Sygn. akt: KIO 2309/20

WYROK

z dnia 12 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Protokolant:Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września
2020 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**
BBF Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań i IDOM Inżynieria, Architektura
i Doradztwo Sp. z o.o., ul. Ślężna 104 lok. 1, 53-111 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale:

1. **wykonawcy „Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o.", Al. Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa**
2. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Fehlings Krug Polska Sp. z o.o., ul. Szlak 65, 31-153 Kraków i Infrares Sp. z o.o., ul. Świętojerska 5/7, 00-236 Warszawa**

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie,

2.Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBF Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań i IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., ul. Ślężna 104 lok. 1, 53-111 Wrocław** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBF Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań i IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., ul. Ślężna 104 lok. 1, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBF Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań i IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., ul. Ślężna 104 lok. 1, 53-111 Wrocław** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący :……

Sygn. akt: KIO 2309/20

U z a s a d n i e n i e

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie(dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Opracowanie dokumentacji projektowej na roboty budowlane dla projektu pn. „Modernizacja odcinka linii kolejowej nr 25 Tomaszów Mazowiecki - Opoczno wraz z elektryfikacją" w ramach zadania „Opracowanie dokumentacji przedprojektowej lub projektowej dla kolejowych programów infrastrukturalnych". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 lutego 2020 r. pod pozycją 2020/S 028-065606.

W dniu 14 września 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i IDOM Inżynieria, Architektura
i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b ustawy Pzp ze względu na to, że Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą, jak również nie przedłużył okresu ważności wadium, ani nie wniósł nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b ustawy Pzp w związku z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że zachodzi podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania ponownej czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg

przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 21 maja 2020 r. Zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, tj. również do Odwołującego, z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą oraz wadium o 60 dni. W odpowiedzi pismem z dnia 27 maja 2020 r. Odwołujący wyraził stosowną zgodę, przedkładając jednocześnie potwierdzenie przedłużenia ważności wniesionego wadium.
W kolejnym piśmie datowanym na 22 lipca 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, tj. również Odwołującego, o możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. W odpowiedzi na to pismo Odwołujący dokonał samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą do dnia 29 sierpnia 2020 r. oraz przedłużył ważność wadium. Odwołujący podał, że w związku ze zbliżającym się upływem terminu związania ofertą podjął działania zmierzające do jego dalszego przedłużenia,
w związku z czym przygotował kolejne oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą datowane na dzień 27 sierpnia 2020 r. oraz aneks do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium z dnia 24 sierpnia 2020 r. Jednocześnie, Odwołujący podjął działania związane
z zamieszczeniem kompletu tych dokumentów na platformie zakupowej Zamawiającego
w dniu 28 sierpnia 2020 r. W dniu 4 września 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Odwołujący w odpowiedzi na tę informację zwrócił się do Zamawiającego o ponowne przeanalizowanie sprawy i unieważnienie czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty. Działając z ostrożności (wraz z wnioskiem
o unieważnienie), Odwołujący przesłał Zamawiającemu ponownie oświadczenie z dnia 27 sierpnia 2020 r. wraz z aneksem do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium datowanym na 24 sierpnia 2020 r. przedłużającym ważność wadium do dnia 29 września 2020 r. Odwołujący zauważył, że do dnia wniesienia odwołania Zamawiający nie ustosunkował się do prośby Odwołującego. W ocenie Odwołującego, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty jest niezasadna, bowiem stanowiące podstawę odrzucenia przepisy 89 ust. 1 pkt. 7a i 7b ustawy Pzp nie mają zastosowania względem oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że przepis art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy Pzp jest podstawą odrzucenia oferty tylko w przypadku braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na przedłużenie ważności oferty w sytuacji, gdy zamawiający - zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp - wezwał wykonawcę do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania.
Odwołujący zaznaczył, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wystąpił z takim wezwaniem do Odwołującego tylko raz w dniu 21 maja 2020 r. i otrzymał wszystkie wymagane dokumenty. Kolejnych wezwań w tej sprawie Zamawiający już nie mógł kierować, a tym samym Odwołujący nawet nie miał obowiązku samodzielnego wydłużania terminu związania ofertą.

Odwołujący stwierdził, że upływ terminu związania ofertą nie powoduje nieważności samej oferty ani niezgodności z przepisami prawa, zatem nie stanowi przeszkody w uznaniu danej oferty za najkorzystniejszą w postępowaniu i w konsekwencji przeszkody w zawarciu ważnej umowy. Upływ tego terminu przesądza jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy na warunkach przedstawionych w ofercie. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2017 r., sygn. akt KIO 324/17, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14, oraz wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 21 września 2012 r., sygn. akt XIII Ga 379/12.

Odwołujący wywiódł, że skoro przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do sytuacji braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w związku z wezwaniem Zamawiającego, nie jest możliwe rozszerzenie dyspozycji tego przepisu na zupełnie inne stany faktyczne, w których nie występuje ani przesłanka wezwania Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą, ani brak zgody ze strony wykonawcy na przedłużenie tego terminu. Odwołujący zaznaczył, że
w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia właśnie z takim innym stanem faktycznym, nie odpowiadającym regulacji art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy Pzp, który to przepis został błędnie zastosowany przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, z uwagi na powyższe, jak również na ważność oferty wykonawcy, co do której nie przedłużono skutecznie terminu związania ofertą, Zamawiający powinien był dokonać oceny i badania oferty Odwołującego, nie zaś jej odrzucenia. Odwołujący zwrócił uwagę na opinię Urzędu Zamówień Publicznych (informacja o wyniku kontroli doraźnej UZP/DKUE/KU/75/2010),
w której stwierdzono: „Biorąc pod uwagę fakt, że przepisy prawa nie przewidują zakazu wyboru oferty wykonawcy, który nie jest już związany swoją ofertą, nie ma podstaw, by zamawiający nie dokonywał oceny takiej oferty".

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w dokumentacji przetargowej,
a w szczególności w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie przewidział bardziej rygorystycznych obowiązków w zakresie przedłużania terminu związania ofertą niż jest to uregulowane w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, w tym nie przewidział kilkukrotnego obowiązku wyrażania zgody na przedłużenie terminu przez wykonawców. W ocenie Odwołującego, skoro Odwołujący miał obowiązek wyłącznie jeden raz w trakcie postępowania,
w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego, wyrazić zgodę pod rygorem odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b ustawy Pzp i zgodę taką wyraził, to w dalszym toku postępowania Zamawiający nie miał podstawy prawnej ani by takiej zgody ponownie żądać, ani by ofertę Odwołującego z uwagi na brak wyrażenia ponownej zgody odrzucić.

Odwołujący wskazał na postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej
z dnia 13 lipca 2017 r. (sygn. akt C-35/17), w którym TSUE stwierdził, że „(...) zasadę 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." Odwołujący podał, że Trybunał zwrócił także uwagę, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości tym bardziej stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy z powodu rozbieżnych stanowisk w orzecznictwie krajowym warunek, którego przestrzeganie jest wymagane, nie wynika nawet z wykładni właściwych uregulowań, dokonywanej przez odpowiednie sądu.

Odwołujący stwierdził, że ww. postanowienie TSUE wydaje się newralgiczne
w zakresie oceny zasadności zarzutu objętego odwołaniem. Jak wskazał Odwołujący, rozstrzygnięcie TSUE przyjęło się w aktualnej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej
i znajduje odzwierciedlenie w licznych wyrokach wydawanych przez Izbę. Przykładowo Odwołujący przywołał:

- wyrok z dnia 27 września 2018 r. (sygn. akt KIO 1864/18) - „Wykładnia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 7a oraz art. 85 ust. 2 p.z.p. 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, bo np. wyczerpał już jednokrotność wezwania, a wykonawcy upłynął termin związania ofertą, brak jest podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a p.z.p., gdyż w tej sytuacji nie można twierdzić, iż wykonawca nie wyraził zgody";

- wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r. (sygn. akt KIO 586/18) - „Przesłanki odrzucenia ofert wymienione w art. 89 ust. 1 p.z.p. nie zawierają dyspozycji prawnej odnośnie sytuacji braku dokonania przez wykonawcę samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Próba wywodzenia z treści art. 89 ust. 1 pkt 7a p.z.p. takiej dyspozycji jest niedopuszczalną interpretacją rozszerzającą przez analogię, z pominięciem wynikającej z dobrych praktyk legislacyjnych zasady, że takie same sformułowania zawarte w jednym akcie prawnym
(w tym przypadku art. 85 ust. 2 p.z.p. i art. 89 ust. 1 pkt 7a p.z.p.) nie mogą być odmiennie interpretowane".

Argumentując zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp Odwołujący wyraził pogląd, że interpretacja celowościowa przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 7a i 7b ustawy Pzp w związku z art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp nie pozostawiają wątpliwości, że instytucja wadium uregulowana przepisami Pzp jest ściśle związana z terminem związania ofertą i służy zabezpieczeniu tego okresu w kontekście interesów Zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku
z dnia 25 kwietnia 2019 r. (sygn. akt KIO 630/19), zgodnie z którym: „Izba zgadza się ze stanowiskiem, że dyspozycja art. 85 ust. 4 ZamPublU wskazuje na to, że wadium powinno zabezpieczać pełen okres związania ofertą. Celem tej regulacji jest zabezpieczenie interesów zamawiającego w ten sposób, aby złożona oferta była zabezpieczona wadium przez cały termin, w jakim wykonawca jest związany jej treścią". Zdaniem Odwołującego, powyższe oznacza, że wykonawca nie jest zobowiązany do wnoszenia wadium w sytuacji, kiedy nie jest zobligowany do przedłużenia terminu związania ofertą.

W ocenie Odwołującego, w przypadku, kiedy nie jest możliwe odrzucenie oferty wykonawcy ze względu na brak skutecznego przedłużenia terminu związania ofertą, nie jest również możliwe samoistne odrzucenie oferty tego wykonawcy ze względu na brak przedłużenia ważności, czy też brak wniesienia nowego wadium w celu zabezpieczenia przedłużonego terminu związania ofertą. Odwołujący stwierdził, że w opisanej sytuacji art. 89 ust 1 pkt. 7b ustawy Pzp ma charakter wtórny, nie zaś samoistny względem przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy Pzp.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2370/16): „(...) Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b Prawa zamówień publicznych kreuje dla zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wniósł wadium lub wniósł je w sposób nieprawidłowy. Oznacza to, że podstawą odrzucenia oferty może być wyłącznie taka sytuacja, w której oferta nie pozostaje zabezpieczona wadium w czasie,
w którym wykonawca pozostaje związany ofertą lub też to zabezpieczenie jest niewłaściwe". Odwołujący stwierdził, że jeżeli upływa termin związania ofertą, a w świetle przepisów Pzp nie jest możliwe w danych okolicznościach odrzucenie oferty wykonawcy ze względu na brak przedłużenia tego terminu, nie jest również możliwe odrzucenie oferty ze względu na brak jednoczesnego przedłużenia ważności wadium lub brak wniesienia nowego wadium.
W ocenie Odwołującego, brak wadium w takiej sytuacji skutkuje jedynie tym, że w przypadku uchylenia się wybranego wykonawcy od podpisania umowy, Zamawiający nie dysponuje już narzędziem sankcyjnym w postaci zatrzymania wadium.

Odwołujący zaznaczył, że nie pozostał bierny w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu w zakresie dotyczącym samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą i przedłużenia ważności wadium, pomimo braku takiego obowiązku. Odwołujący nie tylko uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego z dnia 21 maja 2020 r. w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą i wniesienia wadium, ale również we własnym zakresie, bez stosownego wezwania ze strony Zamawiającego, dbał o zachowanie ciągłości terminu związania ofertą i jednoczesnego przedłużenia ważności wadium, przedkładając Zamawiającemu stosowne dokumenty. W dniu 28 sierpnia 2020 r. Odwołujący również podjął działania mające na celu złożenie w postępowaniu kolejnego oświadczenia
o przedłużeniu terminu związania ofertą z dnia 27 sierpnia 2020 r. wraz z aneksem do gwarancji wadialnej z dnia 24 sierpnia 2020 r., lecz na skutek problemów technicznych niemożliwe okazało się zamieszczenie tych dokumentów na platformie zakupowej Zamawiającego. Zamawiający otrzymał od Odwołującego komplet ww. dokumentów, które zdaniem Odwołującego należało ocenić przez pryzmat art. 65 § 1 KC w kontekście oceny oświadczenia woli Odwołującego co do dalszego ubiegania się o udzielenie zamówienia
i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego, dokumenty te powinny były przekonać Zamawiającego, że wolą Odwołującego było skuteczne przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie ważności wadium (nawet jeśli nie było takiego obowiązku po stronie Odwołującego), a odrzucenie jego oferty na podstawie 89 ust. 1 pkt. 7a i 7b ustawy Pzp było w tej sytuacji nieprawidłowe i niezgodne z przepisami ustawy Pzp, zwłaszcza w świetle przytoczonego w treści odwołania orzecznictwa KIO, sądów powszechnych oraz TSUE.

Odwołujący stwierdził, że w świetle opisanych okoliczności oraz wspomnianego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej uznać należy, że art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b ustawy Pzp nie mogły w przedmiotowej sprawie stanowić podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący zwrócił uwagę na aktualność oświadczenia woli w zakresie ubiegania się o udzielenie zamówienia i zawarcia z Zamawiającym umowy, czego wyrazem ma być także wniesione odwołanie. Zaznaczył, że ważne pozostaje również zabezpieczenie wadialne wniesione przez Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawca „Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o." oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Fehlings Krug Polska Sp. z o.o. i Infrares Sp. z o.o.

W dniu 9 października 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie
i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i

uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że przedmiotowy spór nie obejmuje prawidłowości działania platformy, na której prowadzone jest postępowanie. Odwołujący nie podniósł zarzutów w tym zakresie. Odwołujący nie twierdzi także, że w dniu 28 sierpnia 2020 r. zamieścił na platformie oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą z dnia 27 sierpnia 2020 r. wraz z aneksem do gwarancji wadialnej z dnia 24 sierpnia 2020 r. Stan faktyczny zaistniały w przedmiotowej sprawie jest bezsporny.

Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu ze względu na okoliczność, że Odwołujący nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Przepis ten nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał wniesienia wadium (pkt 11.1 Instrukcji dla Wykonawców).

Izba miała na względzie, że wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą, który poprzez określone działania lub zaniechania mógłby wpłynąć na wynik postępowania. Zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium w sytuacji, gdy wykonawca uchyla się od podpisania umowy, tj. w przypadkach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, jak również na skutek innych zaniechań wykonawcy określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Izba miała na uwadze, że ustawodawca nie rozróżnia kwestii przedłużenia ważności wadium w zależności od tego czy nastąpiło ono na wezwanie Zamawiającego czy z inicjatywy wykonawcy. Oferta powinna być zabezpieczona wadium, co jest istotne z uwagi na jego funkcję zabezpieczającą i kompensacyjną. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – wówczas obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (art. 46 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący, jako profesjonalista, zobowiązany był do przedłużenia wadium, skutecznie, z należytą starannością (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp).

W sytuacji, jaka zaistniała w przedmiotowym postępowaniu, wobec tego, że oferta Odwołującego nie jest zabezpieczona wadium, ustawodawca zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia takiej oferty. Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp była prawidłowa.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy PzpIzba przychyliła się do stanowiska znacząco przeważającego w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, w myśl którego nie przedłużenie samodzielne przez wykonawcę terminu związania ofertą nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Analiza treści art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy aktualizuje się w sytuacji, w której na jego wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą, wykonawca takiej zgody nie wyrazi. Wniosek taki należy wywieść z użytego przez ustawodawcę w komentowanym przepisie sformułowania „nie wyraził zgody, o której mowa art. 85 ust. 2", bowiem właśnie o wyrażeniu zgody w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą jest mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Gdyby ustawodawca chciał zrównać sytuację, w której wykonawca nie przedłuża terminu związania ofertą samodzielnie z sytuacją nie przedłużenia tego terminu na wezwanie zamawiającego, powodem odrzucenia oferty uczyniłby brak związania ofertą. Ustawodawca nie zdecydował się jednak na takie rozwiązanie, szczególne znaczenie, biorąc pod uwagę sankcję, przypisując czynności dokonywanej na wezwanie zamawiającego w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą. Izba miała ponadto na uwadze konieczność ścisłej wykładni przepisów o charakterze sankcyjnym, do których należy niewątpliwie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Zasadność stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego w przedmiotowym zakresie dodatkowo wzmacnia orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 (Saferoad Grawil sp. z o.o., Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu), w którym Trybunał podkreślił, iż zasadę 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 ani z przepisów obowiązującego prawa.

W takim stanie rzeczy, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego. Jednak, z uwagi na fakt, że potwierdziła się zasadność odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, naruszenie ww. przepisów pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty poniesione przez niego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł.

Przewodniczący :……