019 r., zgodnie z którą wybrano ofertę przystępującego, a nie odwołującego (przy tym w ocenie odwołującego nie wskazano podstawy prawnej zgodnie z którą można było nie dokonać wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej).

Izba ustaliła, że zgodnie z protokołem z postępowania (druk ZP – PN, pkt 18), oferta odwołującego o cenie ofertowej 521 944,67 zł w kryterium doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia została oceniona przez zamawiającego na 40 punktów, natomiast oferta przystępującego o cenie w wysokości 648 136,31 zł otrzymała 26 punktów. Zatem, w oparciu wartości z kryterium oceny ofert, to oferta odwołującego posiada więcej punktów i jako taka winna zostać wybrana w postępowaniu. Zamawiający jednak wybrał ofertę przystępującego, droższą i o mniejszym doświadczeniu personelu. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, już ta okoliczność wskazuje, że odwołanie winno być objęte kognicją Izby – skoro wybór oferty najkorzystniejszej to ocena oferty pod kątem kryteriów ustalonych przez zamawiającego (art. 91 ust. 1 p.z.p.).

Tym niemniej takie zwięźlenie nie znajduje oparcia w wykładni systemowej ustawy, bowiem za stanowiskiem Sądu Najwyższego „W rozdziale 4 działu drugiego p.z.p. - „Wybór najkorzystniejszej oferty” unormowane zostały zasady składania ofert przez wykonawców, przesłanki ich odrzucenia, w tym środki mające umożliwić zamawiającemu ocenę czy przesłanki te zachodzą, oraz przesłanki dokonania wyboru oferty, którą zamawiający uznaje za najkorzystniejszą w świetle SIWZ. Na ostateczny wynik tego etapu postępowania o udzielenie zamówienia składają się więc kolejno czynności mające na celu ustalenie w odniesieniu do każdej ze złożonych ofert, czy nie powinna podlegać odrzuceniu, a następnie ocena ofert, które nie zostały odrzucone przez pryzmat wymagań określonych w SIWZ” (tak Sąd Najwyższy w Uchwałach z dnia 17 listopada 2017 r. o sygn. akt III CZP 56/17 oraz sygn. akt III CZP 58/17). Skład orzekający stanowisko to popiera i przyjmuje za własne. Zatem skoro Sąd Najwyższy wskazuje na szerokie rozumienie przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., to nie ma podstaw, aby odmawiać ochrony prawnej wykonawcy, który wskazuje, że jego formalnie prawidłowa oferta została nieprawidłowo oceniona w zakresie przewidzianym w art. 91 p.z.p.

Następnie Izba wskazuje, że odrzucenie odwołania w tym przypadku prowadziłoby do ograniczenia wykonawcy prawa do sądu, wyłącznie ze względu na decyzję zamawiającego polegającą na stwierdzeniu, że oferta wykonawcy wygasła. Innymi słowy, nie byłoby możliwości oceny zgodności z prawem czynności zamawiającego, tylko i wyłącznie na podstawie jego arbitralnej decyzji – to zamawiający decydowałby, czy służyć wykonawcy środki ochrony prawnej. Przyjęcie stanowiska braku możliwości weryfikacji czynności zamawiającego tylko ze względu na to, że „formalnie” nie odrzucił oferty, ani nie wykluczył wykonawcy, gdyż po prostu zaniechał jej badania i oceny (pomimo, że posiada ona najwięcej punktów) – co miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wybór oferty innego wykonawcy – budzi poważne wątpliwości i stoi w sprzeczności z zasadami ogólnymi p.z.p. oraz wykładnią prawną prawną przedsiębiorców w postępowaniach odwoławczych (por. TSUE w wyrokach z 5 kwietnia 2016 r. sygn. C – 689/13 oraz z 4 lipca 2013 r. sygn. C – 100/12).

W konsekwencji powyższego skład orzekający wskazuje, że odmówienie wykonawcy możliwość prezentacji własnych racji, bo zamawiający w sposób proceduralny doprowadził do eliminacji jego oferty z postępowania, ale jej ani nie odrzucił, ani nie wykluczył wykonawcy – co zawiera się w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 p.z.p. – nie jest możliwe do przyjęcia. Interpretacja taka nie znajduje dającego się uchwycić celu i prowadziłyby do znaczącego obniżenia transparentności postępowania, a w konsekwencji nieuprawnionym pozbawieniem wykonawcy prawa do sądu.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący jest on wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący

poniósł szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy p.z.p. to zaniechałby wskazanych w odwołaniu czynności niezgodnych z ustawą, a w konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*).

