

WYROK

z dnia 17 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2019 r. przez wykonawcę POMPAX Sp. z o.o. z siedzibą w Kłodzie przy ul. Przemysłowej 7A (64-130 Rydzyna) w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie przy Placu Starynkiewicza 5 (02-015 Warszawa)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 24 kwietnia 2019 r tj. odrzucenia oferty wykonawcy POMPAX Sp. z o.o. dla części VI i IX zamówienia i unieważnienia postępowania dla części VI i IX zamówienia oraz nakazuje dalsze badanie i ocenę oferty ww. wykonawcy w ramach części VI i IX zamówienia;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego - Miejskie

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - POMPAX Sp. z o.o. z siedzibą w Kłodzie tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego - Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. na rzecz odwołującego - POMPAX Sp. z o.o. z siedzibą w Kłodzie kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. -1. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn. Serwisowanie oraz remont pomp i mieszkań firmy KSB (nr postępowania 02317/WS/PW/PZP-DRZ-WRS/U/2018), zwane dalej „postępowaniem”, które zostało podzielona na części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2018 r., pod numerem 2018/S 247-571398.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca POMPAX Sp. z o.o. z siedzibą w Kłodzie zwany dalej: „odwołującym” w dniu 6 maja 2019 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od następujących czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu dla części VI i IX polegających na:

- 1) niezastosowaniu się do rozstrzygnięcia zamawiającego z dnia 25 marca 2019 r., w którym poinformowano i wyborze oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej dla części VI i IX;
- 2) odrzuceniu w dniu 24 kwietnia 2019 r. oferty odwołującego dla części VI i IX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) Pzp;
- 3) unieważnieniu postępowania w dniu 24 kwietnia 2019 r. dla części VI i IX na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez niezastosowanie się do rozstrzygnięcia postępowania dla części VI i IX postępowania z dnia 25 marca 2019 r.;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 7a) Pzp, poprzez odrzucenie w dniu 24 kwietnia 2019 r. oferty odwołującego dla części VI i IX postępowania;
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w dniu 24 kwietnia 2019 r. dla części VI i IX postępowania.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności zamawiającego z 24 kwietnia 2019 r. (odrzućcie oferty i unieważnienie postępowania dla części VI i IX) i zobowiązanie zamawiającego do wykonania postanowień z Informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części VI i IX z dnia 25 marca 2019 r.

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania odwołujący podniósł, iż działanie zamawiającego narusza jego interes i działa na jego szkodę, gdyż w wyniku zaskarżonych czynności zamawiający nie udzielił zamówienia dla części VI i IX zamówienia odwołującemu. Tym samym, gdyby zamawiający wskazanym wyżej czynności dokonał prawidłowo, odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienia, a więc oczywiste jest, iż zaskarżone czynności zamawiającego narażają odwołującego na poniesione szkody w postaci kosztów sporządzenia oferty oraz w postaci utraconego zysku wskutek nie udzielenia zamówienia.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1) powyżej odwołujący wyjaśnił, iż w przedmiotowym postępowaniu na rozstrzygnięcie zamawiającego z dnia 25 marca 2019 r. ws. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej dla części VI i IX odwołanie wniósł wykonawca - KSB Polska Sp. z o.o. Postępowanie odwoławcze prowadzone było pod sygnaturą akt KIO 602/19. W dniu 17 kwietnia 2019 r. postępowanie odwoławcze zostało umorzone z uwagi na wycofanie zarzutów przez odwołującego. W ocenie odwołującego zgodnie z obowiązującymi przepisami w przypadku, gdy w postępowaniu wniesione zostało odwołanie na czynność zamawiającego wyboru oferty w odniesieniu do jednej z części zamówienia, zamawiający nie może podpisać umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą wybranym dla tej części. W związku z tym w przypadku, gdy wniesione zostało odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zamawiający winien wstrzymać się z unieważnieniem czynności zaskarżonej i dokonaniem powtórzonej czynności do czasu wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą (art. 183 ust. 1 Pzp). Orzeczenie to może przybrać postać wyroku — gdy przeprowadzona zostanie rozprawa i Izba uwzględni lub oddali odwołanie (art. 192 ust. 1 Pzp), bądź postanowienia - gdy Izba odrzuci odwołanie bądź umorzy postępowanie wskutek cofnięcia odwołania przez wykonawcę (art. 187 ust. 8 Pzp) lub uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 i 3 Pzp). Dopiero w sytuacji, gdy zamawiający uwzględni w całości zarzuty u odniesione w odwołaniu, po zakończeniu postępowania odwoławczego zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu zgodnie z

zadaniem zawartym w odwołaniu. Nadto, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej.

Tym samym odwołujący skonstatował, że skoro odwołanie - KSB Polska Sp. z o.o. zostało przez samego odwołującego skutecznie cofnięte, zamawiający nie dokonuje ponownie czynności wyboru oferty, gdyż wybór dokonany w dniu 25 marca 2019 r. jest wiążący dla wszystkich stron postępowania. Z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 25 marca 2019 r. postępowanie na etapie badania i oceny ofert uległo zakończeniu, w związku z tym ponowna ocena oferty odwołującego dokonana po tej dacie była niedopuszczalna. Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z

przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, a cofnięcie odwołania nie powoduje żadnych skutków prawnych, jakie są związane z jego wniesieniem.

W związku z powyższym zamawiający był związany jedynie dyspozycją z art. 183 ust. 1 Pzp, która wskazuje, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez KIO wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zasady związane z procedurą odwoławczą wskazują, że otrzymanie przez zamawiającego postanowienia o umorzeniu postępowania wydanego przez KIO pozwala uznać, że zakończyło się postępowanie odwoławcze. Zakończenie postępowania daje natomiast możliwość zawarcia umowy bez ryzyka, że naruszony został art. 183 ust. 1 Pzp. Co istotne, jak wskazał powyżej odwołujący cofnięcie odwołania nie powoduje żadnych skutków prawnych jakie są związane z jego wniesieniem.

Co do zarzutu podniesionego w pkt 2 odwołujący wyjaśnił, iż w informacji o odrzuceniu oferty dla części VI i IX z 24 kwietnia 2019 r. zamawiający w uzasadnieniu faktycznym poinformował odwołującego, iż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, gdyż zamawiający jest obowiązany odrzucić ofertę jeżeli wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Według zamawiającego wystarczającą podstawą dla powyższej czynności jest brak samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożone oferty mają konkretną ważność. Termin ważności ofert określa każdorazowo zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 85 ust. 1 Pzp w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp termin związania ofertą nie może być ustalony na okres dłuższy niż 60 dni. Jeśli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ustanawia wadium, musi zostać ono wniesione do upływu terminu składania ofert i obejmować cały okres od terminu składania ofert do upływu terminu związania ofertą. Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie ma obowiązku wzywać wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą. Wskazuje na to dyspozycja art. 85 ust. 2 Pzp. Jeśli zamawiający chce skorzystać z przysługującego mu uprawnienia, może tylko raz w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą.

Następnie odwołujący wyjaśnił, że w sytuacji, gdy zamawiający zwróci się do wykonawcy o

przedłużenie terminu związania ofertą a wykonawca nie wyrazi na to zgody, oferta

5

wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Jednak nie ma podstaw do odrzucenia oferty na podstawie wspomnianej przesłanki, w przypadku braku samodzielnego przedłużenia związania ofertą (w sytuacji gdy zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy o takie przedłużenie). W ocenie odwołującego wykładnia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 7a oraz art. 85 ust. 2 Pzp w zakresie ich obopólnej relacji prowadzi do wniosku, iż odrzucenie oferty wykonawcy może nastąpić 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. W świetle powyższego, kiedy zamawiający nie wzywał wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą, a wykonawcy upłynął termin związania ofertą, brak jest podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp., gdyż w tej sytuacji nie można twierdzić, iż wykonawca nie wyraził zgody. Brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp wskazuje, że odrzuca się ofertę, gdy nie jest wyrażona zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą. Aby wyrazić zgodę na przedłużenie oferty, to trzeba otrzymać w tym zakresie wniosek od zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Takie niezmiennie stanowisko ugruntowane jest w orzecznictwie KIO i sądów powszechnych od lat.

Odwołujący w dalszej kolejności wskazał, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwem KIO, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu

zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu. W świetle przepisów Pzp brak jest jakiegokolwiek przepisu, zgodnie z którym upływ terminu związania ofertą powodowałby nieważność oferty. Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o skuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w pkt 3) odwołujący podniósł, że mając na uwadze powyższe uzasadnienie w przedmiotowym postępowaniu złożono co najmniej jedną ofertę (tj. odwołującego), która nie podlegała odrzuceniu, a tym samym unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp jest niezasadne. W konsekwencji uwzględnienia zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego za zasługujący na uwzględnienie uznać należy także zarzut niezasadnego unieważnienia postępowania.

W ocenie odwołującego zamawiający przedwcześnie unieważnił postępowanie na

podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp nie mając pewności, że czy w postępowaniu nie ma ofert

6

nie podlegających odrzuceniu. Art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp jako przepis nakazujący zakończyć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego bez wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy o zamówienie publiczne, musi być wykładany ściśle. Oznacza to, że nie może być żadnych wątpliwości, co do tego czy przesłanka unieważnienia zaistniała. W okolicznościach przedmiotowej sprawy takie wątpliwości są, zatem bez ich usunięcia niedopuszczalne jest zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, co oznacza, że zamawiający swoim działaniem naruszył treść tego przepisu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca - KSB Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 16 maja 2019 r., zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o:

- odrzucenie odwołania w związku z tym, iż zarzut nr 1) jest z oczywistych względów spóźniony natomiast w odniesieniu do zarzutów nr 2) i 3) odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, tj. z uwagi na zaistnienie przesłanek określonych przepisami art. 189 ust. 2 pkt 3) oraz pkt 2) w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp;
- oddalenie odwołania w związku bezzasadnością podniesionej argumentacji. Mając na uwadze okoliczności zaistniałe w sprawie należy uznać, iż podniesione zarzuty nie mają wpływu na wynik postępowania, co stanowi przesłankę do oddalenia odwołania;
- zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z obowiązującymi przepisami i przedłożoną na rozprawie fakturą VAT.

