

sygn. akt: KIO 3333/20

WYROK
z dnia 8 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **B. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Instalatorstwo Elektryczne B. K., ul. Ks. B. Markiewicza 46; 37-560 Pruchnik** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Pruchnik, ul. Rynek 1; 37-560 Pruchnik**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **B. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Instalatorstwo Elektryczne B. K., ul. Ks. B. Markiewicza 46; 37-560 Pruchnik** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **B. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Instalatorstwo Elektryczne B. K., ul. Ks. B. Markiewicza 46; 37-560 Pruchnik**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.)

w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) 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:.....

sygn. akt: KIO 3333/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Pruchnik, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Pruchnik wraz ze świadczeniem usługi konserwacji*

i obsługi urządzeń oświetlenia ulic, placów, dróg i miejsc publicznych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 18 października 2020 r., pod nr 603349-N-2020.

Dnia 7 grudnia 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 14 grudnia 2020 roku wykonawca B. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Instalatorstwo Elektryczne B. K. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - przez odrzucenie oferty odwołującego i w konsekwencji unieważnienie postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji unieważnienie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego, przeprowadzenie przez Izbę dowodów zawnioskowanych w odwołaniu oraz na rozprawie, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa i reprezentacji przed Izbą oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę (zgodnie z treścią rozliczenia kosztów złożonego na rozprawie).

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta jest ważna i skuteczna, odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta nie podlega odrzuceniu. Po dokonaniu wykluczenia wykonawcy Linter Energia sp. z o.o. jest jedyną ważną ofertą. Na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, odwołujący, który złożył prawidłową i rzetelnie wycenioną ofertę, został tym samym pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej jako „KIO”) zasadności odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący uzyska przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający w piśmie z dnia 7 grudnia 2020 roku uznał, że w toku postępowania brak jest ofert niepodlegających odrzuceniu i jednocześnie dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Z uzasadnienia powyższej czynności wynika, że podstawą do takiego założenia, w stosunku do odwołującego, było zaniechanie przedłużenia terminu związania ofertą oraz brak zabezpieczenia oferty wadium. Zamawiający powyższą okoliczność ujął w uzasadnieniu faktycznym czynności wskazując, że: „Na podstawie art. 24 ust. 12 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP Zamawiający wykluczył Wykonawcę firmę Linter Energia Sp. z o.o.

ul. Tadeusza Boya - Żeleńskiego 23 35-105 Rzeszów a jego ofertę uznaje się za odrzuconą. Wykonawcy INSTALATORSTWO ELEKTRYCZNE B. K. ul. Ks. B. Markiewicza 46, 37-560 Pruchnik, po wyborze najkorzystniejszej oferty, w dniu 01-12-2020 r. zwrócono wadium, ponadto termin związania ofertą minął dnia 04-12-2020 r. W związku z powyższym w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3.”.

Odnosząc się do powyższych okoliczności faktycznych odwołujący wskazał, że nie był wzywany przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą, zatem czynności przedłużenia tego terminu dokonał samodzielnie w dniu 07.12.2020 r. składając stosowne oświadczenie w kancelarii zamawiającego w okolicach godziny 14.00 i składając jednocześnie dowód wniesienia nowego wadium (dokument przelewu z godz. 13.58). Oferta odwołującego nie była ofertą najkorzystniejszą - a zatem wadium wpłacone w formie gotówki zostało przez zamawiającego zwrócone. Mimo to zamawiający na swojej stronie internetowej informację o unieważnieniu zamieścił w tym samym dniu, w którym odwołujący złożył oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz wniósł nowe wadium (godz. 17.04 - stan wg aktualizacji strony internetowej). W ocenie odwołującego, wobec faktu, iż złożył on oświadczenie woli wskazujące, że czuje się związany złożoną w postępowaniu ofertą oraz, że przedłuża

termin jej związania o kolejne 30 dni brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji unieważnienia całego postępowania. Jak wynika bowiem z jedynej przesłanki odrzucenia oferty, jaka mogłaby mieć zastosowanie

w istniejącym stanie faktyczny, podstawą odrzucenia oferty wykonawcy może być jedynie brak zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużeniu terminu związania ofertą (art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp). W ocenie odwołującego brak zgody na przedłużenie tego terminu może mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia zamawiającego o jego przedłużenie. Taka okoliczność nie miała zaś miejsca w niniejszym postępowaniu. W ocenie odwołującego zamawiający nie miał żadnych podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji nie miał żadnych podstaw do unieważnienia postępowania. Czynność unieważnienia postępowania, mając na uwadze sekwencję zdarzeń i uzasadnienie faktyczne czynności z dnia 07.12.2020 r., była czynnością wynikową i jej prawna skuteczność jest uzależniona od skuteczności czynności ją poprzedzających. Stąd też w niniejszym wypadku może zostać objęta zaskarżeniem, gdyż w przypadku uwzględnienia zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, podzieli ona los tego właśnie zarzutu. Zgodnie z orzecznictwem, hipotezą normy prawnej ujętej w treści art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, nie jest objęta okoliczność braku związania ofertą (która w niniejszym stanie faktycznym nie miała miejsca, gdyż odwołujący stosowne oświadczenie złożył przed czynnością odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania), lecz jedynie brak zgody na przedłużenie tego terminu w odpowiedzi na wezwanie podmiotu zamawiającego. Takie stanowisko zostało wyrażone m.in. w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 sierpnia 2019 r, sygn. akt: KIO/KU 56/19.

Następnie odwołujący powołał się na inne orzeczenie Izby, które w ocenie odwołującego popiera jego stanowisko w sprawie zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów, tj. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2018 r., sygn. akt: KIO 1371/18, oraz orzeczenie unijnego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu.

Odwołujący stoi na stanowisku, że zamawiający w sposób niezasadny odrzucił jego ofertę i tym samym, w konsekwencji, unieważnił postępowanie.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, iż zarzut z art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 93 ust. 1 ustawy PZP, poprzez odrzucenie oferty odwołującego i w konsekwencji unieważnienie postępowania jest bezprzedmiotowy. Wskazana przez odwołującego czynność zamawiającego, tj. odrzucenia oferty odwołującego nie została podjęta w przedmiotowym postępowaniu o udzieleniu zamówienia.

W dniu 30.11.2020 r., zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Linter Energia sp. z o.o. Drugą ofertą była oferta odwołującego. Natomiast 01.12.2020 r., zamawiający zwrócił wadium odwołującemu. W dniu 01.12.2020 r., do zamawiającego wpłynęła prośba od odwołującego o udostępnienie dokumentacji przetargowej w zakresie załącznika nr 4 do s.i.w.z. - „wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia”. W związku z potwierdzeniem wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez Linter Energia sp. z o.o., zamawiający w dniu 04.12.2020 r. o godzinie 14.22 przesłał w/w spółce

e-mailowo umowę z prośbą o uzupełnienie w zakresie osoby do kontaktu ze strony wykonawcy, podpisanie w dniu 07.12.2020 r. i odesłanie na adres zamawiającego. W dniu 04.12.2020 r. między godziną 14.27 a godziną 14.54 do zamawiającego wpływają dwa pisma. W dniu 07.12.2020 r. celem zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskutek powzięcia wiadomości, że zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożony na wezwanie zamawiającego przez firmę LINTER Energia sp. z o.o. dnia 20.11.2020 r., uzupełniony dnia 30.11.2020 r. wykaz osób (załącznik nr 4 do s.i.w.z.) wraz z załącznikami nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy PZP, wykonawcę Linter Energia sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie przedłożonego wykazu osób załącznika nr 4 do s.i.w.z. z terminem ich złożenia dnia 07.12.2020 r. do godziny 13.

W dniu 07.12.2020 r. do zamawiającego wpływa:

1. pismo Wykonawcy Linter Energia sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2f ustawy PZP. Wyjaśnienia nie potwierdzają, że wykonawca Linter Energia sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu,

2. oświadczenie odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z potwierdzeniem operacji wpłaty wadium z godziny 13.58 dnia 07.12.2020 r.

tego samego dnia tj., 07.12.2020 r., zamawiający:

a)wykluczył wykonawcę Linter Energia sp. z o.o., a jego ofertę uznał za odrzuconą,

b)uznał, iż oferta odwołującego wygasła, ze względu na upływ terminu związania ofertą, tym samym odwołujący nie zachował ciągłości związania ofertą poprzez samodzielne złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z ponownym wniesieniem wadium w terminie związania ofertą tj. do 04.12.2020 r.

c)unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, ponieważ

w postępowaniu jedyna oferta została uznana za odrzuconą na mocy art. 24 ust. 4 ustawy PZP, z uwagi na fakt, że wykonawca, który ją złożył został wykluczony na podstawie art. art. 24 ust. 12 ustawy PZP w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

W konsekwencji powyższego w dniu 08.12.2020 r., zamawiający zwrócił: wadium i zabezpieczenie należytego wykonania umowy wykonawcy Linter Energia sp. z o.o. oraz ponownie wniesione dnia 07.12.2020 wadium przez odwołującego. Tym samym zamawiający dokonał wszelkich czynności formalnych, niezbędnych do przeprowadzenia procedury unieważnienia postępowania.

Zamawiający wskazał, odnosząc się do zarzutu, iż nie odrzucił oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a, ani żadnej innej. W ocenie zamawiającego, w momencie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, oferta odwołującego wygasła z upływem terminu związania ofertą, który nastąpił dnia 04.12.2020 r.

Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z ponownym wniesieniem wadium odwołujący złożył dopiero 07.12.2020 r., czyli po upływie terminu związania z ofertą. Odwołujący chcąc podtrzymać wolę uzyskania zamówienia na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy PZP, miał możliwość wydłużenia terminu związania ofertą z własnej inicjatywy,

tj. począwszy od 01.12.2020 r. od momentu, kiedy zwrócił się z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji przetargowej w zakresie załącznika nr 4 do s.i.w.z. - „wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia”.

Mając powyższe na uwadze, zamawiający podkreślił, że czynności, które doprowadziły do wykluczenia wykonawcy Linter zostały zainicjowane przez odwołującego.

Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 03.03.2015 r., KIO 140/15, LEX nr 1653812 „od wykonawcy będącego profesjonalnym podmiotem uczestniczącym

w obrocie gospodarczym wymagana jest szczególna staranność przejawiająca się również w znajomości przepisów Prawa zamówień publicznych i we właściwym ich stosowaniu. Dlatego też uznaje się, że skoro wykonawca nie został wezwany do przedłużenia terminu związania ofertą, mógł i powinien takiej czynności dokonać samodzielnie. Nieskorzystanie przez zamawiającego z przysługującego mu z mocy art. 85 ust. 2 p.z.p. uprawnienia nie może być postrzegane jako sprzeczne z prawem ani też z dobrymi obyczajami w sytuacji, gdy wszyscy wykonawcy mieli nieskrępowaną możliwość samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 2 p.z.p.”.

W wyroku KIO z 10.05.2016 r., sygn. akt KIO 639/16 (LEX nr 2048581) wskazano, że:
„w ocenie Izby, za słuszny w sprawie należy uznać pogląd, w myśl którego skutki wygaśnięcia terminu związania ofertą należy definiować i rozpoznawać z uwzględnieniem norm, wynikających z przepisów kodeksu cywilnego. Regulacja art. 14 ustawy wprost odsyła do przepisów kodeksowych, które znajdują zastosowanie, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postępowanie prowadzone w oparciu o przepisy ustawy nie można rozpatrywać w oderwaniu od przepisów kodeksu cywilnego, który reguluje instytucję związania ofertą.” Na konieczność stosowania norm przepisów kodeksu cywilnego

w zakresie instytucji związania ofertą, wskazuje bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyrok z dnia 31 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 109/13, wyrok z dnia 23 października 2013 r., sygn. akt 2390/13. Stanowisko to zostało potwierdzone w wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 13 lutego 2014 r. sygn. akt I Ca 495/13, wydanym w przedmiocie skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2013 r., sygn. akt KIO 2390/13, gdzie wskazano m.in.: „Ponieważ czynności dokonywane w toku postępowania, jak i umowy będące rezultatem postępowania mają charakter cywilnoprawny, ofertę wykonawcy oraz materię związaną

z wygaśnięciem związania ofertą rozpatrywać należy na gruncie art. 66 k.c.”

Ww. Sąd wskazał także, 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. (...). 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 wygaś, pozostaje w uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp.”.

W świetle powyższego niewątpliwie jest, że termin związania ofertą jest istotnym, konstytutywnym elementem oświadczenia woli wykonawcy zmierzającego do zawarcia umowy. Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w doktrynie i orzecznictwie związanie ofertą jest oświadczeniem wykonawcy potwierdzającym jego uczestnictwo w postępowaniu

o udzielenie zamówienia i gotowość zawarcia umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie. Związanie ofertą oznacza, że adresat oferty (oblat) może przez jej proste przyjęcie doprowadzić do zawarcia umowy o treści określonej w ofercie. Związanie ma charakter ciągły, nieprzerwany, co oznacza konieczność dbałości wykonawcy o aktualność związania złożoną przez niego ofertą. Posłużenie się w przepisach ustawy — Prawo zamówień publicznych pojęciem przedłużenia terminu związania ofertą wyklucza możliwość przerwy

w stanie związania ofertą, co zostało potwierdzone w bogatym orzecznictwie KIO, np. KIO 2020/12, KIO 1804/12, KIO 109/13, KIO 1817/12 i KIO 1822/12.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła,

iz odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przyjmując ustalony i przedstawiony przez zamawiającego stan faktyczny w sprawie, który nie był sporny, Izba wskazuje, co następuje.

Izba oddaliła odwołanie stwierdzając, iż odwołujący nie legitymuje się interesem w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, gdyż oferta odwołującego przestała wiązać, co z kolei, w przypadku uwzględnienia zarzutów uniemożliwia jej wybór, wskutek czego zastosowanie znajduje przepis art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, nakazujący Izbie oddalenie odwołania. Uwzględnienie odwołania, zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, może bowiem nastąpić w przypadku, jeżeli Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, rozumiane jako możliwość pozyskania danego zamówienia przez wykonawcę odwołującego.

Izba stwierdziła, co stanowiło okoliczność bezsporną, iż termin związania oferty złożonej przez odwołującego, upłynął w dniu 4 grudnia 2020 roku, natomiast odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, dopiero 3 dni później, tj. dnia

7 grudnia 2020 roku. Powyższe oznacza, że odwołujący nie dochował należytej staranności, czym doprowadził do przerwania terminu związania ofertą, co w konsekwencji doprowadziło do sytuacji „wygaszenia” oferty odwołującego, a zwrócić należy uwagę, iż treść przepisów ustawy Pzp, obowiązujących na dzień wniesienia odwołania, nie przewiduje możliwości wznowienia przerwanej umowy związania ofertą. Oferta „wygaszona” nie pozwala na jej wybór przez zamawiającego, albowiem wyboru oferty najkorzystniejszej dokonuje się li tylko w okresie jej związania.

Krajowa Izba Odwoławcza w całości podziela stanowisko zaprezentowane przez Izbę w wyroku z dnia 15 stycznia 2016 roku, sygn. akt KIO 2722/15, KIO 2728/15, który to wyrok został potwierdzony wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 3 czerwca 2016 roku, sygn. akt X Ga 40/16/za.

We wskazanym wyroku Izba stwierdziła, że w „przedmiotowym postępowaniu, odwołujący nie dopełnił obowiązku wynikającego z przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, 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, gdyż termin związania ofertą upłynął z dniem 13 grudnia 2015 roku, a odwołujący dopiero w dacie 14 grudnia 2015 r., po upływie terminu związania ofertą, przedłużył jej ważność. Tym samym, przerwanie terminu związania ofertą spowodowało „wygaśnięcie” oferty odwołującego, co z kolei wywołuje skutek uniemożliwiający zamawiającemu dokonanie wyboru tej oferty w tym postępowaniu. Izba, w zakresie tego odwołania, w całości podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępujących, odnoszące się do braku interesu po stronie odwołującego. Wskazać bowiem należy, że 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. Zatem Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu (tak m.in. wyrok SO w Łodzi sygn. akt XII Ga 379/12), w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody. 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. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wymaga wykazania łącznego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych. Odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej w momencie, gdy nie przedłużył terminu związania ofertą, w ten sposób, aby zapewnić jego ciągłość przez cały okres prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić w tym miejscu należy, że odwołujący nie zaprzeczył okolicznościom wskazanym przez przystępującego ZUKTZ, a jedynie próbował wskazywać na istnienie związania ofertą

w sposób dorozumiany z uwagi na fakt, że załączona do oferty gwarancja wadialna zabezpieczała ofertę do dnia 15 grudnia 2015 r. Takie stanowisko odwołującego stoi jednak w sprzeczności z jego oświadczeniem znajdującym się w formularzu oferty w brzmieniu: *uwazamy się związanych niniejszą ofertą przez okres 60 dni od daty składania ofert - co powoduje zakończenie 60-cio dniowego terminu z końcem dnia 13 grudnia 2015 r.* Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 grudnia 2010 r. VI Wydział Gospodarczy (sygn. akt. VI Ga 240/10): *Uprawnionym do przedłużenia terminu związania ofertą jest także wykonawca, który taką zgodę, co do zasady powinien wyrazić z upływem tego terminu, z tym zastrzeżeniem, że taka zgoda nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz powinna być oświadczeniem wykonawcy. Oświadczenie powinno być złożone bądź to w formie pisemnej lub innej, dopuszczonej przepisami ustawy zgodnie z wyborem zamawiającego. Sąd Okręgowy rozpoznający skargę w niniejszym składzie podziela stanowiska wyrażane w dotychczasowym orzecznictwie KIO odnośnie tego, że zgoda taka nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być oświadczeniem wykonawcy (vide: m. in. wyrok KIO z dnia 22.03.2010 r., sygn. KIO/UZP 267/10, uchwała KIO z dnia 5.05.2010 r. KIO/KD 46/10 wyrok KIO z dnia 14.06.2010 r. KIO/UZP 1021/2010).* Orzecznictwo Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej w tej kwestii jest jednolite. W sytuacji, gdy oferta odwołującego nie została wybrana w tym postępowaniu, nie będzie mogła już zostać wybrana, jako najkorzystniejsza z uwagi na upływ terminu związania ofertą. Odm inną kwestią jest prawo do podpisania umowy po upływie terminu związania ofertą (przywoływany przez odwołującego wyrok SO w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r. sygn. akt. XXIII Ca 924/14, przy czym jest to odmienna sytuacja od tej, w jakiej znalazł się odwołujący).

W przedmiotowym postępowaniu, aby doszło do rozpatrywania możliwości zawarcia umowy, oferta wykonawcy Remondis w pierwszej kolejności musi zostać wybrana, jako najkorzystniejsza, a to nie jest możliwe z uwagi na zaistniałą sytuację, związaną

z nieprzedłużeniem terminu związania ofertą (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2015 r. (sygn. akt. KIO 217/15)). „W zakresie terminu związania ofertą i skutków związanych z jego upływem, Izba stoi na stanowisku, że wybór oferty najkorzystniejszej winien być dokonany wyłącznie w okresie związania ofertą, przez danego wykonawcę. Stan związania ofertą to element konstytutywny oferty. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie

w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. Wskazać tu należy w szczególności na wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie Sygn. akt. VI Ga 240/10 z dnia 21 grudnia 2010 r., gdzie sąd wskazał, że nie może budzić wątpliwości, wobec literalnego brzmienia art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, iż to wykonawca, chcąc uczestniczyć w dalszym ciągu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poza terminem określonym jako termin związania ofertą, winien złożyć w związku z tym jednoznaczne i niebudzące wątpliwości oświadczenie. W podobnym sposób wypowiedział się Sąd Okręgowy w Łodzi

w wyroku z dnia 21 września 2012 r. Sygn. akt XIII Ga 379/12 wskazując, że wykonawca chcąc być nadal uczestnikiem postępowania winien przedłużyć termin związania ofertą. Zaniechanie tej czynności rodzi bowiem skutek w postaci upływu terminu związania ofertą. Sąd Okręgowy w Tarnowie w wyroku z dnia 13 lutego 2013 r. Sygn. akt I Ca 495/13 podkreślił, że w ramach procedury przetargowej pozostaje nadal aktualne, że istnienie stanu związania ofertą jest immanentnym elementem konstrukcyjnym oferty, a skutki wygaśnięcia związania ofertą należy definiować i rozpoznawać w oparciu o normy Kodeksu cywilnego.

W innym orzeczeniu Izba wskazała, że „Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi

w dacie związania ofertą. Upływ terminu związania ofertą powoduje jej wygaśnięcie, wobec czego nie sposób w takiej sytuacji mówić w ogóle o ofercie, jako wiążącym oferenta oświadczeniu woli (...). Ustawodawca nadał okoliczności związania ofertą znaczenie prawne, skoro wprowadził regulacje dotyczące terminu związania ofertą, możliwości jego przedłużania, czy sposobu liczenia biegu terminu (art. 85 p.z.p.). W tym aspekcie związanie oferty należy postrzegać, jako element konstrukcyjny oferty. Nie jest zatem możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, której termin związania upłynął.” (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1470/15).”

Natomiast SO w Gliwicach wskazał na dwa problemy do rozstrzygnięcia wskazując, iż „Pierwsze dotyczące wykładni przepisów PZP w zakresie możliwości przedłużenia terminu związania ofertą po jego upływie i drugi dotyczący możliwości zastosowania artykułu 115 Kodeksu cywilnego do upływu terminu związania ofertą. Jeżeli chodzi o pierwszy ze wskazanych problemów, to Sąd podziela tutaj pogląd wyrażony przez KIO w zaskarżonym wyroku, że po upływie terminu związania ofertą nie jest możliwe przedłużenie tego terminu. W ocenie Sądu Okręgowego za oczywiste należy uznać, że z samej istoty pojęcia przedłużenie wynika, że termin przedłużany nie może upłynąć w chwili jego przedłużenia. Przedłużyć można bowiem jedynie okres, który jeszcze trwa, który jeszcze nie upłynął.

W przypadku zaś upływu terminu mowa byłaby raczej o jego przywróceniu lub reaktywacji. Sama wykładnia językowa omawianego przepisu w sposób zasadniczy wspiera więc stanowisko zajęte przez Izbę. W tym zakresie wskazać dalej należy, również głosy doktryny jak i orzecznictwa, aczkolwiek to trzeba podkreślić, że niejednolicie, wspierają to

stanowisko. I tak wskazuje się, że przedłużenie terminu związania ofertą, czy to samodzielnie, czy na wniosek zamawiającego możliwe jest tylko w okresie obowiązywania tego związania. Po upływie przedłużenia terminu związania ofertą należy uznać zawsze za nieskuteczne, chociażby w okresie tym wadium pozostało jeszcze w gestii zamawiającego i to jest głos doktryny, a konkretnie komentatora Jerzego Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, rok wydania 2015, wydawnictwo C.H. Beck, wydanie 13. Pogląd, że czynność przedłużania terminu związania ofertą musi nastąpić w okresie jej związania podzielają też inni komentatorzy i tutaj dla przykładu wskazuje komentatora Józef Edmund Nowicki komentarz do artykułu 85 ustawy Prawo zamówień publicznych, rok 2015 i Włodzimierz Dzierżanowski komentarz do artykułu 85 ustawy Prawo zamówień publicznych, rok 2014. Podobne stanowisko zajmowała również w przeszłości wielokrotnie KIO. I tak wskazać tutaj należy na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 października 2010 roku KIO 2276/10,

w którym wyrażono stanowisko, że okres związania ofertą musi pozostać ciągły i nieprzerwany. Nie jest natomiast dopuszczalne przerwanie okresu związania ofertą i po przerwie jego ponowne ustanowienie. Dalej wskazać można na wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 roku KIO 1470/15, instytucje, to jest związania ofertą oraz zabezpieczenia oferty wadium, pozostają ze sobą powiązane w ten sposób, że nie jest wystarczające przedłużenie ważności wadium bez wydłużenia terminu związania ofertą. Dlatego nie można uznać, że skutki wydłużenia ważności wadium rozciągają się na wydłużenie terminu związania ofertą. Uznaje Sąd dalej, że przedłużenie terminu związania ofertą lub wyrażenie zgody na takie przedłużenie jest oświadczeniem woli, dlatego też musi być złożone przez osoby uprawnione do działania w imieniu wykonawcy. Musi też być jednoznacznie wyrażone w formie pisemnej lub innej dopuszczalnej przez zamawiającego na mocy artykułu 27 ustęp 1 Pzp. Dlatego brak działania ze strony wykonawcy, czy to samodzielnego, czy po otrzymaniu wniosku od zamawiającego, oznacza nieprzedłużenie terminu związania ofertą.

I tutaj wskazać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 lutego 2009 roku podkreśliła, że oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu do związania ofertą musi być na tyle wyraźne, aby nie budziło wątpliwości i to bez względu na to czy to jest oświadczenie samodzielne czy związane z wnioskiem zamawiającego, gdyż nie podlega ono, jako że nie jest oświadczeniem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 uzupełnieniu

w trybie artykułu 26 ust. 3 Pzp. Przechodząc dalej i odnosząc się do kolejnego zarzutu skarżącego należy wskazać, że zgodnie z artykułem 111 paragraf 1 Kodeksu cywilnego termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Dlatego jeżeli termin związania ofertą upływał w dniu 13 grudnia 2015 roku to z upływem tego dnia się skończył i wykonawca nie był już związany swoją ofertą. Tym samym oświadczenie złożone w dniu 14 grudnia 2015 roku, było złożone po upływie terminu i nie mogło odnieść skutku przedłużenia terminu związania ofertą, który już wcześniej uległ zakończeniu, upłynął. Podsumowując dotychczasowe rozważanie należy więc wskazać, że uznaje Sąd Okręgowy, iż po pierwsze, nie jest możliwe przedłużenie terminu związania ofertą po jego upływie. Po drugie, samo przedłużenie tego terminu winno być dokonane w sposób wyraźny w formie pisemnej nie może być domniemane w innych czynnościach czy zdarzeniach. Po trzecie, termin związania skarżącego ofertą w niniejszej sprawie upłynął przed dniem złożenia oświadczenia o jego przedłużeniu. Po czwarte, w konsekwencji oświadczenie z dnia 14 grudnia 2015 roku nie mogło odnieść skutku przedłużenia terminu związania ofertą. Przechodząc dalej należy wskazać, że pozostaje do rozważenia druga wskazana wcześniej okoliczność, czyli ocena możliwości zastosowania artykułu 115 kc do przedłużenia terminu związania ofertą. I w tym zakresie Sąd Okręgowy w pełni podziela pogląd wyrażony przez komentatora Jerzego Pieróg w komentarzu Prawo zamówień publicznych Wydawnictwo C.H. Beck, wydanie 13, dzień wolny od pracy przypada na koniec terminu do wykonania jakiejś czynności, na przykład złożenie oświadczenia woli zapłaty długu czy złożenie środka zaskarżenia. Jeżeli koniec terminu nie wiąże się z obowiązkiem dokonania określonej czynności to przepis artykułu 115 nie ma zastosowania. Upływ terminu związania ofertą nie wiąże się

z obowiązkiem dokonania jakiegokolwiek czynności, zatem nie ma powodów, aby przedłużać go do dnia następnego, jeżeli upływa w dzień ustawowo wolny od pracy. Jak już wcześniej wskazano ten pogląd w całości Sąd podziela i dlatego uznaje, że termin związania ofertą nie może być uznany za termin do dokonania określonej czynności tylko za termin, do którego trwa stan związania ofertą, zatem przesuwanie końca owej ważności oferty na dzień roboczy nie znajduje uzasadnienia. Uznaje Sąd dalej, że z chwilą upływu dnia, do jakiego wyznaczono termin związania ofertą, oferta ta przestaje wiązać i obojętnie czy uznamy,

że z tym dniem oferta wygaśa, czy też stała się niewiążąca dla wykonawcy, czy też nadano temu jakiejkolwiek inne znaczenie, to za istotne uznaje Sąd to, że z tym dniem okres obowiązywania tej oferty upłynął i uznaje Sąd dalej, że zgodnie z artykułem 24 ust. 2 pkt 2 w takiej sytuacji istniałyby podstawy do wykluczenia wykonawcy. Gdyby nawet zakwestionować te prawo do wykluczenia wykonawcy to uznaje Sąd, że na pewno od tego dnia oferta nie może być skutecznie wybrana, na tę okoliczność wcześniej już wyrażałem orzeczenia KIO, a odnosząc się do zarzutów odwołującego w zakresie przedłożonego przepisu należy wyjaśnić, że nie zależnie bowiem od tego czy uznamy, że były podstawy do skutecznego wykluczenia wykonawcy, to bez wątpienia powstałaby tutaj taka sytuacja, gdy ewentualny wybór dotyczyłby oferty nieistniejącej, niewiążącej, która wcześniej wygaśa

i tutaj ponownie odwołam się do orzeczenia KIO z dnia 31 marca 2015 roku, KIO 520/15, gdzie wskazano, że zamawiający nie ma możliwości wyboru oferty, którą wykonawca nie jest już związany. Uznając, że skoro wykonawca nie jest już związany swoją ofertą to wybór takiej oferty jest niedopuszczalny, bowiem stawiałby zamawiającego w sytuacji, gdy nie istniałyby żadne instrumenty pozwalające na wyegzekwowanie zawarcia umowy z wybranym wykonawcą i w ocenie Sądu Okręgowego jest to wystarczający argument, aby uznać,

że wykonawca, może inaczej, że oferta wykonawcy, która nie jest już wiążąca nie może być w postępowaniu wybrana. Na koniec należy jeszcze dodać, że w ocenie Sądu taka wykładnia wskazanych przepisów pozwala zachować zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co z resztą było słusznie wielokrotnie podnoszone w toku postępowania przez jego uczestników. Inna wykładnia prowadziłaby bowiem do sytuacji, gdy oczywiste zaniechanie czy wręcz zaniechanie jednego z wykonawców byłoby ignorowane, a te ignorowanie miałyby miejsce z oczywistym poprzedzeniem pozostałych wykonawców.”.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania.

Przewodniczący:.....