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby została wypełniona hipoteza art. 179 ust. 1 p.z.p., zatem odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do oceny czy zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 17 stycznia 2019 r., w tym czy zaistniały uzasadnione podstawy aby to oferta przystępującego, a nie odwołującego, została wybrana w postępowaniu.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego, ustalonego w sprawie, mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W oparciu o okoliczności faktyczne ujęte w odwołaniu, skład orzekający stwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy skutkujące nieprawidłowym wyborem oferty najkorzystniejszej, zaś twierdzenia podnoszone w tym przedmiocie przez zamawiającego Izba uznała za gołosłowne, zmierzające wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony i nie mogące uchylić obiektywnej bezprawności odpowiednich, zakwestionowanych przez odwołującego czynności i zaniechań zamawiającego.

Konsekwencją uwzględnienia zarzutów odwołania jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia – okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami postępowania.

Zgodnie z informacją z dnia 17 stycznia 2019 r., w zakresie oferty odwołującego:

I. „Zamawiający informuje, że Wykonawca SIMPLE Technology Sp. z o.o., ul. Włociańska 15 lok. 26, 01 - 710 Warszawa nie przedłużył terminu związania ofertą przed upływem tego terminu w związku z czym oferta ww. Wykonawcy wygasła.

W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego termin składania ofert wyznaczony był na dzień 18.09.2018 r. W toku badania i oceny ofert Zamawiający pismem w dniu 8.10.2018 r., zgodnie z art. 85 ust 2 ustawy Pzp, zwrócił się do wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty o wyrażenie zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni. (...) Wszyscy uczestnicy postępowania odpowiedzieli na wniosek Zamawiającego przed upływem terminu związania ofertą i przedłużyli termin o oznaczony okres. Wobec powyższego termin związania ofertą w niniejszym postępowaniu upływał w dniu 16.11.2018 r. W dniu 5.11.2018 r. Wykonawca SIMPLE Technology Sp. z o.o., ul. Włociańska 15 lok. 26, 01 - 710 Warszawa wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (nr sprawy: 2287/18). Postanowienie KIO w sprawie odwołania zostało wydane w dniu 19.11.2018 r. zatem termin związania ofertą został zawieszony na 15 dni.

Zamawiający podkreśla, iż wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty (łącznie z uczestniczącym w dniu 19.11.2018 r. w rozprawie KIO Odwołującym SIMPLE Technology Sp. z o. o.) niezwłocznie, tj. w dniu 20.11.2018 r., poinformował pismem o wydaniu 19.11.2018 r. postanowienia KIO i zakończeniu zawieszenia biegu terminu związania ofertą, które kończy się z chwilą ogłoszenia postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. W odpowiedzi na tę informację, do upływu terminu związania ofertą, tj. do dnia 3.12.2018 r. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu przedłużyli ten termin z wyjątkiem SIMPLE Technology Sp. z o.o. z Warszawy.

W dniu 7.12.2018 r. Wykonawca SIMPLE Technology Sp. z o.o. uzupełnił i złożył dokumenty, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z 3.12.2018 r. Spółka SIMPLE Technology w tym samym dniu (7.12.2018r.), po powzięciu od Zamawiającego informacji, iż upłynął termin związania ofertą, wystosowała wyjaśnienia w związku z brakiem przedłużenia terminu związania ofertą. Dodatkowe wyjaśnienia w tej sprawie wniesiono jeszcze w dniach 13.12.2018 r. oraz 27.12.2018 r.

Zamawiający wyjaśnił nie uwzględnił, uznając, iż oferta Wykonawcy SIMPLE Technology Sp. z o. o. wygasła z dniem 4.12.2018 r., bowiem oferta Wykonawcy wygasła wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym Wykonawca jest niezwiązany (...) W niniejszym postępowaniu termin związania ofertą upłynął z dniem 4.12.2018 r. a Wykonawca złożył i uzupełnił na wezwanie Zamawiającego dokumenty w dniu 7.12.2018 r., zatem po upływie tego terminu. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości przywrócenia biegu terminu związania ofertą”.

II.,(...) Jednocześnie Zamawiający informuje, że stwierdził, iż Wykonawca na etapie uzupełniania złożenia dokumentów dokonał niedopuszczalnej zmiany treści oferty. We wstępnym oświadczeniu złożonym wraz z ofertą Wykonawca oświadczył, w związku z poleganiem na zasobach podmiotów trzecich, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w SIWZ, polega na zasobach podmiotu: Red Code Spółka Komandytowa, ul. Skargi 61, 03-15 Warszawa, NIP: 5242794199, KRS 0000601550 wyłącznie w zakresie: sytuacja ekonomiczna i finansowa.

Natomiast na etapie uzupełnienia dokumentów (zobowiązanie podmiotu trzeciego) oraz złożenia dokumentów („Wykaz usług”) Wykonawca powołał się na zasoby tego podmiotu również w zakresie warunku udziału w postępowaniu, którym są zdolności techniczne lub zawodowe (wiedza i doświadczenie) w postaci udostępnienia zasobów jakim jest doświadczenie podmiotu trzeciego (wykaz usług) oraz referencje.

Zamawiający nie ma wątpliwości, że na etapie złożonej oferty Wykonawca wskazał na samodzielne spełnianie warunku zdolności technicznej i zawodowej. Brak jest bowiem informacji w oświadczeniu wstępnym o powołaniu się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie spełnienia tego warunku (wymieniono tylko warunek sytuacji ekonomicznej i finansowej) oraz nie wykazano udziału podwykonawcy w Formularzu ofertowym pkt 8, a udostępnienie zasobów jakimi są wiedza i doświadczenie nie jest możliwe bez realnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu zamówienia (podwykonawca)”.

III. „Zamawiający stwierdził ponadto, iż przedłożona przez Wykonawcę polisa OC podmiotu trzeciego Red Code Spółka Komandytowa, ul. Skargi 61, Warszawa w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu: sytuacja

ekonomiczna i finansowa, dotyczy działalności PKD 96.09.Z, a zatem nie jest związana z przedmiotem zamówienia”.

W ramach uwag natury ogólnej należy zaznaczyć, że zgodnie z treścią zawiadomienia o wyborze, co zostało również wyjaśnione przez zamawiającego na rozprawie, nie dokonał on badania oferty odwołującego, w przekonaniu, że oferta ta wygasła. Stanowisko to ma również odzwierciedlenie w odpowiedzi na odwołanie, zaś okoliczności faktyczne, które zdaniem zamawiającego pozwalały mu na wybór oferty przystępującego, z pominięciem oferty odwołującego nie zmieniły się.

Zamawiający podtrzymał swoją argumentację z dnia 17 stycznia 2019 r. i w toku postępowania przed Izłą nie podnoszono nowych okoliczności faktycznych i prawnych. Zamawiający wyjaśnił też, że argumenty co do zdolności technicznej lub zawodowej, w tym co do podmiotu, na zasoby którego powołał się odwołujący, a także co do polisy OC odwołującego, zostały podniesione jakoby dodatkowo, a głównym powodem działania zamawiającego był wpływ terminu związania ofertą, co powoduje brak możliwości wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 p.z.p. – poprzez zaniechanie przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego oraz brak jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego, co powoduje brak możliwości odniesienia się do zarzutów postawionych przez zamawiającego i powoduje konieczność domyślenia się na jakiej podstawie prawnej oraz jakich czynności dokonał zamawiający – nie potwierdził się i jako taki został przez Izbę oddalony.

Zamawiający nie rozszerzył podstawy faktycznej czynności z 17 stycznia 2019 r., zatem Izba nie znalazła podstaw, aby unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazać, zgodnie z wnioskiem odwołującego, przedstawienia pełnego uzasadnienia wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty. Takie działanie byłoby bezcelowe, skoro żadnych nowych okoliczności w toku postępowania przed Izłą nie podnoszono, zatem budzi wątpliwość wniosek o podanie pełnego uzasadnienia faktycznego, bez wykazania, że jakiegokolwiek dodatkowe okoliczności w ogóle istnieją, tylko nie zostały przez zamawiającego wskazane.

Nie oznacza to jednak, że czynność zamawiającego jest prawidłowa. Izba stwierdziła, że w zawiadomieniu o wyborze, co do oferty odwołującego, brak jest podstawy prawnej – dopiero na rozprawie wyjaśniono które z przepisów, w ocenie zamawiającego, winny być przyporządkowane okolicznościom faktycznym. Tym niemniej, w ocenie Izby, nie uniemożliwiło to odwołującemu wniesienia środka ochrony prawnej.

Zaznaczyć również należy, że Izba jest związana przedstawionymi zarzutami, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną, wskazaną przez odwołującego, przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba jest uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakiegokolwiek wątpliwości.

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby, jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z 17.02.2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15, Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29.06.2009 r. w sprawie o sygn. akt X Ga 110/09, Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 25.05.2012 r. w sprawie o sygn. akt XII Ga 92/12).

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p., poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na upływ terminu związania ofertą, skład orzekający stwierdził jak niżej.

Izba nie podzieliła podnoszonej przez zamawiającego argumentacji, że brak przedłużenia terminu związania ofertą powoduje, że oferta wygasła, a tym samym nie jest możliwym wybór oferty, której termin związania upłynął.

W ocenie składu orzekającego, na gruncie ustawy p.z.p. fakt nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie powoduje niemożliwości wyboru oferty wykonawcy i zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem zamawiający nie ma możliwości odstąpienia od oceny i badania oferty, bowiem przepisy p.z.p. – stanowiące *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego – nie wiążą negatywnych skutków z brakiem związania ofertą i nie zwalniają zamawiającego z właściwego wykonania swoich ustawowych obowiązków. Wyjątkiem jest art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. art. 85 ust. 2 p.z.p., kiedy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy – jedynie w przypadku, gdy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą, mimo że zamawiający uprzednio zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody – co w ustalonym przez Izbę stanie rzeczy nie miało miejsca.

W świetle przepisów ustawy p.z.p. brak jest jakiegokolwiek przepisu, który wpływ terminu związania ofertą wiązałby z jej wygaśnięciem czy nieważnością. Wskazywany przez zamawiającego art. 66 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, który mógłby mieć zastosowanie w oparciu o art. 14 p.z.p., dotyczy cywilistycznego związania ofertą, które na gruncie p.z.p. jest ukształtowane w sposób odmienny, zatem w ocenie składu orzekającego zamawiający winien dokonać oceny i badania oferty odwołującego, bowiem nic nie stoi na przeszkodzie, aby została ona wybrana jako najkorzystniejsza.

Zgodnie z art. 66 § 1 k.c. oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy, zaś na podstawie 66 § 2 k.c. jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie; złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia.

Zatem oferta, o której mowa w art. 66 k.c., powoduje taki stan związania złożonym oświadczeniem, że samo przyjęcie oferty prowadzi do zawarcia umowy, a okres związania ofertą wyznacza *de facto* okres ważności oferty. Jednakże, na gruncie prawa zamówień publicznych, norma rekonstruowana w zakresie związania ofertą nie uwzględnia treści art. 66 § 2 k.c., gdyż przepis ten jest zastępowany przez przepisy szczególne zarówno co do materialnoprawnej struktury zobowiązania jakie ze sobą niesie, terminu związania jak i jego skutków (*lex specialis derogat legi generali*). Na gruncie prawa zamówień publicznych to nie wykonawca składający ofertę określa termin związania ofertą, ale zamawiający, zgodnie z art. 85 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – to nie wykonawca formułuje treść zobowiązań wynikających z przyjęcia oferty przez zamawiającego, lecz jest ona wyznaczona postanowieniami dokumentacji postępowania.

Oferta, o której mowa w art. 66 k.c., jest oświadczeniem wyrażającym stanowczą decyzję oferenta co do zawarcia umowy, przy czym sens tej stanowczości polega na tym, że zbędne są po stronie oferenta dalsze oświadczenia, aby umowa doszła do skutku. Ta stanowczość powoduje, że stan związania ofertą polega na tym, że

oblat może przez samo przyjęcie oferty doprowadzić do zawarcia umowy, o treści określonej w ofercie. Zaś z uwagi na znaczną uciążliwość stan ten został ograniczony terminem – po upływie którego związane ofertą wygasa. W konsekwencji, po upływie terminu określonego w ofercie, w oparciu o 66 § 2 k.c., oferta złożona na gruncie k.c. traci swoją podstawową właściwość, jaką jest stanowczość woli zawarcia umowy (która skutkuje automatycznym zawarciem umowy, w przypadku przyjęcia oferty przez oblata). Innymi słowy, oferta po upływie terminu nie może być uznana za ofertę skuteczną. Na gruncie ustawy p.z.p. skutek ten nie występuje – dopiero wybór oferty jako najkorzystniejszej prowadzi do możliwości zawarcia umowy, a jej zawarcie jest zabezpieczone przez szereg instrumentów oraz roszczeń przysługujących zarówno zamawiającemu jak i wykonawcy. Na gruncie cywilnym tymczasem przyjęcie oferty jest już wykreowaniem zobowiązania, a ewentualne roszczenia przysługujące stronom (już zawartej) umowy mają charakter odszkodowawczy – z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania.

Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie posiada zatem waloru stanowczości, o którym mowa w k.c. Dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej nie powoduje powstania pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, stosunku umownego (w postaci automatycznego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego). Wybór oferty wykonawcy jedynie uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawcy złożenia kolejnego oświadczenia woli, w przedmiocie zawarcia umowy.

Zatem związane ofertą na gruncie prawa zamówień publicznych oznacza jedynie powstanie po stronie wykonawcy obowiązku złożenia – w przypadku wyboru jego oferty – oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku gdy wykonawca obowiązku tego nie dopełni, umowa nie zostanie zawarta.

Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 16.07.2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14 „Z uwagi na tak istotne różnice w zakresie doniosłości skutków przyjęcia oferty na gruncie przepisów (samoistne, automatyczne zawarcie umowy) i wyboru oferty najkorzystniejszej na gruncie przepisów (wstępny etap poprzedzający zawarcie umowy) nie można w prosty mechaniczny sposób przenosić rozwiązań prawa cywilnego na w zakresie skutków i konsekwencji upływu terminu związania ofertą. Z uwagi na tak doniosłe skutki przyjęcia oferty z (automatyczne zawarcie umowy) upływ terminu związania ofertą powoduje automatyczny, bezpowrotny upadek oferty. Jej przyjęcie po upływie terminu związania nie rodzi skutku w postaci zawarcia umowy, może być jedynie rozważane jako nowa oferta zamawiającego. Skutek wyboru oferty w rozumieniu nie jest tak doniosły, tj. nie powoduje automatycznego zawarcia umowy, brak jest zatem podstaw aby tak doniosły był również skutek upływu terminu związania ofertą polegający na automatycznym, bezpowrotnym jej upadku.”

W konsekwencji powyższego na gruncie p.z.p. upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości, czyli jej wygaśnięcia. Po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą różnicą, że działania zgodne z jej treścią (czyli zawarcie umowy na warunkach w ofercie oznaczonych) zależne jest wyłącznie od suwerennej decyzji wykonawcy, który nie może być już po terminie związania do zawarcia umowy skutecznie przymuszony. Tym samym nie ma przeszkód do dokonania wyboru takiej oferty, a następnie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 21.09.2012 r., sygn. akt XIII Ga 379/12, wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 17.01.2014 r. sygn. akt IX Ga 392/13, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 16.07.2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 19.06.2015 r., sygn. akt sygn. XXIII Ga 729/15, postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 24.02.2010 r. sygn. akt SK 22/08).

Zatem nie ma żadnej podstawy prawnej, aby po upływie terminu związania ofertą zamawiający mógł odstąpić od jej oceny i badania oraz nie ma żadnej przeszkody prawnej do wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej, zaś zamawiający nie wskazał, ani nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Nie sposób nie dostrzec, że powołane przez zamawiającego orzecznictwo Izby, co do braku możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej po upływie jej terminu, pochodzi sprzed wydania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej postanowienia z 13.07.2017 r. w sprawie Saferoad Grawil et Saferoad Kabex, o sygn. akt C – 35/17, w którym Trybunał przesądził kwestię rozbieżności w zakresie skutków związania ofertą. I należy zaznaczyć, że obecnie w orzecznictwie i doktrynie znacząco przeważa stanowisko, że nie ma żadnych podstaw do zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, której termin związania upłynął, natomiast co do samej możliwości podpisania umowy z takim wykonawcą, to jednoznacznie za takim uprawnieniem wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z 24.02.2010 r., sygn. akt SK 22/08.

Warto zaznaczyć, że do upływu terminu związania ofertą termin ten chroni zamawiającego i przyznaje mu prawo przyjęcia oferty oraz żądania zawarcia umowy. Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami. Po upływie terminu związania ofertą instytucja ta chroni wykonawcę, dając mu prawo do uchylenia się od zawarcia umowy. Nie oznacza to jednak, że po upływie terminu związania ofertą nie może dojść do zawarcia umowy, gdyż w takim przypadku brak jest jedynie po stronie wykonawcy takiego obowiązku. Jeżeli po upływie terminu związania ofertą istnieje zgodna wola stron zawarcia umowy, umowa może zostać podpisana.

Należy również wskazać, że w postępowaniu przed zamawiającym odwołujący pisemnie informował go o okoliczności, że nadal jest związany ofertą.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołanie w tym zakresie podlega uwzględnieniu, ponieważ zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 p.z.p. i wbrew ustalonej przez siebie punktacji w kryteriach oceny ofert, nie wybrał oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Wybrano ofertę droższą i o kadrze z mniejszym doświadczeniem. Argumentacja o wygaśnięciu oferty odwołującego, a tym samym niemożliwości dokonania jej wyboru, w ocenie Izby nie potwierdziła się. Zamawiający ponadto ani nie wykluczył odwołującego, ani nie odrzucił jego oferty, zatem brak jest jakichkolwiek przeszkód formalnych, aby ofertę zbadać i ocenić, co Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu w sentencji wyroku.

W stosunku co do zarzutów naruszenia przez zamawiającego:

– art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 2 w zw. z art. 22a ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 p.z.p., poprzez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, ewentualnie zaniechanie wezwania odwołującego do wykazania własnych zdolności technicznych i zawodowych, czym zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 p.z.p.,
– art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1 p.z.p., poprzez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na nieprawidłową w ocenie zamawiającego polisę OC, ewentualnie zaniechanie wezwania odwołującego do wykazania własnych zdolności ekonomicznych i finansowych, czym zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 p.z.p. Izba wskazuje co następuje.

W związku z nieprawidłowym zaniechaniem dokonania przez zamawiającego czynności właściwego badania i oceny oferty odwołującego, na dzień orzekania zarzuty te są zarzutami przedwczesnymi i jako takie zostały przez Izbę

oddalone. Należy zwrócić uwagę, na fakt, że zawiadomieniem z dnia 17 stycznia 2019 r. zamawiający nie wykluczył odwołującego, ani nie odrzucił jego oferty. Zamawiający wyjaśniał, że okoliczności co do podmiotu trzeciego i polisy OC zostały podniesione pomocniczo, jednakże badanie oferty nie zostało zakończone, ze względu na jej wygaśnięcie.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że polisa OC odwołującego nie potwierdza spełnienia warunku posiadania odpowiedniej zdolności ekonomicznej lub finansowej, ze względu na wskazany w niej „rodzaj prowadzonej działalności (wiodącej) 96.09.Z Pozostała działalność usługowa, gdzie indziej niesklasyfikowana”, który w ocenie zamawiającego nie jest związany z przedmiotem zamówienia. Po pierwsze słowo wiodącej, zgodnie ze słownikiem języka polskiego, oznacza najważniejszy, najistotniejszy, po drugie odwołujący wykazał, poprzez złożone oświadczenie Centrum Ubezpieczeń – Wawa Sp. z o.o. w Warszawie, że polisa dotyczy całego przedmiotu działalności podmiotu trzeciego, zatem zawężanie do kodu działalności PKD nie ma uzasadnionych podstaw. Następnie, w postępowaniu nie doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty – skoro ustawodawca, w art. 22a ust. 6 p.z.p., dopuścił nawet możliwość zmiany podmiotu trzeciego to rozszerzenie zakresu zdolności, na których wykonawca polega, bez zmiany tego podmiotu, nie jest sprzeczne z prawem.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT, w kwocie wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....