W związku z wnioskiem o odrzucenie odwołania w odniesieniu do zarzutu w pkt 1) zamawiający podniósł, iż z oczywistych względów zarzut ten należy uznać za spóźniony. Odwołujący wskazuje, iż podstawą zarzutu jest niezastosowanie się przez zamawiającego do rozstrzygnięcia z dnia 25 marca 2019 r., w którym poinformowano o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej dla części VI i IX, przy czym faktyczną ewentualną podstawą odwoławczą w tym zakresie winna być czynność Zamawiającego dokonana pismem z dnia 9 kwietnia 2019 r. w sprawie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części VI oraz IX postępowania, albowiem zamawiający w wyniku tej czynności unieważnił rozstrzygnięcie z dnia 25 marca 2019 r. i przystąpił do ponownej oceny i badania ofert. Skoro odwołujący podniósł zarzut niezastosowania się przez zamawiającego do rozstrzygnięcia z dnia 25 marca 2019 r., to tym samym już w dniu 9 kwietnia 2019 r. powziął wiadomość o okolicznościach faktycznych, które mogłyby taki zarzut uzasadniać. Na obecnym etapie, w odniesieniu do przedmiotowego zarzutu należy uznać, że zachodzi przekroczenie terminu do jego podniesienia.

W odniesieniu do zarzutu w pkt 2) i 3) zamawiający podniósł, iż odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, albowiem na skutek przerwania biegu związania ofertą niemożliwe jest zawarcie umowy z odwołującym. Powyższe zagadnienie potwierdzają poglądy wyrażane w orzecznictwie oraz piśmiennictwie. Dla przykładu w Informatorze UZP nr 3 z 2017 r. wskazano jak poniżej: „W myśl art 66 § 2 Kodeksu cywilnego, 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, zaś oferta złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia. Z przytoczonych przepisów wynika, że Kodeks cywilny przewiduje związanie oferenta treścią złożonej oferty. Związanie jest zatem koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty jako instytucji prawa cywilnego. Stanowi to jeden z najważniejszych skutków prawnych oferty i oznacza obowiązek pozostawania w gotowości do zawarcia zaproponowanej umowy. Po złożeniu oferty decyzja o jej przyjęciu i zawarciu umowy należy wyłącznie do drugiej strony (obłata). Właśnie ze względu na stan związania, w razie przyjęcia oferty oblat będzie mógł domagać się od oferenta wykonania zawartej umowy. Natomiast bezskuteczny upływ terminu związania ofertą przed jej przyjęciem jest równoznaczny z końcem bytu oferty jako takiej. Przenosząc powyższe na grunt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą oznacza obowiązek pozostawania w gotowości do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji do zawarcia proponowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po złożeniu oferty decyzja o jej przyjęciu i zawarciu umowy należy do zamawiającego. Właśnie ze względu na stan związania, w razie przyjęcia oferty, zamawiający będzie mógł domagać się od wykonawcy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W piśmiennictwie wskazuje się, że oferta prawidłowo wybrana od razu przekształca się w swoistą umowę przedwstępną, zobowiązującą do zawarcia przyrzeczonej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast upływ terminu związania ofertą sprawia, że nie można już mówić o istnieniu tej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji zamawiający uznał, iż upływ terminu związania ofertą sprawia, że nie można mówić już o istnieniu oferty odwołującego w postępowaniu, a tym samym o jego interesie we wniesieniu przedmiotowego odwołania.

Odnosnie wniosku zamawiającego o oddalenie odwołania zamawiający w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 1) wyjaśnił, że W przedmiotowym postępowaniu na rozstrzygnięcie zamawiającego z dnia 25 marca 2019 r., w którym poinformowano o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej dla części VI i IX odwołanie wniósł wykonawca KSB Polska Sp. z o.o. W związku z treścią wniesionego przez KSB Polska Sp. z o.o.

odwołania z dnia 1 kwietnia 2019 r., zamawiający dokonał pismem z dnia 9 kwietnia 2019 r. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części VI oraz IX postępowania i przystąpił do ponownej oceny i badania ofert. Przedmiotowa informacja w dniu 9 kwietnia 2019 r. została przekazana wszystkim uczestnikom postępowania, w tym również ówczesnemu odwołującemu spółce KSB Polska Sp. z o.o. oraz obecnemu odwołującemu spółce POMPAX Sp. z o.o. Następnie w dniu 17 kwietnia 2019 r. postępowanie odwoławcze zostało umorzone z uwagi na wycofanie zarzutów przez KSB Polska Sp. z o.o. W świetle powyższego zamawiający uznał, że na obecnym etapie postępowania podniesione przez odwołującego zarzuty wobec naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp w związku z rzekomym niezastosowaniem się do rozstrzygnięcia zamawiającego z dnia 25 marca 2019 r., w którym poinformowano o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej dla części VI i IX, co w ocenie odwołującego stanowiło naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, są w ocenie zamawiającego zupełnie bezpodstawne i bezprzedmiotowe w stosunku do okoliczności faktycznych zaistniałych w postępowaniu. Z nieznanych zamawiającemu powodów odwołujący pomija w opisie stanu faktycznego sprawy istotnej czynności dokonanej przed umorzeniem ówczesnego postępowania odwoławczego — mianowicie pomija fakt, że zamawiający pismem z dnia 9 kwietnia 2019 r. dokonał unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części VI oraz IX postępowania i przystąpił do ponownej oceny i badania ofert. W świetle powyższego podnoszony zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp i rzekome niedostosowanie się do rozstrzygnięcia zamawiającego z dnia 25 marca 2019 r., w którym poinformowano o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej dla części VI i IX, z oczywistych względów nie zasługuje na uznanie, bowiem w dniu umorzenia postępowania odwoławczego, zamawiający prowadził ponowną ocenę i badanie ofert.

Na marginesie Zamawiający zwrócił uwagę, iż zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem, nawet gdyby przed umorzeniem postępowania odwoławczego nie dokonał unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części VI oraz IX postępowania i nie przystąpiłby do ponownej oceny i badania ofert, to mógłby w każdym czasie do dnia zakończenia postępowania takiej czynności dokonać samodzielnie i zweryfikować poprawność podjętych rozstrzygnięć, w tym ponownie czynność oceny ofert. Należy wręcz uznać, że mechanizm kontrolowania procedury przez zamawiającego i w konsekwencji naprawianie popełnionych błędów należy rozpatrywać w kategoriach obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego. Zamawiający bezsprzecznie może więc unieważnić dokonaną ocenę ofert i powtórzyć badanie, a następnie dokonać wyboru. Jedynym ograniczeniem dla ponownej oceny ofert jest fakt podpisania umowy w sprawie zamówienia.

W tym stanie rzeczy argumentacja odwołującego zmierzająca do wskazania

konieczności wstrzymania się zamawiającego w zakresie unieważnienia czynności

zaskarżonej i wstrzymania dokonania powtórnej czynności oceny ofert do czasu wydania

9

orzeczenia przez KIO w ocenie zamawiającego nie znajduje podstaw zarówno w przepisach Pzp jak i orzecznictwa. Jako wystarczające w tym względzie należałoby już nawet uznać literalne odczytanie brzmienia art. 183 ust. 1 Pzp, z którego odwołujący wywodzi swoje twierdzenia o konieczności wstrzymania czynności przez zamawiającego. Tym niemniej ww. przepis stanowi jedynie, iż: „W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”.

Jeśli chodzi o zarzut wskazany w pkt 2) zamawiający wyjaśnił, że W świetle stanu faktycznego sprawy należy podnieść, iż zgodnie z uzasadnieniem faktycznym i prawnym, czynność zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2019 r. polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego została oparta o dwie przesłanki — art. 87 ust. 1 pkt 7a) Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Tym niemniej odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie, kwestionuje jedynie jedną z tych podstaw prawnych i faktycznych. W konsekwencji podstawa odrzucenia oferty oparta o przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp stała się prawomocna, albowiem nie została zakwestionowana przez odwołującego.

Powyższe okoliczności faktyczne determinują konieczność uwzględnienia przepisu art. 192 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia W obecnej sytuacji faktycznej i prawnej na skutek braku zakwestionowania przez odwołującego drugiej z podstaw odrzucenia, ewentualne rozstrzygnięcie zasadności czy braku zasadności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 7a) Pzp nie ma i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, albowiem na skutek uprawomocnienia się drugiej z podstaw odrzucenia oferty odwołującego, nawet ewentualne uwzględnienie przez Izbę zasadności argumentacji odwołującego nie będzie miało wpływu na ukształtowany już skutecznie wynik postępowania oparty o odrzucenie oferty odwołującego, którego podstawą był art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 66 § 1 Kodeks cywilny.

Co do zarzutu dotyczącego zarzutu podniesionego w pkt 3) zamawiający wyjaśnił, iż w świetle stanu faktycznego sprawy oraz argumentacji i wywodów przedstawionych w zakresie zarzutów opisanym w pkt 1) i 2), niewątpliwie zaistniała okoliczność stanowiącą podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony, ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania w związku z tym, iż zarzut nr 1) jest z oczywistych względów spóźniony natomiast w odniesieniu do zarzutów nr 2) i 3) odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, tj. z uwagi na zaistnienie przesłanek określonych przepisami art. 189 ust. 2 pkt 3 oraz pkt 2 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp.

Jeśli chodzi o wniosek dotyczący zarzutu wskazanego w pkt 1) należy wskazać, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Jak ustaliła Izba zamawiający w dniu 25 marca 2019 r. dla części VI i IX zamówienia dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. Natomiast w dniu 9 kwietnia 2019 r. zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części VI oraz IX postępowania, tym samym w wyniku tej czynności unieważnił rozstrzygnięcie z dnia 25 marca 2019 r. i przystąpił do ponownej oceny i badania ofert. W informacji z dnia 9 kwietnia 2019 r. zamawiający podał krótką, jednozdaniową informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części VI oraz IX bez wskazania jakichkolwiek okoliczności faktycznych jak i prawnych tej czynności. W ocenie Izby czynność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części VI oraz IX jakkolwiek pogarszała pozycję odwołującego ponieważ jego oferta nie miała już statusu wybranej najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, jednak z powodu lakoniczności ww. informacji odwołujący mógł pozostawać w niepewności co do okoliczności faktycznych unieważnienia wyboru jego oferty w zakresie części VI i IX postępowania i spodziewać się kolejnych czynności zamawiającego, które dawałyby mu skonkretyzowaną podstawę do podejmowania lub nie dalszych kroków prawnych np. wezwania do wyjaśnień treści oferty lub uzupełnienia dokumentów, ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, wykluczenia go

z postępowania, odrzucenia jego oferty lub unieważnienia postępowania w ramach przedmiotowych części. Dodatkowo składając odwołanie od czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części VI oraz IX postępowania w tym stanie sprawy odwołujący mógłby się narazić na oddalenie jego odwołania w związku z jego przedwczesnym wniesieniem. W związku z tym w ocenie Izby odwołujący w okolicznościach przedmiotowej sprawy mógł pozostawić bez reakcji czynność zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2019 r. i podjąć kroki prawne w postaci wniesienia odwołania po dokonaniu przez zamawiającego dalszych czynności dotyczących odwołującego i takie czynności w ocenie Izby nastąpiły w dniu 24 kwietnia 2019 r. kiedy to zamawiający odrzucił ofertę odwołującego i unieważnił postępowanie w ramach części VI i IX. Tym samym Izba uznała, że wniosek zamawiającego zmierzający do uznania zarzutu wskazanego w pkt 1) jako spóźnionego należy oddalić.

Odnosnie wniosku zamawiającego w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 2) i 3) należy wskazać, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Natomiast art. 179 ust. 1 Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby zamawiający przy przedmiotowym wniosku w sposób nieuprawniony utożsamiał kwestię braku interesu w uzyskaniu danego zamówienia z przesłanką odrzucenia odwołania wskazaną w art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. Już w samej treści wniosku zamawiający wnosil o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 2) i 3) w związku z tym, że odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania. Natomiast z ugruntowanego i jednolitego orzecznictwa Izby wynika, że brak interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej stanowi przesłankę oddalenia odwołania bez jego merytorycznego rozpoznawania, a nie odrzucenia odwołania. Przykładowo można wskazać orzeczenie Izby z 11 stycznia 2017 r. o sygn. akt KIO 2431/16; KIO 2436/16 zgodnie z którym przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia przez Odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy p.z.p. Są to przesłanki materialno-prawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów oraz orzeczenie z 28 stycznia 2015 r. o sygn. akt KIO 104/15, zgodnie z którym w ocenie KIO brak możliwości wykazania się przez odwołującego interesem w uzyskaniu danego zamówienia uniemożliwia merytoryczne rozpoznanie odwołania, gdyż ocena istnienia interesu wykonawcy, w rozumieniu przepisu 179 ust. 1 p.z.p., jako przesłanka materialno-prawna ulokowana została przez ustawodawcę pomiędzy oceną formalną wniesionego odwołania (art. 189 ust. 2 p.z.p.), a możliwością materialnego uwzględnienia/oddalenia odwołania (art. 192 p.z.p.). W związku z tym Izba stwierdziła, że wniosek zamawiającego zmierzający do uznania zarzutów wskazanych w pkt 2) i 3) jako podlegających odrzuceniu z uwagi na brak interesu odwołującego we wniesieniu odwołania należy oddalić.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy KSB Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim, który zgłosił swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Przesłanki przystąpienia uregulowane zostały w art. 185 ust. 2 Pzp, który stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Przywołana regulacja zawiera niezbędne przesłanki przystąpienia, z których na pierwszy plan wysuwa się interes wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Potwierdza to art. 185 ust. 3 Pzp stanowiąc, że wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Orzecznictwo przyjmuje, że pojęcie interesu wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje ma szerszy zakres przedmiotowy, niż wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, jednak nie jest ono nieograniczone.

Jak ustaliła Izba okolicznością bezsporną było, iż oferta wykonawcy KSB Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim została „ostatecznie” odrzucona tj. zamawiający w dniu 5 lutego 2019 r. odrzucił ofertę ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp i wykonawca ten od tej czynności się nie wniósł odwołania.

Zgodnie z art. 2a ust. 2 zd. 2 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, zwanej „dyrektywą odwoławczą” Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania. Ponadto zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 Technische Gebäudebetreuung i Caverion

Osterreich Trybunał orzekł, że Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywa

2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna być zostać odrzucona.

Izba wzięła pod uwagę powyżej cytowane przepisy i stanowiska oraz nie dopatrzyła się żadnej korzyści, jaką wykonawca KSB Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim miałby odnieść z uzyskania rozstrzygnięcia w postępowaniu na korzyść zamawiającego, w sytuacji, gdy sam nie jest już wykonawcą, który ubiega się o udzielenie zamówienia w postępowaniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji zebranej w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 602/19 w tym w szczególności z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) oraz złożonych na rozprawie pism potwierdzonych przez pełnomocnika zamawiającego za zgodność z oryginałem tj.:

- wydruku pisma z dnia 9 kwietnia 2019 r. stanowiącego informację o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla części VI i IX postępowania wraz z dowodem przesłania ww. pisma;
- pisma z dnia 24 kwietnia 2019 r. stanowiącego informację o odrzuceniu oferty odwołującego dla części VI i IX postępowania wraz z dowodem przesłania ww. pisma;
- pisma z dnia 24 kwietnia 2019 r. stanowiącego informację o unieważnieniu postępowania w części VI i IX wraz z dowodem przesłania ww. pisma.

Izba ustaliła co następuje.

Postanowienia dotyczące terminu związania ofertą zostały przez zamawiającego podane w pkt 9 SIWZ. Wskazywały one, iż:

- 9.1. Wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez 60 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert .
- 9.2. 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 na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni
- 9.3. Jeżeli Zamawiający wymagał wadium to przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W pkt 8.1. SIWZ zamawiający zawarł informację dotyczące wniesienia wadium i dla części VI i IX postępowania ustalił kwotę wadium w wysokości odpowiednio 10.000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) i 7.000 zł (słownie: siedem tysięcy złotych). Odwołujący wniósł wadium w formie pieniężnej.

W dniu 25 marca 2019 r. zamawiający w ramach części VI i IX zamówienia wybrał jako najkorzystniejszą ofertę odwołującego. Następnie w dniu 3 kwietnia wykonawca KSB Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie oznaczone sygn. akt KIO 602/19 żądając m. in. unieważnienia ww. czynności oraz wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty. Zamawiający nie

czekając na orzeczenie Izby w dniu 9 kwietnia 2019 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dla części VI i IX zamówienia. W związku z tym wykonawca KSB Polska Sp. z o.o. cofnął odwołanie, a Izba umorzyła je postanowieniem z dnia 17 kwietnia 2019 r. W dalszej kolejności zamawiający w dniu 24 kwietnia 2019 r.:

- odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 66 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.), zwanej dalej: „kc”. Niemniej obie podstawy odrzucenia oferty odwołującego były związane z upływem terminu związania ofertą. Jak wskazał zamawiający w uzasadnieniu faktycznym pisma o odrzuceniu oferty odwołującego w postępowaniu otwarcie ofert odbyło się w dniu 4 lutego 2019 r. Natomiast zamawiający wyjaśnił, że bieg terminu związania ofertą rozpoczął się wraz z upływem terminu składania ofert tj. dnia 4 lutego 2019 r., a związku wniesieniem odwołania od dnia 3 kwietnia 2019 r. do dnia 17 kwietnia 2019 r. uległ zawieszeniu. Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający ustalił, że termin związania ofertą odwołującego upłynął w dniu 19 kwietnia 2019 r.;
- unieważnił postępowania w ramach części VI i IX na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp wskazując w uzasadnieniu faktycznym, że ramach ww. części oferty złożyli KSB Polska Sp. z o.o. oraz odwołujący, przy czym oferta KSB Polska Sp. z o.o. została odrzucona w dniu 5 lutego 2019 r. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp a oferta odwołującego w dniu 24 kwietnia 2019 r. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Treść przepisów:

- art. 91 ust. 1 Pzp - Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia'
- art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą'
- art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 2) i 3) odwołania. W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Jeśli chodzi o zarzut wskazany w pkt 1) odwołania dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez niezastosowanie się do rozstrzygnięcia postępowania dla części VI i IX postępowania z dnia 25 marca 2019 r., Izba w przyjęła argumentację zamawiającego wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie w części dotyczącej wskazania uzasadnienia oddalenia tego zarzutu i mając na uwadze ugruntowane orzecznictwo w tym zakresie uznała, że nawet gdyby zamawiający przed umorzeniem postępowania odwoławczego nie dokonał unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części VI oraz IX postępowania i nie przystąpiłby do ponownej oceny i badania ofert, to mógłby w każdym czasie do dnia zakończenia postępowania takiej czynności dokonać samodzielnie i zweryfikować poprawność podjętych rozstrzygnięć, w tym ponowić czynność oceny ofert. Należy uznać, że mechanizm kontrolowania procedury przez zamawiającego i w konsekwencji naprawianie popełnionych błędów należy rozpatrywać w kategoriach obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego. Zamawiający bezsprzecznie może więc unieważnić dokonaną ocenę ofert i powtórzyć badanie, a następnie dokonać wyboru. Jedynym ograniczeniem dla ponownej oceny ofert jest fakt podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy argumentacja odwołującego zmierzająca do wskazania konieczności wstrzymania się zamawiającego w zakresie unieważnienia czynności zaskarżonej i wstrzymania dokonania powtórnej czynności oceny ofert do czasu wydania orzeczenia w ocenie Izby nie znalazła podstaw zarówno w przepisach Pzp jak i w orzecznictwie. Jako wystarczające w tym względzie należałoby już uznać literalne brzmienie art. 183 ust. 1 Pzp, z którego odwołujący wywodzi swoje twierdzenia o konieczności wstrzymania czynności przez zamawiającego. Tym niemniej ww. przepis stanowi jedynie, iż: „W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”.

W związku z powyższym Izba uznała, że postawiony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp należy oddalić.

Przechodząc do uzasadnienia rozstrzygnięcia w zakresie zarzutu podanego w pkt 2) odwołania Izba w pierwszej kolejności uznała za stosowne wskazać okoliczności związane interesem odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, który był kwestionowany przez zamawiającego.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego, przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego.

W nawiązaniu do powyższego warto podkreślić, że zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, sąd w swoich orzeczeniach nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie, sąd jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod uwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny być zastosowane w rozważanym przypadku (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 13 lipca 2005 r. sygn. akt I CK 132/05, z 2 grudnia 2005 r. sygn. akt II CK 277/05, z 29 października 2008 r. sygn. akt IV CSK 260/08, z 27 marca 2008 r. sygn. akt II CSK 524/07, z 12 grudnia 2008 r. sygn. akt II CSK 367/08, z 19 marca 2012 r. sygn. akt II PK 175/11, z 28 marca 2014 r. sygn. akt III CSK 156/13).

Przenosząc ten pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius*, 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. Zatem Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest upoważniona do oceny odwołania w aspekcie przepisów prawnych, które powinny być zastosowane, jako mające oparcie w ustalonych faktach, bowiem Izba nie jest związana podstawą prawną, wskazaną przed odwołującym. Stanowisko to znalazło potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i Krajowej Izby Odwoławczej.

Jak trafnie podnosi się w orzecznictwie sądów powszechnych zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29 czerwca 2018 r., sygn. akt XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09). Argumentacja ta znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, gdzie zaznacza się, iż „za zarzuty uznaje się przedstawione przez wykonawcę okoliczności faktyczne mające świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Podkreślić także należy, że Izba nie jest związana wskazywaną przez wykonawcę podstawą prawną zarzutów” (zob. wyrok Izby z 30 maja 2017 r. sygn. akt KIO 993/17, por. też wyroki Izby z 2 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1488/17, z 10 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1370/18, z 26 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1075/18, z 27 marca 2019 r. sygn. akt KIO 420/19). Skład orzekający powyższe poglądy podzielił i przyjął za własne. Krajowa Izba Odwoławcza zatem związana jest zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 192 ust. 7 Pzp), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w zarzucie. Warto tu zauważyć, że art. 180 ust. 3 Pzp wymaga wskazania czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, która doprowadziła do naruszenia ustawy oraz zwięzłego przedstawienie zarzutów. W odwołaniu należy też określić żądanie oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne, uzasadniające wniesienie odwołania. Okoliczności faktycznych i prawnych nie można jednak utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa - art. 192 ust. 2 Pzp stanowi bowiem, iż Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - niezależnie od tego, jak to naruszenie w oparciu o przedstawione zarzuty zostanie zakwalifikowane (zob. wyrok Izby z 27 marca 2019 r. sygn. akt KIO 420/19).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę sporu określonego przez zakres zarzutów rozpoznawanego odwołania Izba stwierdziła, że co prawda w treści zarzutu jak i całego odwołania, odwołujący nie wskazał naruszenia treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 66 § 2 kc, który był jedną z podstaw odrzucenia jego oferty niemniej następujące okoliczności w ocenie Izby spowodowały konieczność merytorycznego rozpoznania przedmiotowego zarzutu. Po pierwsze jak wynika z treści informacji z dnia 24 kwietnia 2019 r. o odrzuceniu oferty odwołującego w ramach części VI i IX zamówienia obie podstawy odrzucenia oferty odwołującego odnosiły się do upływu terminu związania ofertą odwołującego, co wynika z ustaleń faktycznych podanych przez zamawiającego w tej informacji. Do tej okoliczności tj. upływu terminu związania jego ofertą odnosił się odwołujący w swoim odwołaniu. Po drugie w odwołujący (str. 6 akapit 2 odwołania) wskazał, że: Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą KIO, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości,

polegającego na umożliwieniu zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w

sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie Wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną (pogrubienie własne Izby) lub podlegającą odrzuceniu oraz W świetle przepisów Ustawy Pzp brak jest jakiegokolwiek przepisu, zgodnie z którym upływ terminu związania ofertą powodowałby nieważność oferty (pogrubienie własne Izby). Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o skuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Mając na uwadze powyżej wskazane fragmenty odwołania Izba uznała, że w swojej argumentacji odwołujący odnosił się także do niemożności uznania oferty za nieważną w związku z

upływem terminu związania ofertą a do tego odnosi się treść art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Po trzecim w żądaniach stawianych w odwołaniu, odwołujący domagał się unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty bez wskazania na konkretną podstawę prawną. Reasumując w ocenie Izby brak wskazania w odwołaniu wszystkich przepisów stanowiących podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego nie stanowi przeszkody do merytorycznego rozpoznania przedmiotowego zarzutu, gdyż Izba jest uprawniona do

orzekania w sytuacji, gdy opis czynności lub zaniechania zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów Pzp i nie budzą one żadnych wątpliwości.

Przechodząc już do merytorycznego rozpatrzenia odwołania w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2) Izba nie podzieliła podnoszonej przez zamawiającego argumentacji, że brak przedłużenia terminu związania ofertą powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 66 § 2 kc.

W ocenie Izby na gruncie Pzp 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 odrzucenia takiej oferty, ponieważ przepisy Pzp - stanowiące *Zex specialis* w stosunku do przepisów kc - 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. z art. 85 ust. 2 Pzp, 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 Pzp brak jest jakiegokolwiek przepisu, który upływ terminu związania ofertą wiązałby z jej wygaśnięciem czy nieważnością. Wskazywany przez zamawiającego art. 66 § 2 kc, który mógłby mieć zastosowanie w oparciu o art. 14 Pzp., dotyczy cywil i stycznego związania ofertą, które na gruncie Pzp 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 kc oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy, zaś na podstawie 66 § 2 kc 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 kc, 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 Pzp, norma

rekonstruowana w zakresie związania ofertą nie uwzględnia treści art. 66 § 2 kc, gdyż

przepis ten jest zastępowany przez przepisy szczególne zarówno co do materialnoprawnej

struktury zobowiązania jakie ze sobą niesie, terminu związania jak i jego skutków (/ex

specialis derogat legi generali). Na gruncie Pzp to nie wykonawca składający ofertę określa

19

termin związania ofertą, ale zamawiający, zgodnie z art. 85 ust. 1 Pzp, który stanowi, że

wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ - 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 kc, 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 związanie ofertą wygasa. W konsekwencji, po upływie terminu określonego w ofercie, w oparciu o 66 § 2 kc, oferta złożona na gruncie kc 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 Pzp 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 kc. 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 związanie ofertą na gruncie Pzp 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 (zob. wyrok Izby z 11 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 105/19).

Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 16 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14 Z uwagi na tak istotne różnice w zakresie doniosłości skutków przyjęcia oferty na gruncie przepisów (samostne, 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 prawo zamówień publicznych w zakresie skutków i konsekwencji upływu terminu związania ofertą. Z uwagi na tak doniosłe skutki przyjęcia oferty z kodeksu cywilnego (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 prawa zamówień publicznych 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.

MM konsekwencji powyższego na gruncie Pzp 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 września 2012 r., sygn. akt XIII Ga 379/12, wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 17 stycznia 2014 r. sygn. akt IX Ga 392/13, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 lipca

2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 czerwca

2015 r., sygn. akt sygn. XXIII Ga 729/15, postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 24 lutego 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 przeciwnych.

Ponadto z treści postanowienia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 lipca 2017

r. w sprawie Saferoad Grawil et Saferod Kabex, o sygn. akt C-35/17, Izba wyciągnęła

zupełnie odmienne wnioski niż zamawiający. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty

odwołującego w zakresie części VI i IX cytował fragmenty ww. postanowienia jako

okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty odwołującego zarówno na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 7a Pzp jak i art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. W ocenie Izby Trybunał w przedmiotowym

orzeczeniu dostrzegł, że wskutek występujących od wielu lat sporów dotyczących upływu

terminu związania ofertą, polskie orzecznictwo wypracowało dwie równoległe linie, co

spowodowało brak pewności prawnej zarówno dla wykonawców, jak i zamawiających. W tej

sytuacji TSUE kategorycznie stwierdził, że jeżeli wykluczenie wykonawcy z postępowania ze

ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, to zasady równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej. Warto dodać, że zamawiający w SIWZ nie przewidział wyraźnie w treści SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu sankcji odrzucenia ofert wykonawcy, co do której upłynął termin jej związania. 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.

W związku z powyższym Izba uznała, że zamawiający w sposób niezgodny z przepisami odrzucił ofertę odwołującego naruszając tym samym treść art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w pkt 3) Izba stwierdziła, że mając na uwadze powyższe stanowisko należy uznać, że w postępowaniu złożono co najmniej jedną ofertę, która na ten moment nie podlegała odrzuceniu, a tym samym unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp było niezasadne. W konsekwencji uwzględnienia zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego za zasługujący na uwzględnienie Izba uznała także zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp dotyczący niezasadnego unieważnienia postępowania w zakresie części VI i IX zamówienia.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp. Izba uwzględnia 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 Pzp., ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia postępowania w zakresie części VI i IX.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, 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.

Ponadto mimo tego, iż jeden z zarzutów postawionych w odwołaniu został oddalony, Izba nie znalazła uzasadnienia dla częściowego rozdzielenia kosztów pomiędzy strony, gdyż w ocenie Izby odwołanie w istotnym i kluczowym dla odwołującego zakresie dotyczącym odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania w zakresie części VI i IX zostało uwzględnione i tym samym ma on szanse na to, iż jego oferta zostanie w tych częściach uznana za najkorzystniejszą.

Przewodniczący: