Sygn. akt: KIO 324/17

Wyrok
z dnia 7 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 07 marca 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20.02.2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **I.T.S.C. Sp. z o.o. sp.k., C.S. Sp. z o.o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **U.Ś.K., (...)**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **P.P.H.E., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert
2. kosztami postępowania obciąża **P.P.H.E., (...), i:**
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 **zł** 00 **gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **I.T.S.C. Sp. z o.o. sp.k., C.S. Sp. z o.o., (...)** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od przystępującego, wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia odwołania **P.P.H.E., (...)** na rzecz odwołującego **I.T.S.C. Sp. z o.o. sp.k., C.S. Sp. z o.o., (...)** tytułem zwrotu kosztu kwotę 10 000 **zł** 00 **gr** (słownie: dziesięć tysięcy zł zero groszy uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 324/17

UZASADNIENIE

U.Ś.K., (...), dalej zwany „Zamawiającym" prowadzi postepowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego nr (...) o wartości zamówienia poniżej kwoty 5.225.000 EUR pn.: „Przebudowa instalacji przeciwpożarowej w budynku Wydziału Nauk o Ziemi przy (...) w zakresie przebudowy systemu sygnalizacji pożaru, przebudowy instalacji oświetlenia ogólnego i awaryjnego oraz montażu sufitów podwieszonych - etap Ha".

Zamawiający w dniu 13 lutego 2017 r. poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia I.T.S.C. Sp. z o.o. sp.k., C.S. Sp. z o.o., (...), dalej zwanych „Odwołującym" o odrzuceniu ich oferty.

Od takiej czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 85 2) ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe odrzucenie przez ust. 2 Zamawiającego oferty Odwołującego;
3) art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) uchylenia czynności wyboru

2) uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych,

3) dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że Zamawiający w informacji wskazał, iż podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi na upływ terminu związania ofertą w dniu 09 lutego 2017r. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, na przedłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający stwierdził, że skorzystał już w postępowaniu z dyspozycji art, 85 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych i nie mógł ponownie wezwać Wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą. Według Zamawiającego Wykonawca mógł jednak na podstawie ww,

---

przepisu samodzielnie złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania na kolejny okres, czego nie uczynił przed upływem terminu związania ofertą.

W ocenie Odwołującego czynność dokonana przez Zamawiającego jest wadliwa, gdyż nie ma podstaw prawnych do odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy prawo zamówień publicznych. Przepis art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy prawo zamówień publicznych stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art, 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Mając brzmienie powyższego przepisu na względzie, Odwołujący stwierdza, że w niniejszej sprawie nie można stosować przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż nie można mówić o braku zgody Wykonawcy na przedłużenie związania ofertą, która mogłaby skutkować odrzuceniem oferty, albowiem Zamawiający z takim wnioskiem do wykonawców w ogóle nie wystąpił i tym samym wykonawców o taką zgodę nikt nie pytał.

Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost, iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody, W przypadku zaś kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody- nie zgodził się, na przedłużenie okresu związania ofertą.

Zamawiający w prezentowanym na rozprawie stanowisku wskazał, że Zamawiający uznaje zasadność argumentacji przedstawionej w odwołaniu. Stwierdził, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty Odwołującego już skorzystał z możliwości wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą i dlatego też o tym czy wykonawca będzie dalej związany ofertą zależy wyłącznie od wykonawców. Faktycznie, Odwołujący nie przedłużył samodzielnie terminu związania ofertą. Podkreśla, że oferta była i nadal jest zabezpieczona wadium, ponieważ Odwołujący złożył wadium w formie pieniężnej do kasy Zamawiającego. Wadium to nie zostało zwrócone i nadal zabezpiecza ofertę Odwołującego. Nadto podniósł, że z okoliczności sprawy należy uznać, że Odwołujący jest nadal zainteresowany zwarciem umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, wyjaśnienia te zostały złożone Zamawiającemu w dniu 8 lutego, a w dniu 9 lutego kończył się okres związani ofertą. Tym samym jeśli Odwołujący nie byłby zainteresowany dalej udziałem w postępowaniu to nie składałby wyjaśnień. Zamawiający po analizie argumentacji przedstawionej w odwołaniu uznał, iż popełnił błąd ponieważ możliwość wykluczenia wykonawcy w trybie art. 89 ust. 2 pkt 7a jest tylko w sytuacji kiedy po wezwaniu przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą wykonawca nie składa oświadczeń w tym zakresie. Dlatego też uznał, iż

---

wskazana podstawa prawna dotyczy innej sytuacji niż ta, która miała miejsce w postepowaniu. Biorąc pod uwagę powyższą argumentację postanowił uwzględnić zarzuty w całości.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnoszący sprzeciw od uwzględnienia odwołania wykonawca S.O.P.P.H.E. (...) w złożonym piśmie procesowym podał, że zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z 85 ust. 2 ustawy PZP są bezprzedmiotowe, a zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przedwczesny z uwagi na niedokonanie do chwili

obecnej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Podał, że podziela argumentację Zamawiającego wskazaną w uzasadnieniu do dokonanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w szczególności w zakresie terminu na przedłużenie związania ofertą (KIO 1191/11), braku możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert, których termin związania wygasł. Wskazał, iż realizując postulat inicjatywy i dbałości o swoje interesy wyrażony w wyroku KIO z 7 marca 2014 r. (KIO 276/14) monitorował upływ terminu związania ofertą i samodzielnie złożył Zamawiającemu oświadczenie o przedłużeniu terminu związania swoją ofertą. Trudno podzielić stanowisko Odwołującego, iż zaniechanie poinformowania Zmawiającego o przedłużeniu terminu związania ofertą pozostaje bez związku dla statusu jego oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Podkreślił, że nie ma znaczenia podnoszona przez Odwołującego ważność wniesionego wadium w okresie po wygaśnięciu terminu związania ofertą. Pozostaje ona bez znaczenia dla formalnoprawnego związania ofertą. Jest to jedynie zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą. Wadium wniesione w postaci innej niż pieniądz nie podlega przecież fizycznemu zwrotowi więc trudno mówić, iż w praktyce termin związania oferta i ważności wadium pokrywa się, czy jest w jakiś sposób powiązany. Nawet w sytuacji zwrotu wadium w pieniądzu moment braku związania ofertą, odrzucenia oferty, wyboru innej oferty jako najkorzystniejszej mający dla wykonawcy efekt zwolnienia z obowiązku zawarcia umowy nie pokrywa się z momentem zwrotu fizycznie złożonego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowisko odwołującego wskazane w odwołaniu, zamawiającego zaprezentowane na rozprawie oraz przystępującego wyrażone na rozprawie i w złożonym piśmie procesowym ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, iż zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z postępowania potwierdził się i wobec tego odwołanie zostało uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniona została przez Odwołującego materialno-prawna przesłanka posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Osią sporu w przedmiotowej sprawie była kwestia, czy Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy w sytuacji kiedy wykonawca nie przedłużył samodzielnie, terminu związania ofertą.

Na wstępie oceny podniesionych zarzutów Izba zgadza się ze stanowiskiem Przystępującego iż podnoszenie na tym etapie postepowania zarzutów wobec czynności Zamawiającego dotyczących naruszenia art. 7 ust.3 oraz art. 91 ust.1 jest niezasadne, gdyż możliwość ich naruszenia może nastąpić dopiero czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ponadto wskazać należy iż zmiana ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. dokonała uchylenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który w poprzednim stanie prawnym przewidywał sankcję wykluczenia wykonawcy z postepowania w przypadku braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Po ww. zmianie ustawy przesłanka ta została przeniesiona do katalogu obligatoryjnych przesłanek odrzucenia oferty – art. 89 ust.1 pkt 7a Pzp. Biorąca pod uwagę podobieństwo obu ww. przepisów zasadne jest w sytuacjach objętych sankcją z art. 89 ust.1 pkt 7a przywoływanie orzeczeń, wydanych w stanie prawnym przed zmianą ustawy Pzp., a dotyczących możliwości wykluczenia wykonawcy z postepowania z powodu nie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.
Tożsamość sytuacji wynika także z faktu, iż zarówno przesłanki wykluczenia jak i odrzucenia oferty stanowią katalog zamknięty, a ze względu na charakter zawartego w nim uregulowania wykluczona jest jakakolwiek rozszerzająca ich interpretacja. Jest bowiem zasadą, iż cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sprowadza się do wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia z wybranym wykonawcą umowy.

Przed oceną zasadności podniesionego zarzutu wskazać należy także, iż w świetle przepisów ustawy Pzp nie zostało wyraźnie rozstrzygnięte, jaka czynność Zamawiającego będzie właściwa w sytuacji nieprzedłużenia terminu związania ofertą, i jakie są skutki

wynikające z bezskutecznego upływu terminu związania ofertą w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W praktyce możliwe jest rozpatrywanie powyższej sytuacji przez pryzmat podstawy do odrzucenia oferty. Można zastanawiać się także, czy oferta, co do której

---

upłynął bezskutecznie termin związania ofertą, nadal jest ofertą, a także czy po upływie tego terminu jest ofertą ważną. Ustawa nie rozstrzyga wyraźnie tej kwestii, przewidując w art. 89 ust.1 pkt 7a Pzp w powiązaniu z wymogiem określonym w art. 85 ust.2 Pzp podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy który nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą.

Ten dualizm znajduje także odzwierciedlenie w licznych wyrokach Sądów Okręgowych. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2014 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygnaturą akt XXIII Ga 924/14, wskazał, że *z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów p.z.p., należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy.* Podobnie Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku o Sygn. akt XIII Ga 379/12 uznał, że *„celem związania ofertą jest umożliwienie dochodzenia przez zamawiającego spełnienia zobowiązania zawartego w ofercie wykonawcy. Służy to więc głównie zabezpieczeniu interesów zamawiającego, a nie wykonawcy (…)Po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą jednakże różnicą* że *działania zgodne z jej treścią (czyli zawarcie umowy na warunkach w ofercie oznaczonych) zależne jest już wyłącznie od suwerennej decyzji wykonawcy".* W wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 17 stycznia 2014 r. w spr. IX Ga 392/13 w uzasadnieniu podkreślono, że „nie *ma podstaw by, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, przyjąć,* że *nieprzedłużenie związania ofertą w sytuacji braku wezwania przez zamawiającego, było równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego (…) zamawiający może wykluczyć z postępowania na tej podstawie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co oznacza,* że *zamawiający musi wykazać,* że *występował do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Dopiero brak zgody wykonawcy bądź nieprzedłużenie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie zamawiającego powoduje,* że *powstają przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Brak zgody w myśl powołanego przepisu musi być wyraźny, tak by możliwe było jednoznaczne zinterpretowanie zachowania wykonawcy, czy to w postaci złożenia oświadczenia woli czy też określonego działania bądź zaniechania (art. 60 KC). W ocenie tego Sądu, wykładnia językowa i systemowa omawianego przepisu nie pozostawia wątpliwości i jest ugruntowana w orzecznictwie sądów powszechnych, co potwierdza orzeczenie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. wydane w sprawie o sygnaturze akt VI Ga 192/10 w którym Sąd uznał,* że *upływ terminu związania ofertą w ż*adnym *przypadku, sam przez się, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy (przyp. obecnie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 7a) bowiem nie stanowi przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy.*

Odmienne stanowisko w kwestii braku związania ofertą zajął Sąd Okręgowy w Tarnowie, który w wyroku13 lutego 2014 r. sygn. akt I Ca 495/13, przyjął że „konsekwencje *upływu terminu związania ofertą należy oceniać przez pryzmat art. 66 k.c., na podstawie którego stan związania ofertą jest istotnym, konstytutywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy, stanowiącego ofertę. Oferta wygasa wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym oferent był swoją ofertą związany.(…) W konsekwencji uznano,* że *o ile ustawa dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, to wybranie oferty, którą wykonawca nie jest związany, narusza prawo. (…) Wykonawca poprzez przedłużenie terminu związania ofertą musi wykazać,* że *miał wolę przedłużenia okresu związania z ofertą, albowiem oświadczenia woli wykonawcy w tym zakresie nie może mieć charakteru dorozumianego, ale winno być wyrażone wprost. W ocenie Sądu, przeciwnie do stanowiska zajętego przez autora skargi, wybór oferty, której termin związania wygasł, pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art 7 ust. 1 Pzp.*

Zauważyć należy także iż w przeważającej linii orzeczniczej KIO prezentowane jest stanowisko, że *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 (por. wyroki z dnia 2 kwietnia 2013 r. sygn. KIO 655/13, z dnia 17 kwietnia 2013 r. sygn. KIO 719/13, z dnia 21 maja 2013 r. sygn. KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13,).

Przechodząc do oceny zasadności podniesionego zarzutu, dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu nie dokonania samodzielnego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą Izba uznaje, że Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż brak jest podstawy prawnej w tym zakresie. Izba w całości uznaje za słuszny pogląd iż przesłanki odrzucenia ofert wymienione w art. 89 ust.1 nie zawierają dyspozycji prawnej w tym zakresie. Próba wywodzenia z treści art. 89 ust.1 pkt 7a – sytuacji, kiedy wykonawca *nie wyraził zgody* na przedłużenie terminu związania ofertą, na sytuację kiedy wykonawca *samodzielnie nie przedłużył* terminu związania ofertą jest niezasadne, a wydaje się być możliwe tylko w sytuacji rozszerzającej interpretacji tej przesłanki, czy też wywodzenia podstawy do odrzucenia poprzez analogię sytuacji, gdyż skutkiem w obu przypadkach jest brak związania ofertą.

Izba w tym zakresie przyjmuje ww. orzeczenia sądów i KIO z których wynika, że brak samodzielnego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą nie może być podstawą do odrzucenia oferty takiego wykonawcy, uznając je również jako stanowisko własne Izby w tej sprawie, bez potrzeby ponownego ich powielania. Podkreślić należy także fakt iż w żadnym z cytowanych orzeczeń sądów nie zostało stwierdzone, że brak terminu związania ofertą jest podstawą do wykluczenia wykonawcy (obecnie odrzucenia oferty). Natomiast rozbieżności dotyczą kwestii, czy jest możliwy wybór takiej oferty jako najkorzystniejszej, gdyż możliwość podpisania umowy z wykonawcą który nie potwierdził na ten termin związania ofertą, jest w orzecznictwie możliwością niekwestionowaną. W orzecznictwie kwestia ta jest także postrzegana, stosownie do okoliczności konkretnej sytuacji, jako nie skutkująca automatycznym odrzuceniem oferty wykonawcy.

Izba nie odnosi się do kwestii co winien uczynić Zamawiający w przedmiotowym stanie faktycznym, gdyż przedmiotem zaskarżenia był tylko zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie z treścią art. 192 ust.7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem, odwołanie może podlegać rozstrzygnięciu wyłącznie w zakresie, jaki wynika z podniesionych zarzutów (a nie oczekiwań Zamawiającego w tym zakresie, podnoszonych na rozprawie).

Reasumując Izba stwierdza, iż w świetle powyższego zasadnym było uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów odwołania, a w związku ze zgłoszonym sprzeciwem i wynikiem odwołania kosztami postepowania został obciążony Przystępujący.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i § 5 ust.2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący …….