

WYROK
z dnia 24 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2020 r. przez **wykonawcę I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Miasto Gorzów Wielkopolski z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim** przy udziale **wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie** głaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT** tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od **wykonawcy I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT** na rzecz **Zamawiającego: Miasta Gorzów Wielkopolski z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim** kwotę 3 600 zł. 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2880/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Gorzów Wielkopolski z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Modernizacja obiektu sportowego – stadion lekkoatletyczny przy ul. Krasińskiego w Gorzowie Wielkopolskim*”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 4 listopada 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia oferty *Odwołującego* na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, z uwagi na niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. *Odwołujący* wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty *Odwołującego*, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

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

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

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

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 5 listopada 2020 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 6 listopada 2020 r. zgłosił przystąpienie wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „*Przystępującym*”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający – Miasto Gorzów Wielkopolski z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Modernizacja obiektu sportowego – stadion lekkoatletyczny przy ul. Krasińskiego w Gorzowie Wielkopolskim*”.

Zamawiający w dniu 13 października 2020 r. na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp zwrócił się do *Odwołującego* o złożenie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu potwierdzających, że oferowane roboty budowlane spełniają wymagania Zamawiającego w terminie do 19 października 2020 r.

W dniu 14 października 2020 r. *Odwołujący* zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przedłużenie terminu na złożenie oświadczeń i dokumentów do 30 października 2020 r. oraz poinformował Zamawiającego, że przedłuża termin związania ofertą. Do pisma załączył aneks do gwarancji wadialnej z datą obowiązywania od dnia 24 września 2020 r. do dnia 23 listopada 2020 r.

Zamawiający pismem z dnia poinformował *Odwołującego*, iż nie wyraża zgody na wydłużenie terminu na składanie oświadczeń i dokumentów. *Odwołujący* w dniu 19 października 2020 r. (w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego) złożył wymagane dokumenty.

W dniu 19 października 2020 r. Zamawiający działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wystąpił do wykonawców biorących udział w postępowaniu z pismem o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60 dni. Ponadto poinformował, że przedłużenie terminu możliwe jest tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. Odwołujący w wyznaczonym terminie nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego.

W dniu 30 października 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego.

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

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp na przedłużenie terminu związania ofertą.

W pierwszej kolejności nie można zgodzić się z prezentowanymi poglądami, że w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp koniecznym jest złożenie wyraźnej zgody, bądź wyraźnego oświadczenia o braku zgody - na przedłużenie terminu związania ofertą.

Po drugie w ocenie Izby użyty przez Ustawodawcę w przepisie tym zwrot „wykonawca nie wyraził zgody” odnosi się zarówno do sytuacji w której wykonawca składa oświadczenie o takiej właśnie treści, jak i do sytuacji, w której wykonawca przejawia bierną postawę wobec wniosku Zamawiającego. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że trudno przez fakty dorozumiane – wobec pisemności postępowania - domniemywać zgodę wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą. Jak wynika z orzecznictwa sądów okręgowych, wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie może przyjąć postaci zgody dorozumianej - per facta concludentia. Zgoda ta musi zostać Zamawiającemu zakomunikowana wprost, w sposób bezpośredni. Poglądy takie wyraził: Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 21 grudnia 2010 r., sygn. akt VI Ga 240/10 oraz Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 21 września 2012r., sygn. akt XIII Ga 379/12.

Bezspornym jest, że w niniejszej sprawie wykonawca nie odpowiedział na wniosek Zamawiającego, dotyczący przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni. Zatem nie można w żaden sposób – na co zwrócił uwagę Zamawiający – domniemywać jakie były intencje wykonawcy w tym postępowaniu. Wezwanie wykonawcy przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie może być przez wykonawcę zignorowane – w szczególności w sytuacji w której wykonawca samodzielnie przedłuża termin związania ofertą o 31 dni, to jest o okres krótszy niż wymagał wezwaniem Zamawiającego. Zignorowanie wezwania Zamawiającego – w postaci braku reakcji wykonawcy należy rozumieć w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp - jako brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Nie można zgodzić się z przedstawioną argumentacją, że skoro Odwołujący dokonał czynności przedłużenia terminu związania ofertą o 31 dni - przedkładając jednocześnie aneks do gwarancji wadialnej, - to nie ma podstaw prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp nie można interpretować w oderwaniu od zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i skoro wnioskuje do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, to wykonawcy chcąc dalej uczestniczyć w postępowaniu zobowiązani są takiego przedłużenia dokonać. W konsekwencji niezastosowanie się do wniosku Zamawiającego i przedłużenie terminu związania ofertą na okres krótszy niż wymagał tego Zamawiający jest niczym innym jak „niewyrażeniem zgody” – z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Zatem wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą musi odbywać się na zasadach określonych przez Zamawiającego. W przeciwnym razie potraktowanie wykonawcy – wbrew przyjętym w postępowaniu zasadom – jest złamaniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Zatem istotne w tej sprawie jest to, że wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (o 60 dni) co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Nie można zgodzić się, że milczenie – w świetle art. 89 ust. 7a ustawy Pzp - wyraża aprobatę wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą na zasadach, które określił w postępowaniu Zamawiający. Sankcją – w przypadku braku zgody (a także milczenia wykonawcy) jest odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp i brak jest możliwości dokonywania skutecznych czynności uczestnika przetargu publicznego - poprzez fakty dorozumiane i ewentualne wywodzenie z nich zamierzeń wykonawcy.

Odnosząc się do wezwania Zamawiającego o przedłużenie terminu związania ofertą, zgodzić należało się, że wezwanie miało charakter blankietowy – kierowane było do wszystkich wykonawców, niemniej jednak – bezspornym jest, że Odwołujący na takie wezwanie nie zareagował. Bez znaczenia pozostaje fakt, że Odwołujący w dniu 3 listopada 2020 r. oświadczył Zamawiającemu, że przedłuża termin związania ofertą do dnia 22 grudnia 2020 r. – czyli tak jak wymagał tego Zamawiający pismem z dnia 19 października 2020 r. – gdyż czynność tą należało wykonać do upływu pierwotnego terminu związania ofertą, czyli do dnia 23 października 2020 r. Fakt wystosowania przez Odwołującego niniejszego pisma, przesądza o świadomości wadliwie pierwotnie dokonanych czynności, w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą w tym postępowaniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

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

Przewodniczący:

.....