Sygn. akt: KIO 1554/20, KIO 1572/20

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 8 lipca 2020 r. przez wykonawcę Autocraft Sp. z o.o., ul. 8-go marca 12, 42-300 Myszków (sygn. akt: KIO 1554/20),

B. w dniu 10 lipca 2020 r. przez wykonawcę Moto Budrex Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 291, 85-438 Bydgoszcz (sygn. akt: KIO 1572/20),

w postępowaniu prowadzonym przez 3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków

przy udziale wykonawcy Moto Budrex Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 291, 85-438 Bydgoszcz zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1554/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę Autocraft Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie (sygn. akt: KIO 1554/20),

2. Uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę Moto Budrex Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (sygn. akt KIO 1572/20) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Moto Budrex Sp. z o.o., oraz dokonanie powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Moto Budrex Sp. z o.o.,

3. Kosztami postępowania obciąża Autocraft Sp. z o.o., ul. 8-go marca 12, 42-300 Myszków i 3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

Autocraft Sp. z o.o., ul. 8-go marca 12, 42-300 Myszków i Moto Budrex Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 291, 85-438 Bydgoszcz, w tym:

A. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Autocraft Sp. z o.o., ul. 8-go marca 12, 42-300 Myszków tytułem wpisu od odwołania,

B. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Moto Budrex Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 291, 85-438 Bydgoszcz tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Autocraft Sp. z o.o., ul. 8-go marca 12, 42-300 Myszków na rzecz

3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków kwotę 150 zł 00 gr (słownie: sto pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby,

3.3. zasądza od 3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków na rzecz Moto Budrex Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 291, 85-438 Bydgoszcz kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1554/20, KIO 1572/20

3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa akumulatorów do KTO Rosomak w latach 2020-2023". 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 25 lutego 2020 r. pod pozycją 2020/S 039-091708.

Sprawa o sygn. akt: KIO 1554/20

W dniu 8 lipca 2020 r. wykonawca Autocraft Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie (dalej: „Autocraft") wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert, a prowadzących do wykluczenia Autocraft, odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania.

Wykonawca Autocraft zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Autocraft, który przedłożył dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganej w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ") zdolności technicznej i zawodowej, a w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą, pomimo iż powinna ona uczestniczyć w ocenie ofert, co nastąpiło na skutek pogwałcenia zasady rozstrzygania wątpliwości w zakresie treści SIWZ na korzyść wykonawcy;

2. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez sporządzenie przez Zamawiającego

uzasadnienia faktycznego uniemożliwiającego ocenę czy faktycznie Zamawiający miał podstawy do przyjęcia, iż Autocraft nie wykazał podstaw do udziału w postępowaniu w postaci wymaganych w SIWZ zdolności technicznej lub zawodowej.

Wykonawca Autocraft wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Autocraft,

3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia procesu badania i oceny ofert

z uwzględnieniem oferty Autocraft,

4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów powołanych w odwołaniu, na okoliczności w nim wskazane,

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Autocraft kwoty w wysokości 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego.

Argumentując zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp Autocraft wskazał na treść rozdziału VI ust. 3 pkt. 1 lit. l) SIWZ oraz przedstawił stan faktyczny zaistniały w postępowaniu.

Jak podał Autocraft, z przebiegu postępowania wynika, że oferta złożona przez Autocraft została oceniona najwyżej, tym samym wykonawca ten został wezwany przez Zamawiającego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wykazu dostaw. Wezwanie to nastąpiło pismem z dnia 07 kwietnia 2020 r.

Pismem z dnia 10 kwietnia 2020 r. Autocraft zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przedłużenie terminów na złożenie dokumentów wymaganych w SIWZ w rozdziale VI ust. 3 do dnia 24 kwietnia 2020 r. z uwagi na pandemię. Jednocześnie Autocraft zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie pkt. d i e wezwania, poprzez zapytanie między o:

1. na jaką wartość ma udokumentować realizację dostaw ciągłych - 50% wartości zamówienia wg oferty Wykonawcy czy 50% wartości przeznaczonej na realizację zamówienia przez Zamawiającego;

2. czy potwierdzeniem należytego wykonania zadania mogą być protokoły odbioru wojskowego;

Pismem z dnia 14 kwietnia 2020 r. Zamawiający miedzy innymi:

1. wyraził zgodę na przedłużenie terminu złożenia wymaganych w piśmie z dnia 07 kwietnia 2020 r. dokumentów do dnia 24 kwietnia 2020 r. (pkt. 1);

2. wskazał, iż wymaga aby wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykazał się należytym zrealizowaniem dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiących przedmiot zamówienia, przez co Zamawiający rozumie akumulatory do KTO Rosomak, których suma odpowiada 800.000,00 zł brutto (pkt. 3).

Pismem z dnia 24 kwietnia 2020 r. Autocraft, zgodnie z treścią wezwania do złożenia dokumentów, przekazał na rzecz Zamawiającego (pkt. d) wykaz dostaw ciągłych w postaci 29 FV sprzedaży podpisanych przez obie strony transakcji - w tym przedstawiciela ROSOMAK S.A. Autocraft przekazał również przykładowy zestaw jednej z dostaw, tj. zamówienie, protokół odbioru wojskowego, FV sprzedaży, potwierdzenie zapłaty. Autocraft wskazał, iż są to dostawy ciągłe, w jego ocenie nie ma zatem konieczności dostarczenia całego kompletu dokumentów, do każdej wskazanej dostawy, a sam fakt długoterminowej współpracy z odbiorcą świadczy jednoznacznie o ich należytym wykonaniu.

Autocraft pokreślił, że na każdej z FV, załączonych przez wykonawcę znajduje się nie

tylko podpis osób upoważnionych, ale również pieczęć firmowa ROSOMAK S.A. Wskazany jest również numer zamówienia, do którego to nastąpiło wystawienie FV. W przykładowym protokole odbioru, stosowanym w transakcjach pomiędzy Stronami, wskazane jest, iż przedmiot umowy jest zgodny z wymaganiami zawartymi w umowie, został wykonany zgodnie z wymaganiami zawartymi w umowie i został odebrany przez Kontrolę Jakości Producenta/Dostawcy z wynikiem pozytywnym. Wystawienie FV następowało zaś zawsze w dniu dokonania odbioru.

Pismem z dnia 05 maja 2020 r. Zamawiający wezwał Autocraft do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw. Zamawiający wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie do złożenia ww. dokumentów w dniu 24 kwietnia 2020 r. Autocraft złożył faktury na łączną kwotę 1.029.294,02 zł. Złożone dokumenty nie mogą jednak zostać uznane za dokumenty potwierdzające spełnienie tego warunku w zakresie zdolności technicznej, gdyż ww. faktury sprzedaży nie mogą zostać uznane za „wykaz dostaw" (rozumiany jako oświadczenie własne wykonawcy), wykonanych w okresie 3 lat, zaś przedłożone potwierdzenie odbioru, potwierdzenie zapłaty nie są dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw. W ocenie Zamawiającego, dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie dostaw może zostać dokument wystawiony wyłącznie przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały zrealizowane. Uzupełnienie dokumentacji miało nastąpić do dnia 08 maja 2020 r.

Pismem z dnia 06 maja 2020 r. Autocraft wniósł o przedłużenie terminu na złożenie dodatkowych dokumentów do dnia 15 maja 2020 r. Jednocześnie Autocraft wskazał, iż faktura VAT jest dokumentem potwierdzającym sprzedaż, z pieczęciami i podpisami sprzedającego oraz kupującego nie jest jednak oświadczeniem własnym sprzedającego a oświadczeniem obu stron i bez najmniejszej wątpliwości stanowić może wykaz dostaw. Autocraft wskazał również, że najlepszym potwierdzeniem należytego wykonania dostaw jest terminowa zaplata za nią i stała wieloletnia współpraca z ROSOMAK S.A.

Pismem z dnia 07 maja 2020 r. Zamawiający wyraził zgodę na przedłużenie terminu na złożenie dokumentów do dnia 15 maja 2020 r.

Autocraft za istotną uznał okoliczność, że w tym samym dniu, tj. 07 maja 2020 r. wykonawca za pośrednictwem platformy zakupowej przesłał do Zamawiającego referencje udzielone przez ROSOMAK S.A., w których to wskazano, iż Autocraft w okresie od dnia 01 kwietnia 2017 r. do 01 kwietnia 2020 r. zrealizował dostawy akumulatorów do KTO Rosomak na kwotę przewyższającą 800.000,00 zł netto. Zaświadczył również, iż dostawy zostały wykonane należycie.

Jak podał Autocraft, w tym samym dniu, tj. 07 maja 2020 r., po otrzymaniu ww. referencji, Zamawiający umieścił na platformie zakupowej pismo datowane na dzień lutego 2020 r., stanowiące zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z zawiadomienia wynikało, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Autocraft jako najkorzystniejszej. Jednocześnie, w uzasadnieniu wyboru Zamawiający wskazał, że oferta odpowiada wymogom określonym w ustawie Pzp oraz wymaganiom Zamawiającego zawartym w SIWZ, wykonawca potwierdził, iż spełnia określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu oraz wykazał, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania.

W tym samym dniu Autocraft otrzymał informację od Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Autocraft stwierdził, że otrzymując tego rodzaju informację miał prawo twierdzić, iż Zamawiający uznał złożone przez niego dokumenty, w szczególności faktury VAT - opatrzone podpisem i pieczęcią przedstawiciela ROSOMAK S.A. - oraz referencje z dnia 06 maja 2020 r. za wystarczające do potwierdzenia należytego wykonania dostaw oraz że tego rodzaj dokumenty zostały uznane przez Zamawiającego za wykaz dostaw. Tym samym, wykonawca nie miał obowiązku przesyłania dalszych dokumentów.

Niezależnie od powyższego Autocraft zauważył, że Zamawiający w rozdz. V ust. 1 pkt. 2) lit. c SIWZ określił wymagania dotyczące warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Zamawiający wskazał, że uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykazał się należytym zrealizowaniem dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, przez co zamawiający rozumie akumulatory do KTO Rosomak, których suma odpowiada wartości brutto 50% wartości zamówienia, tj. 800 000,00 zł.

Autocraft stwierdził, że z wykazu dostaw złożonego przez wykonawcę w postaci faktur VAT wynika, iż wykonawca ten wykonał dostawy akumulatorów do KTO Rosomak na łączną kwotę 1.029.294,02 zł., a więc kwotę znacznie przewyższającą wymagania Zamawiającego.

Jak zaznaczył Autocraft, powyższy fakt znajduje swoje potwierdzenie również w referencjach od ROSOMAK S.A. z dnia 06 maja 2020 r. Pomiędzy treścią wykazu dostaw, a treścią referencji nie zachodziła zatem nieścisłość, wręcz przeciwnie, dokumenty te uzupełniały się wzajemnie.

Autocraft podkreślił, że Zamawiający w SIWZ nie wskazał wzoru dokumentu dla „wykazu dostaw", tym samym wykonawca mógł wykonać tego rodzaju wymóg w dowolnej formie. Jednocześnie przez fakt, iż załączone faktury VAT zawierały podpis Autocraft, taktować je należy jako oświadczenie własne wykonawcy o wykonanej dostawie.

Jak stwierdził Autocraft, stanowisko prezentowane przez wykonawcę - polegające na twierdzeniu, iż wskazane faktury VAT wraz z dowodami ich przyjęcia i pełną zapłatą za nie wynagrodzenia dla wykonawcy potwierdzają należyte wykonanie przez Autocraft dostaw znajduje potwierdzenie w całej rozciągłości w obowiązującym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym:

- faktura VAT nie jest wystarczającym dokumentem, na podstawie którego możliwe byłoby stwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Sytuacja zmienia się, gdy wykonawca w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w przedmiocie doświadczenia, składa fakturę VAT wraz z poleceniem zapłaty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 16 października 2012 r., sygn. akt KIO 2089/12);

- faktury VAT wraz z potwierdzeniami ich zapłaty stanowią o tym, że dana umowa została

całkowicie rozliczona, a co za tym idzie, zamówienie zostało ukończone i uznane przez zamawiającego za należycie wykonane (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1071/14)

- dokumenty księgowe takie jak faktury są kontrolowane przez obie strony umowy, dlatego też opłacone faktury nie mogą być traktowane jako niewystarczające dla potwierdzenia realizacji kontraktów na dużą skalę oraz należytego wykonania zamówień, szczególnie wówczas, gdy towarzyszy im oświadczenie własne o należytym wykonaniu usług i informacja o braku możliwości uzyskania odpowiednich zaświadczeń (tj. dokumentów innych niż faktury) od odbiorców usługi (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 650/11).

Wobec powyższego, zdaniem Autocraft, wykonawca dochował należytej staranności, aby przedłożyć Zamawiającemu wszelkie dostępne dokumenty potwierdzające zrealizowanie wskazywanych dostaw. Treść tych dokumentów wzajemnie się uzupełnia i czytane razem dowodzą należytej realizacji dostaw. W ocenie Autocraft, w prezentowanym stanie faktycznym sprawy, Zamawiający dokonał nieuzasadnionego wykluczenia Autocraft z postępowania.

Argumentując zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. Pkt 3 ustawy Pzp Autocraft stwierdził, że zawiadomienie o wykluczeniu ma bardzo lakoniczną treść w stosunku do przedstawionego przez Autocraft stanu faktycznego i prawnego.

W ocenie Autocraft, Zamawiający ograniczył się do przywołania przepisów prawa, nie wskazał natomiast jakiegokolwiek uzasadnienia o charakterze merytorycznym. Nie wskazał faktycznych podstaw podjętej ostatecznie decyzji. Za taką podstawę nie można, zdaniem Autocraft, uznać wskazania, że wykonawca został wezwany do wyjaśnień, a złożone wyjaśnienia nie potwierdziły spełniania warunku. Tak sformułowane stanowisko jest nad wyraz enigmatyczne, nie odnosi się do faktów, stwierdzonych okoliczności, które zaważyły na decyzji Zamawiającego. Autocraft podkreślił, że jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do informacji wynikających z oferty, złożonych wykazów i referencji oraz wyjaśnień, to winien był je jasno w decyzji o wykluczeniu Autocraft wyartykułować.

Jak zauważył Autocraft, nie jest rolą wykonawcy domyślać się, jakie elementy stanu faktycznego doprowadziły Zamawiającego do podjęcia określonych decyzji. Autocraft stwierdził, że nie można zapominać, że przedstawiona wykonawcy argumentacja jest i może być podstawą zbudowania zarzutów w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej. Tymczasem, jak zauważył Autocraft, w przedmiotowym postępowaniu wykonawca wnosząc odwołanie jedynie mógł domyślać się, w jaki sposób Zamawiający odczytuje warunek udziału w postępowaniu i dlaczego uzupełnione dokumenty i złożone przez Autocraft wyjaśnienia nie zostały uznane za wystarczające celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, tym bardziej, że oferta Autocraft po licznych wyjaśnieniach została uznana za najkorzystniejszą i spełniającą wymagania ustawy Pzp oraz SIWZ, a sam wykonawca

Autocraft nie podlegał wykluczeniu przy pierwszym badaniu ofert.

Autocraft zaznaczył, że to na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ustawy Pzp wykonawca, po pierwsze, podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie, jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego tak, aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 54/20).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Moto Budrex Sp. z o.o.

W dniu 12 sierpnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Sprawa o sygn. akt: KIO 1572/20

W dniu 10 lipca 2020 r. wykonawca Moto Budrex Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Moto Budrex") wniósł odwołanie wobec odrzucenia oferty Moto Budrex i unieważnienia postępowania zarzucając Zamawiającemu:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a w związku z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie do oferty Moto Budrex i odrzucenie na tej podstawie oferty wykonawcy, podczas gdy nie miał on zastosowania, albowiem nie wystąpił stan faktyczny, w którym Moto Budrex nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,

- w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a w związku z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie poprzez błędne przyjęcie, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i unieważnienie postępowania,

- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakazującego prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców przez prowadzenie postępowania w sposób przewlekły powodujący upływ terminu związania ofertą oraz przez wykładnię przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a w związku z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp w sposób rozszerzający, nie znajdujący oparcia w jego treści, a także nakładanie na Moto Budrex obowiązku nieprzewidzianego w przepisach prawa - wniesienia o ponowne przedłużenie terminu związania ofertą.

Moto Budrex wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Moto Budrex,

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Moto Budrex,

- powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Moto Budrex.

Wykonawca Moto Budrex wskazał, że zgodnie z SIWZ, termin składania ofert upływał w dniu 27 marca 2020 r. o godz. 9.00., a termin związania ofertą wyznaczony został na 25 maja 2020 r. W dniu 7 maja 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty spośród trzech, jakie zostały złożone - była to oferta wykonawcy Autocraft, mimo iż wykonawca ten wezwany pismem z dnia 05 maja 2020 r. do złożenia wykazu dostaw, w terminie do 8 maja 2020 r. wykazu tego nie dostarczył. W dniu 21 maja 2020 r. Zamawiający

zwrócił się do wykonawców o przesłanie oświadczenia o wyrażeniu lub niewyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni. Wszyscy wykonawcy, w tym Moto Budrex, w piśmie z dnia 21 maja 2020 r. wyrazili zgodę na przedłużenie ww. terminu.

Jak podał Moto Budrex, pismem z dnia 28 maja 2020 r. Zamawiający poinformował o anulowaniu wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanego w dniu 07 maja 2020 r. Zamawiający, na zapytanie Moto Budrex, kiedy rozstrzygnie ostatecznie przetarg, poinformował w rozmowie telefonicznej, że komisja zbiera się 25 czerwca. Ostatecznie jednak dopiero w dniu 30 czerwca Zamawiający poinformował o odrzuceniu dwóch ofert - ZAP Sznajder Batterien S.A. oraz oferty Moto Budrex wskazując jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, o wykluczeniu wykonawcy Autocraft wybranego pierwotnie - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oraz o unieważnieniu przetargu z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że „do upływu przedłużonego terminu związania ofertą, tj. 24.06.2020 r. oraz w związku z komplikacjami proceduralnymi, Zamawiającemu nie udało się dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyżsi wykonawcy mimo upływu przedłużonego terminu związania ofertą nie wnieśli samodzielnie o jego ponowne przedłużenie. Z uwagi na powyższe złożone przezeń oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych.”.

Wykonawca Moto Budrex stwierdził, że po otrzymaniu informacji z dnia 30 czerwca 2020 r. dwukrotnie w pismach z 3 lipca 2020 r. zwrócił się do Zamawiającego o zmianę decyzji i uwzględnienie oferty Moto Budrex. Wykonawca wskazywał, że nie było podstawy prawnej do odrzucenia złożonej przez Moto Budrex oferty, a tym samym deklarował swoją wolę zawarcia umowy mimo upływu terminu związania ofertą. Moto Budrex podniósł, że taką wolę można też wyprowadzić z wcześniejszego zachowania wykonawcy, który w dniu 25 czerwca 2020 r. (a więc dzień po upływie terminu związania ofertą) dopytywał się kiedy wreszcie Zamawiający dokona rozstrzygnięcia przetargu.

Moto Budrex zauważył, że Zamawiający miał mnóstwo czasu na rozstrzygnięcie przetargu już w pierwotnym terminie związania wykonawców ofertami, a z pewnością w terminie przedłużonym z inicjatywy Zamawiającego. Jak zaznaczył Moto Budrex, pomiędzy czynnością unieważnienia wyboru oferty z dnia 21 maja 2020 r. a przedłużonym terminem związania ofertami, minął ponad miesiąc, w którym Zamawiający nie podejmował żadnych czynności. Moto Budrex wskazał ponadto, że okoliczności wykluczenia wykonawcy Autocraft były znane Zamawiającemu już w dniu 8 maja 2020 r., a z pewnością w dniu 21 maja 2020 r.

Zdaniem Moto Budrex, Zamawiający przez własne zaniechanie i brak sprawności w prowadzeniu postępowania doprowadził do sytuacji upływu przedłużonego terminu związania ofertami, na który wykonawcy, w tym Moto Budrex, wyrazili zgodę w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Jak zaznaczył Moto Budrex, Zamawiający nie wykorzystał maksymalnego przedłużenia terminu związania ofertą wnioskując o przedłużenie tylko o 30 dni, mimo iż ustawa Pzp zezwala na przedłużenie o dni 60. Moto Budrex zaznaczył też, że w postępowaniu nie były składane dotychczas żadne środki zaskarżenia powodujące przedłużenie postępowania, zatem tylko od sprawności działania Zamawiającego zależało czy zmieści się w terminie związania ofertą. Jak podkreślił Moto Budrex, wykonawca ten nie miał żadnych podstaw, by przewidywać, iż Zamawiający nie jest w stanie dokonać wyboru oferty w terminie.

Moto Budrex wskazał, że art. 85 ust. 2 ustawy Pzp umożliwia jedynie przedłużenie terminu, czyli musi ono być dokonane przed jego upływem, nie jest dopuszczalne otwarcie tego terminu na nowo. Jak zauważył Moto Budrex, wykonawca nie ma informacji o wewnętrznych działaniach zamawiającego i do końca dnia, w którym upływa termin związania ofertą ma prawo zakładać, iż zamawiający w tym terminie się zmieści. Moto Budrex zaznaczył, że ww. przepis w żadnej mierze nie nakłada na wykonawców obowiązku przedłużenia terminu, ani złożenia wniosku samodzielnie o przedłużenie terminu.

Moto Budrex stwierdził, że opisane powyżej działanie Zamawiającego prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż unieważniając przetarg z powodu braku własnej sprawności w rozstrzygnięciu przetargu Zamawiający powoduje, że przy ewentualnym ponownym ogłoszeniu przetargu na to samo zadanie, wszyscy potencjalni wykonawcy będą już znali oferty konkurencji, co niewątpliwie naruszy reguły uczciwej konkurencji.

Moto Budrex podniósł, że w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp i odrzucenia na tej podstawie

oferty Moto Budrex (jak również oferty trzeciego z wykonawców ZAP Sznajder Batterien S.A.) i to odrzucenie nastąpiło z rażącym naruszeniem powołanych przepisów. Jak wskazał Moto Budrex, katalog przesłanek odrzucenia oferty zamieszczony w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp jest katalogiem zamkniętym z uwagi na sankcyjny charakter procedury odrzucenia oferty i nie może być wykładany rozszerzająco. W ocenie Moto Budrex, już tylko literalna wykładnia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 7a w związku z treścią art. 85 ust.2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że Zamawiający odrzuca ofertę jedynie w sytuacji, gdy zwrócił się do wykonawców przed upływem terminu związania ofertą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu, a wykonawca nie wyraził na to przedłużenie zgody. Nie ma on zatem zastosowania do sytuacji, gdy wykonawca nie przedłuży terminu związania ofertą z własnej inicjatywy, niejako antycypując, że zamawiający nie jest w stanie rozstrzygnąć postępowania w założonych terminach. Moto Budrex podkreślił, że wykonawca nie może być karany za zaniechania i nienależytą organizację po stronie zamawiającego.

Moto Budrex zwrócił uwagę, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp był wielokrotnie przedmiotem wnikliwej wykładni w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych z wykorzystaniem stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w tym częściowo przed nowelizacją ustawy Pzp, gdy brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą skutkował wykluczeniem wykonawcy (co jednak nie ma wpływu na aktualność tamtejszych rozważań). Jak wskazał Moto Budrex, w najnowszym orzecznictwie zdecydowanie przeważa stanowisko, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp odnosi się tylko do sytuacji, w której wykonawca na wniosek zamawiającego nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i nie można tej przesłanki rozciągać na inne niewskazane w treści przepisu przypadki, a w szczególności na sytuację, gdy wykonawca nie przedłuży terminu związania ofertą samodzielnie. Jednocześnie wskazuje się, iż oferta, której termin związania upłynął, pozostaje ważna i może być wybrana przez zamawiającego, a wykonawca taki pozostaje uczestnikiem postępowania i może zostać z nim zawarta umowa. Moto Budrex podkreślił, że wykonawca nie ma obowiązku przedłużania z własnej inicjatywy terminu związania ofertą - ustawodawca wyraźnie przewiduje tu prawo, a nie obowiązek po stronie wykonawcy. Z powyższego Moto Budrex wywiódł, że skoro nie jest to obowiązek, ale prawo, to z tytułu nieskorzystania z tego prawa nie może być nakładana na wykonawcę żadna sankcja, a instytucja odrzucenia oferty taką sankcją jest.

Jak zauważył Moto Budrex, przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp umożliwia jedynie przedłużenie terminu, czyli musi ono być dokonane przed jego upływem, nie jest dopuszczalne otwarcie tego terminu na nowo. Moto Budrex stwierdził, że wykonawca nie ma informacji o wewnętrznych działaniach zamawiającego i do końca dnia, w którym upływa termin związania ofertą ma prawo zakładać, iż zamawiający w tym terminie się zmieści. Moto Budrex zauważył, że postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nakłada szereg obowiązków przede wszystkim na zamawiającego, to zamawiający bowiem dysponując pieniędzmi publicznymi ma dbać o należyte ich wydatkowanie i dbać o to, by w wyniku postępowania wybrać najlepszą ofertę zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy. Terminy przewidziane w ustawie są terminami wiążącymi także, a może przede wszystkim, dla zamawiającego, który ma tak prowadzić postępowanie, aby w terminach tych doprowadzić do jego zakończenia i wyboru wykonawcy. Celowi temu służy też instytucja zawieszenia terminów w wypadku korzystania ze środków odwoławczych. Jak zaznaczył Moto Budrex, przekraczając termin związania ofertą, Zamawiający naraża się na ryzyko odmowy zawarcia umowy ze strony wykonawcy, którego termin związania ofertą już upłynął, jak i na brak zabezpieczenia w postaci wadium. Moto Budrex wywiódł, że nieprzypadkowo ustawodawca daje zamawiającemu tylko jednokrotne prawo wnioskowania o przedłużenie terminu związania ofertą. Moto Budrex stwierdził, że należy odwrócić spektrum widzenia z punktu, który sankcjonuje tylko wykonawcę na spojrzenie, w którym to zamawiający ma w sposób należyty dbać o interes publiczny, a za zaniedbania zamawiającego odpowiedzialności nie mogą ponosić ubiegający się o zamówienie wykonawcy.

W przekonaniu Moto Budrex, konsekwentna jest regulacja ustawodawcy, iż w sytuacji, gdy zamawiający wykonując należycie swoje obowiązki zwraca się do wykonawców z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu (co może uczynić tylko raz), wykonawcy nie muszą się na to zgodzić i w razie braku zgody nie tracą wadium, jednak w sytuacji braku zgody zastosowanie znajduje właśnie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp i oferta takiego wykonawcy podlega odrzuceniu. Ustawodawca mimo dyscyplinowania zamawiającego w zakresie sprawnego prowadzenia postępowania, słusznie przyjmuje, że sytuacja może nieraz wymagać przedłużenia postępowania. Natomiast dalsze przedłużanie postępowania nie może już wiązać wykonawcy i blokować jego środków, w dalszym ciągu możliwy jest jednak wybór oferty wykonawcy i zawarcie z nim umowy, mimo nieprzedłużenia przez niego terminu. Moto Budrex podkreślił, że żaden przepis ustawy Pzp nie stanowi, że oferta traci ważność po upływie terminu związania ofertą, a Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08 uznał, iż zawarcie umowy w sprawie

zamówienia publicznego nie wymaga ważności terminu związania ofertą i dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą.

Moto Budres przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14, w którym Sąd stwierdził, iż ze względu na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów ustawy Pzp należy uznać, że upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Sąd ten wskazał, iż nie można w sposób mechaniczny przenosić rozwiązań prawa cywilnego na prawo zamówień publicznych w zakresie skutków i konsekwencji upływu terminu związania ofertą. Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 21 września 2012 r., sygn. akt XIII Ga 379/12, w którym Sąd wskazał, iż celem związania wykonawcy ofertą jest zabezpieczenie interesów zamawiającego poprzez umożliwienie mu dochodzenia zawarcia umowy od wykonawcy związanego ofertą, po upływie terminu związania ofertą jest ona jednak nadal ważna, tyle tylko, że zawarcie umowy zależy od suwerennej decyzji wykonawcy.

Podobnie, w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 17 stycznia 2014 r., sygn. akt IX Ga 392/13 (powołującego się na wcześniejszy wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r., syn. akt VI Ga 192/10) wydanym w oparciu o przepisy ustawy przed nowelizacją, w którym Sąd ten stwierdził, iż upływ terminu związania ofertą w żadnym przypadku, sam przez się, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem nie stanowi przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy. Moto Budrex wskazał, że stwierdzenie to zachowuje aktualność odpowiednio w obecnym stanie prawnym, z tą różnicą, iż instytucję wykluczenia zastąpić należy instytucją odrzucenia oferty.

Moto Budrex zwrócił też uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2018 r., sygn. akt KIO 1864/18, w którym Izba stwierdziła, że zasada związania ofertą sformułowana w art. 66 kodeksu cywilnego doznaje modyfikacji na gruncie ustawy Pzp: „To nie wykonawca składający ofertę określa termin związania ofertą, ale zamawiający, jedynie w takich granicach, jakie określa art. 85 ust. 1 ustawy. To nie wykonawca formułuje treść zobowiązań wynikających z ewentualnego przyjęcia oferty przez zamawiającego, lecz jest ona wyznaczona postanowieniami SIWZ, a co za tym idzie, oferta składana przez wykonawcę stanowi rodzaj przyjęcia zaproszenia, niejako "oferty" zamawiającego w zakresie ustalenia przedmiotu zamówienia. Oferta, o której mowa w art. 66 kodeksu cywilnego, jest oświadczeniem wyrażającym stanowczą decyzję oferenta dotyczącą zawarcia umowy, przy czym sens tej stanowczości polega na tym, że zbędne są już po stronie oferenta jakiekolwiek dalsze oświadczenia, aby umowa doszła do skutku. Ta właśnie stanowczość powoduje po stronie oferenta stan związania, polegający na tym, że oblat może przez samo przyjęcie oferty doprowadzić do zawarcia umowy o treści określonej w ofercie. Z uwagi na znaczną uciążliwość związania dla oferenta, stan ten został ograniczony terminem - po upływie którego związanie ofertą wygasa. W konsekwencji, po upływie tego terminu oferta w rozumieniu art. 66 k.c. traci swoją podstawową właściwość, jaką jest stanowczość woli zawarcia umowy skutkująca automatycznym zawarciem umowy w przypadku przyjęcia oferty przez oblata, a zatem nie może już być uznawana za ofertę skuteczną. Natomiast oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego waloru stanowczości, w rozumieniu wskazanym powyżej, nie posiada. Należy bowiem zauważyć, że dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej nie powoduje powstania pomiędzy nim, a wykonawcą stosunku umownego (automatycznego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego), a jedynie uprawnia go do żądania od wykonawcy złożenia kolejnego oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy. Związanie ofertą na gruncie zamówień publicznych oznacza zatem jedynie powstanie po stronie wykonawcy obowiązku złożenia - w przypadku wyboru jego oferty - oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Moto Budrex podał, że ww. rozważania należy zmodyfikować na tle nowelizacji kodeksu cywilnego z 2003r., gdzie usunięto z elementów istotnych oferty termin, do upływu którego oferta jest wiążąca.

Moto Budrex zaznaczył, że do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie dochodzi przez przyjęcie oferty wykonawcy przez zamawiającego - wymagane jest złożenie przez każdą ze stron odrębnych oświadczeń woli o zawarciu umowy, z tym że wykonawca związany ofertą jest zobligowany do zawarcia umowy pod rygorem utraty wadium, wciąż jednak ma swobodny wybór co do zawarcia umowy, natomiast jeżeli zamawiający dokona wyboru oferty po upływie terminu związania ofertą, wykonawca w dalszym ciągu ma swobodny wybór co do zawarcia umowy, różnica jest jedynie taka, że w razie odmowy nie grozi mu utrata

wadium. W interesie zamawiającego jest zatem, aby dokonać czynności wyboru oferty jeszcze w terminie związania ofertą.

Moto Budrex przywołał także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 105/19, w którym Izba orzekła: „Fakt nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie powoduje niemożliwości wyboru oferty wykonawcy i zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem zamawiający nie ma możliwości odstąpienia od oceny i badania oferty, bowiem przepisy p.z.p. - stanowiące lex specialis w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego - nie wiążą negatywnych skutków z brakiem związania ofertą i nie zwalniają zamawiającego z właściwego wykonania swoich ustawowych obowiązków. Wyjątkiem jest art. 89 ust. 1 pkt 7a p.z.p. w zw. z art. 85 ust. 2 p.z.p., kiedy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy - jedynie w przypadku, gdy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą, mimo że zamawiający uprzednio zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody." Izba wskazała, iż „nie ma żadnej podstawy prawnej, aby po upływie terminu związania ofertą zamawiający mógł odstąpić od jej oceny i badania oraz nie ma żadnej przeszkody prawnej do wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej" oraz że po wydaniu postanowienia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej 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 Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, obecnie już w orzecznictwie i doktrynie znacząco przeważa stanowisko, iż nie ma żadnych podstaw prawnych do zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, której termin związania upłynął.

Jak zauważył Moto Budrex, powyższa interpretacja znajduje wzmocnienie na tle nowej regulacji zamówień publicznych - ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r. poz. 2019), gdzie w art. 220 ustawodawca w ogóle zrezygnował z instytucji przedłużania dobrowolnego związania ofertą przez wykonawców, pozostawiając tylko możliwość zwrócenia się zamawiającego jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą stanowiąc w ust. 2 i 3 tego artykułu:
3. W przypadku, gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2. zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni. 4. Przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Moto Budrex wywiódł, że ustawodawca doszedł do słusznego wniosku, że instytucja dobrowolnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawców jest zbyteczna i niczemu nie służy, a wręcz stanowi zachętę do naruszania prawa przez zamawiających. W przekonaniu Moto Budrex, tak właśnie jest w obecnym stanie prawnym. W ocenie Moto Budrex, próba zrównania tej instytucji z instrumentem przedłużenia terminu związania ofertą na wniosek zamawiającego za zgodą wykonawcy poprzez przypisanie jej tego samego znaczenia i tej samej sankcji odrzucenia oferty z chwilą upływu terminu związania ofertą nie znajduje żadnego oparcia ani w treści art. 85 ust. 2, ani art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp i nie może być uznana za legitymizowaną.

Moto Budrex przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 151/17 cytowany w późniejszym wyroku KIO z dnia 30 października 2019 r., sygn. akt KIO 2104/19, w którym Izba wskazała: „(...) gdyby ustawodawca chciał zrównać sytuację, w której wykonawca nie przedłuża terminu związania ofertą, czy to samodzielnie, czy też na wezwanie zamawiającego, to powodem odrzucenia oferty uczyniłby brak związania ofertą. Ustawodawca jednak nie zdecydował się na takie rozwiązanie, szczególne znaczenie, biorąc pod uwagę sankcję, przypisując czynności dokonywanej na wezwanie zamawiającego w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą.".

Jak stwierdził Moto Budrex, treść art. 89 ust.1 pkt 7a ustawy Pzp jest jednoznaczna, jasna i czytelna. Jak podnosi Krajowa Izba Odwoławcza w ww. orzeczeniu KIO 2104/19: „(..) katalog przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy ma charakter zamknięty i nie można podstaw odrzucenia interpretować w sposób rozszerzający. Wszelkie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, jako wyjątki od zasady, iż złożona oferta podlega badaniu i wyborowi winny być interpretowane w sposób ścisły. Takie też przesłanie płynie z orzeczenia TSUE (Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 r. wydane w sprawie 035/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o.. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu).". Trybunał Sprawiedliwości stwierdził w tym orzeczeniu: „Zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją na

przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk".

Jak wskazał Moto Budrex, w wyroku z dnia 30 października 2019 r., sygn. akt KIO 2104/19 Izba przywołuje szereg orzeczeń Izby w sprawie przedmiotowego przepisu, które podziela (m.in. KIO 153/18 z 12 lutego 2018 r., KIO 324/17 z 7 marca 2017 r., KIO 1305/17 z 11 lipca 2017 r., KIO 1912/17 z 28 czerwca 2017 r., KIO 1371/18 z 24 lipca 2018 r.) i stwierdza, iż „Odesłanie z art. 89 ust. 1 pkt 7a do art. 85 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie udzielenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, tj. sytuacji, w której zamawiający w zakreślonej cezurze czasowej wystąpi do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą, a ten zaniecha przedłużenia przedmiotowego terminu lub odpowie na wezwanie w sposób niezgodny z jego treścią. Zgodnie z powszechnie przyjętym w orzecznictwie poglądem, rozszerzenie przesłanek odrzucenia oferty poza granice wyznaczone przepisami ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie przecięło przywołane wyżej postanowienie TSUE (z dnia 13 lipca 2017 r. wydane w sprawie C- 35/17). Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, iż skoro art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp odnosi się tylko do sytuacji, w której wykonawca na wniosek zamawiającego nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, to nie można przedmiotowej przesłanki odrzucenia rozciągać również na inne, niewskazane w treści przepisu przypadki. Brak jest również jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu. W żadnym wypadku nie można zatem uznać, że z momentem upływu terminu związania ofertą złożoną przez Odwołującego przestał On być uczestnikiem postępowania. (...) Gdyby Ustawodawca chciał, aby podstawa odrzucenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 89 ust. 1 pkt 7a nie zastosowałby odnośnika do wyrażenia "nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą", ale zastosowałby określenia typu "nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą", "nie przedłużyli okresu związania ofertą" i tym podobne. Ustawodawca użył natomiast wyraźnego określenia "nie wyraził zgody" odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 Pzp skorelowanej z odpowiedzią na wezwanie zamawiającego.”.

Moto Budrex zwrócił uwagę, że analogiczny pogląd został wyrażony w szeregu innych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyroku z 11 października 2017 r., sygn. akt KIO 2181/17 „Przepis (przypis Odwołującego: art. 89 ust. 1 pkt. 7a) stanowi bowiem jednoznacznie, że odrzuca się ofertę tylko takiego wykonawcy, który nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą. W art. 85 ust. 2 Pzp zaś jest mowa o zgodzie, jaką wykonawca ma wyrazić w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Tylko i wyłącznie wtedy gdy wykonawca odmówi wyrażenia zgody na przedłużenie związania oferta aktualizuje się obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy. Obowiązek odrzucenia oferty natomiast nie występuje, gdy wykonawca nie przedłuży samodzielnie terminu związania ofertą. Przepisów sankcyjnych, do jakich bez wątpienia należy przepis art. 89 Pzp odnoszący się do odrzucenia ofert, nie można interpretować rozszerzająco. W konsekwencji oferta odwołującego może być jeszcze wybrana jako najkorzystniejsza. Jedyna różnica jest taka, że z uwagi na upływ terminu związania ofertą wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy pod rygorem utraty wadium.”.

W wyroku z 27 września 2018 r., sygn. akt KIO 1864/18 Izba stwierdziła: „ Wskazać należy, że w treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy Pzp jest odniesienie do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym należy dokonać wykładni art. 89 ust. ł pkt. 7a ustawy Pzp poprzez odniesienie się do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. który stanowi, iż zamawiający może zwrócić się do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zatem wykładnia obu przepisów 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."

W wyroku z dnia 24 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1371/18 Izba orzekła: „Zdaniem Izby brak terminu związania ofertą jest podstawą do odrzucenia oferty tylko w sytuacji, kiedy wykonawca wezwany przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie

wyrazi na to zgody (...) żaden przepis ustawy nie wymaga permanentnego utrzymania przez wykonawcę stanu związania ofertą, a tylko to mogłoby być podstawą w razie upływu tego terminu do rozpatrywania niezgodności takiej oferty z ustawą. Jednocześnie de lege lata żaden z przepisów ustawy Pzp nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest. Izba stoi na stanowisku, że katalog przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy ma charakter zamknięty i nie można podstaw odrzucenia interpretować w sposób rozszerzający. Wszelkie postawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, jako wyjątki od zasady, iż złożona oferta podlega badaniu i wyborowi winny być interpretowane w sposób ścisły. (..) Końcowo podkreślić należy, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, natomiast możliwość podpisania umowy z wykonawcą który nie potwierdził na ten termin związania ofertą jest w orzecznictwie możliwością niekwestionowaną.”. Analogiczne stanowisko Izba zajęła w uchwałach z dnia 4 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO/KU 24/19 i z 1 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO/KU 21/19.

Moto Budrex podał, że znane są mu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej prezentujące stanowisko odmienne, są one jednak po wydaniu przywołanego wyżej postanowienia TSUE nieliczne, jak wyrok z dnia 14 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1507/19, tu jednak, zdaniem Moto Budrex, stanowisko Izby było spowodowane wątłością uzasadnienia odwołującego, gdyż w uzasadnieniu Izba stwierdziła, że brak było argumentacji formalnej czy prawnej ze strony zamawiającego i przystępującego, którzy bronili wyboru oferty, której termin związania minął.

Ponadto, Moto Budrex wskazał, że pozostaje uczestnikiem postępowania mimo upływu terminu związania ofertą i przysługują mu środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie Pzp. Jak podał Moto Budrex, powyższe jest konsekwencją faktu, że zamawiający zobowiązany był podjąć i podjął czynności wobec oferty złożonej przez wykonawcę, gdyby Moto Budrex nie był już uczestnikiem postępowania, jego oferta mogłaby zostać po prostu pominięta czy zignorowana. Takiej sytuacji jednak ustawa Pzp nie przewiduje. Jak wskazano, skoro oferta nie traci ważności pomimo upływu terminu związania ofertą, tak samo i wykonawca, który ją złożył dalej bierze udział w postępowaniu aż do jego zakończenia lub prawomocnego rozstrzygnięcia o jego ofercie.

Moto Budrex przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 września 2019 r., sygn. akt KIO 1685/19, w którym Izba wskazała: „Treść przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a p.z.p. potwierdza, że oferta co do której upłynął termin związania jest ważna, bowiem przepis zobowiązuje zamawiającego do jej odrzucenia w przypadku braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta może być wycofana, odrzucona, wybrana jako najkorzystniejsza, bądź oceniona na którejś pozycji w rankingu ofert. Nic występuje pojęcie oferty o niezidentyfikowanym statusie” i „Skoro, zgodnie z przywołanym wyżej orzecznictwem, w związku z zaniechaniem przedłużenia terminu związania ofertą, brak przesłanki wykluczenia wykonawcy w postępowania czy odrzucenia jego oferty oraz nie ma przeszkód, aby z wykonawcą podpisać umowę, to ma on interes we wniesieniu odwołania.”. Podobnie w wyroku z 17 października 2018 r., sygn. akt KIO 1939/18 Izba stwierdziła, iż „Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania. Tym samym Izba nie uwzględniła przeciwnej argumentacji Zamawiającego, który wywodził nie spełnianie przez Odwołującego wynikających z przywołanego przepisu przesłanek materialnoprawnych z faktu braku związania ofertą w dacie wniesienia odwołania. De lege lata żaden przepis Pzp nie wiąże uprawnienia do skorzystania ze środka ochrony prawnej z koniecznością pozostawania przez wykonawcę wnoszącego odwołanie w stanie związania ofertą, podobnie jak nie uniemożliwia zamawiającemu wyboru oferty wykonawcy, w przypadku której stan ów ustał, z zastrzeżeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 7a Pzp, który nie znajduje zastosowania w przedmiotowej sprawie, jako że nie stanowił podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Co więcej, przywołany przepis odnosi się do sytuacji, w której wykonawca nie wyraża, na wniosek zamawiającego, zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, czym daje wyraz braku zainteresowania ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego. W pozostałych przypadkach upływ terminu związania ofertą wywołuje jedynie ten skutek, że wykonawca nie ma obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, co jednak nie jest równoznaczne z rezygnacją z ubiegania się o udzielenie zamówienia.”.

Podsumowując, Moto Budrex stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu tego, iż Odwołujący nie wniósł samodzielnie o jego ponowne przedłużenie - takiej podstawy prawnej nie ma w ustawie Pzp, nie jest nią w szczególności powołany przez Zamawiającego przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Moto Budrex zaznaczył, że nie był zobowiązany do wnoszenia samodzielnie o przedłużenie terminu związania ofertą, a jego oferta, mimo upływu terminu,

była ważna. Zamawiający był zatem zobowiązany do oceny oferty Moto Budrex i dokonania czynności wyboru z uwzględnieniem oferty Moto Budrex. W konsekwencji nie doszłoby do unieważnienia postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający naruszył zatem przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, jednocześnie, idąc za postanowieniem TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17, naruszył zasadę uczciwej konkurencji i wyboru najlepszej oferty wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakładając na wykonawcę obowiązki nieprzewidziane w przepisach prawa i SIWZ (niezwrócenie się o przedłużenie terminu związania ofertą) i sankcje z przepisów prawa niewynikające.

W dniu 12 sierpnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują 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 Odwołujących możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba oddaliła odwołanie wniesione przez wykonawcę Autocraft. Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego wskazanych odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustaw Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu jednym z dokumentów, do złożenia którego zobowiązani byli wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, był wykaz dostaw. Dokumentu tego wymagał Zamawiający w pkt VI ust. 3 pkt f Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: „VI. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia (...) f. Wykaz dostaw, które wykonawca zrealizował w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert bądź realizuje w przypadku świadczeń ciągłych bądź okresowych, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należycie". Dokument ten miał zatem stanowić oświadczenie wiedzy wykonawcy obejmujące jego doświadczenie odpowiadające sformułowanemu przez Zamawiającego warunkowi udziału w postępowaniu (pkt V ust. 1 pkt 2 lit. c Specyfikacji). Uprawnienie Zamawiającego do żądania oświadczenia wykonawcy złożonego w formie wykazu dostaw wynika wprost z przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r., poz. 1282). W § 2 ust. 4 ww. rozporządzenia ustawodawca wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto, w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający dwukrotnie wzywał Autocraft do złożenia wykazu dostaw - pismem z dnia 7 kwietnia 2020 r. oraz pismem z dnia 5 maja 2020 r.

Jak wynika z ww. postanowień Specyfikacji oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wykaz dostaw powinien stanowić oświadczenie wiedzy wykonawcy obejmujące dostawy odpowiadające swoim przedmiotem warunkowi udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane. Tego rodzaju oświadczenie wykonawcy badane jest przez zamawiającego nie tylko pod kątem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale także pod kątem innych przesłanek do wykluczenia wykonawcy, w tym z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Ze względu na funkcję, jaką pełni w postępowaniu, oświadczenie to jest jednym z najistotniejszych oświadczeń składanych przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy wykonawca Autocraft, pomimo jednoznacznego wymagania sformułowanego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a także pomimo wezwań kierowanych przez Zamawiającego, nie złożył wykazu dostaw. Wykonawca ten broniąc swojej oferty nie był pewien, który z dokumentów może być uznany za brakujący dokument - w odwołaniu wskazywał, że za wykaz dostaw powinny zostać uznane złożone przez Autocraft faktury VAT. Na rozprawie z kolei wykonawca opierał swoją argumentację na twierdzeniu, że to referencja przedstawiona Zamawiającemu w dniu 7 maja 2020 r. pozyskana od ROSOMAK S.A. powinna zostać uznana za dokument własny wykonawcy zawierający wszystkie informacje, jakie miały znaleźć się w wykazie dostaw.

Należy zwrócić uwagę, że zarówno Zamawiający w Specyfikacji, jak też ustawodawca z przywołanych powyżej przepisach rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, rozróżnił wykaz usług od dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Wykaz dostaw powinien pochodzić od wykonawcy i stanowić jego oświadczenie wiedzy, zaś dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia to referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, co wynika wprost z dyspozycji § 2 ust. 4 ww. rozporządzenia.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że faktury VAT oraz referencje złożone przez wykonawcę Autocraft mogą ewentualnie zostać uznane za dokumenty potwierdzające należytą realizację dostaw wykonanych przez tego wykonawcę, nie mogą one jednak zastąpić oświadczenia samego wykonawcy obejmującego doświadczenie własne odpowiadające postawionemu przez Zamawiającego warunkowi. Warto przy tym zauważyć, że postępowanie o udzielenie zamówienia, z uwagi na charakter środków, z jakich jest finansowane, jest postępowaniem sformalizowanym. Ustawodawca uregulował zarówno obowiązki zamawiającego, jak i wykonawców ubiegających się o zamówienie. Określając katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, to na wykonawców ustawodawca nałożył obowiązek wykazania, poprzez złożenie stosownych dokumentów, że spełniają warunki udziału w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie wykonawca Autocraft nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi, a co za tym idzie, czynność wykluczenia Autocraft na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp była prawidłowa.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że w zawiadomieniu skierowanym do wykonawców w dniu 30 czerwca 2020 r. Zamawiający przywołał i przytoczył przepis ustawy Pzp, który stanowił podstawę do wykluczenia Autocraft z udziału w postępowaniu. Zamawiający zwrócił uwagę na postanowienie Specyfikacji dotyczące obowiązku złożenia przez wykonawcę wykazu dostaw, podał czynności, które nastąpiły w toku badania i oceny oferty Autocraft, a także w sposób nie budzący wątpliwości wskazał na zaniechanie przez Autocraft złożenia wykazu dostaw. Treść informacji o wykluczeniu wykonawcy Autocraft nie może budzić wątpliwości co do przyczyn takiej czynności Zamawiającego.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji, także zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w sposób wskazany przez Moto Budrex w odwołaniu.

Izba 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. Przesłanki leżące u podstaw tego poglądu zaprezentowane zostały szeroko przez Moto Budrex w złożonych pismach, w tym w treści odwołania, które znalazło odzwierciedlenie w zaprezentowanym powyżej stanie faktycznym, wobec czego Izba uznała za zbędne powtórne ich przytaczanie. Podkreślenia jednak wymaga, że 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. Mając na względzie zaprezentowany przez Moto Budrex pogląd wyrażany w orzecznictwie, Izba stwierdziła, że Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę wykonawcy Moto Budrex, gdyż brak jest podstawy prawnej w tym zakresie. W konsekwencji, Izba podziela pogląd, że zasadność stanowiska zaprezentowanego przez Moto Budrex 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.

Z uwagi na powyższe, Izba uwzględniła odwołanie nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Moto Budrex oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Moto Budrex.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawieustawy Pzp oraz w oparciu o przepis5 ust. 2 pkt 1 oraz5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....