

WYROK

z dnia 19 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący
Aneta Młacka

Członkowie:
Agata Mikołajczyk

Izabela Niedziałek - Bujak

Protokolant:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2021 r. przez Odwołującego A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARASNAKE A. S. (ul. Żeromskiego 30, 25-370 Kielce) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego 1. Baza Lotnictwa Transportowego (ul. Żwirki i Wigury 1c, 00-909 Warszawa)

przy udziale:

A. wykonawcy AirTech Solution Sp. z o.o. (ul. Żywiecka 39, 02-495 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

B. wykonawcy Enter Air Sp. z o.o. (ul. Komitetu Obrony Robotników 74, 02-146 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARASNAKE A. S. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego 1. Baza Lotnictwa Transportowego (ul. Żwirki i Wigury 1c, 00-909 Warszawa) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARASNAKE A. S. (ul. Żeromskiego 30, 25-370 Kielce) tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego

2.2. zasądza od Zamawiającego 1. Baza Lotnictwa Transportowego (ul. Żwirki i Wigury 1c, 00-909 Warszawa) na rzecz Odwołującego A. S. prowadzącego działalność

gospodarczą pod firmą PARASNAKE A. S. (ul. Żeromskiego 30, 25-370 Kielce) kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 3157/21

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Szkolenie symulatorowe dla załóg statków powietrznych G550 i B737 w latach 2021-2023”, w zakresie części I zamówienia, nr sprawy 4/2021.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 075-191899.

Odwołujący A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Parasnake A. S. wniósł

odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na wadliwym odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty, która nie była najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 12) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP w zw. z art. 200 ust. 3 PZP w zw. z art. 252 ust. 1 i 2 PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego za brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, podczas gdy pierwotny termin związania ofertą upływał w dniu 17 sierpnia 2021 r.
- art. 252 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie, po unieważnieniu w dniu 10 września 2021 r. wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13 sierpnia 2021 r., wezwania Odwołującego, którego oferta nadal miała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty, podczas gdy Zamawiający unieważniając samodzielnie i we własnym zakresie wybór z dnia 13 sierpnia 2021 r., powinien ten przepis zastosować;
- art. 239 ust. 1 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą, gdy tą była oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania; nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazał, że pierwotny termin związania ofertą Odwołującego upływał 17 sierpnia 2021 r. Jest to okoliczność bezsporna i wynika z SWZ.

4 sierpnia 2021 r. Zamawiający wystosował wniosek do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą wskazując, że pierwotny termin upływa 17 sierpnia 2021 r.

13 sierpnia 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Wybór nastąpił zgodnie z art. 252 ust. 1 PZP i miał miejsce w terminie związania ofertą Odwołującego.

23 sierpnia 2021 r. Wykonawca Enter Air Sp. z o.o. złożył odwołanie. Odwołanie nie było związane z kwestią terminu związania ofertą.

10 września 2021 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem w sprawie KIO 2484/21 z dnia 20 września 2021 r. umorzyła postępowanie odwoławcze na skutek cofnięcia odwołania w całości.

Odwołujący wskazał, że nie zaszła okoliczność do złożenia przez Odwołującego pisemnego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, albowiem w pierwotnym terminie związania Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Wobec tego, mając na uwadze treść art. 220 ust. 3 PZP, Odwołujący nie musiał składać oświadczenia o przedłużeniu.

Późniejsze unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie skutkuje tym, że zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na brak przedłużenia terminu związania. Oceny w zakresie podstawy do skorzystania z art. 226 ust. 1 pkt 12 PZP dokonywać należy tylko o wyłącznie odnośnie do momentu dokonywania pierwszego wyboru w niniejszym Postępowaniu tj. w dniu 13 sierpnia 2021 r. a na ten dzień Odwołujący był związany swoją ofertą.

Zdaniem Odwołującego okoliczność, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą oznacza, że (w związku z treścią art. 220 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) późniejsze unieważnienie w dniu 10 września 2021 r. wyboru oferty nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla Odwołującego, albowiem pierwotny wybór nastąpił w terminie związania ofertą, a zatem wezwanie z art. 220 ust. 3 PZP było bezskuteczne.

Zdaniem Odwołującego realizacja wezwania o przedłużeniu terminu związania ofertą jest nieistotna, gdyż w terminie pierwotnego związania nastąpił wybór oferty najkorzystniejszej w postaci oferty Odwołującego. Termin na realizację wniosku Zamawiającego upływał dopiero 17 sierpnia 2021 r., czyli kilka dni po dokonanych wyborze. Gdyby Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, to wtedy istotna byłaby okoliczność przedłużenia lub nie terminu związania ofertą. Uznanie stanowiska Zamawiającego byłoby zaś contra legem art.

220 ust. 3 PZP, gdyż mogłoby skutkować formułowaniem wezwań do wykonawców w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą, następnie dokonywania w terminie pierwotnym związania ofertą wyboru, a następnie unieważnienie wyboru, w celu odrzucenia ofert, które nie dokonały przedłużenia, mimo że wybór już raz nastąpił.

W argumentacji Odwołujący podniósł także, że art. 220 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest oczywisty i wiąże skutek przedłużenia terminu związania ofertą z tym, że wybór nie może nastąpić przed upływem terminu pierwotnego związania, jeśli przedłużenie ma mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający dokonał błędnej jego wykładni, która jest wprost niekorzystna dla wykonawców. Przewiduje sankcje, które z tego przepisu nie wynikają. Wszelkie przedłużenia terminu związania ofertą lub ich brak w Postępowaniu nie wywołały skutków prawnych, gdyż w świetle art. 220 ust. 3 PZP nie mogły wywołać.

Ustawodawca wiąże konieczność związania ofertą z czynnością wyboru oferty, nie zaś zawarcia umowy. Skuteczność tego przepisu związana jest tylko i wyłącznie z sytuacją, w której w pierwotnym terminie związania wybór nie nastąpił.

Jeśli Zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, jednak do upływu tego terminu zdołał dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, to nie ma podstawy do odrzucenia ofert wykonawców, którzy na wniosek zamawiającego nie odpowiedzieli, albo nie zgodzili się na przedłużenie terminu związania ofertą. Byli oni bowiem nadal związani ofertą w pierwotnym terminie, w którym nastąpiło

rozstrzygnięcie postępowania.

Dalej Odwołujący argumentował, że sytuacja unieważnienia wyboru z 13 sierpnia 2021 r. nie może skutkować niekorzystnym skutkiem dla Odwołującego. W informacji o unieważnieniu brak jest przy tym informacji o powodach unieważnienia. Zamawiający w żadnej korespondencji do Odwołującego, związanej z unieważnieniem wyboru z 13 sierpnia 2021 r. nie wskazywał, powodem tej czynności jest kwestia braku przedłużenia terminu związania ofertą.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że brak było podstaw do odrzucenia jego oferty, a nadto wobec niego winna być zastosowana procedura z art. 252 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dokonanie wyboru wobec tego oferty, która nie jest najkorzystniejsza, a która była na drugim miejscu przy pierwotnym wyborze tj. oferty wykonawcy AirTech Solution Sp. z o.o. jest wyborem naruszającym art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Nie zgodził się z argumentacją Odwołującego. Zamawiający wskazał, że przesłał do Odwołującego pismo w sprawie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Ze względu na skomplikowany charakter postępowania Zamawiający przewidywał, że nie dojdzie do czynności wyboru oferty w terminie do dnia 17 sierpnia 2021 r. tj. w pierwotnym terminie związania ofertą. Jak wskazuje się w poglądach doktryny, brak jest w przepisach p.z.p. określenia terminu w jakim Zamawiający jest uprawniony do zwrócenia się do oferentów z przedmiotowym wezwaniem. Dodatkowo prosba zamawiającego o wyrażenie zgody na wydłużenie terminu związania ofertą nie musi być w żaden sposób uzasadniona i zależy do uznaniowej decyzji zamawiającego. Niewątpliwie zatem Zamawiający był uprawniony do przesłania pisma do wykonawców w sprawie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku stwierdzenia, że w postępowaniu doszło do czynności niezgodnej z obowiązującymi przepisami Zamawiający jest uprawniony do anulowania takiej czynności. Taka sytuacja miała miejsce na gruncie niniejszej sprawy, w związku z czym Zamawiający w dniu 10 września 2021 unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i powrócił do czynności badania i oceny ofert. Następnie dokonał powtórnej czynności badania i oceny ofert, w ramach której stwierdził, że Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą, tj. ziszcila się przesłanka z art. 226 ust. 1 pkt 12 p.z.p.

Zamawiający zwrócił uwagę, że analogicznie mogła zaistnieć sytuacja, w której Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując wniesione na gruncie niniejszej sprawy odwołanie przez Enter Air Sp. z o.o. mogła uwzględnić podniesione zarzuty i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazać ponowienie czynności badania i oceny ofert. W takiej sytuacji Zamawiający ponownie zobowiązany byłby dokonać czynności badania i oceny ofert.

W ocenie Zamawiającego, to wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest zadbać o to, by oferta złożona w postępowaniu wiązała przez cały okres trwania procedury udzielenia zamówienia publicznego.

Zamawiający w argumentacji podniósł także, że zgodnie z art. 254 p.z.p. postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego lub unieważnieniem postępowania, a nie w momencie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonawcy muszą być zatem świadomi, że do momentu określonego w art. 254 p.z.p. mogą być dokonywane różnego rodzaju czynności w postępowaniu uzależnione od jego przebiegu i zaistniałych zdarzeń, w tym ewentualnych rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej. Biorąc powyższe pod uwagę, wykonawca jako profesjonalista winien, dochowując należytej staranności, zadbać o to by jego oferta wiązała w określonym czasie, by mogła zostać (ewentualnie) wybrana, jako najkorzystniejsza.

W sytuacji zatem gdy Zamawiający, po anulowaniu czynności wyboru oferty w dniu 10 września 2021 r. ponownie przystąpił do dokonania czynności badania i oceny ofert, zobowiązany był stwierdzić, że Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą, tj. ziszcila się przesłanka z art. 226 ust. 1 pkt 12 p.z.p. zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Dodatkowo w sytuacji gdy inne podmioty, które złożyły oferty w postępowaniu odpowiedziały

na wezwania Zamawiającego, dokonując przedłużenia związania ofertą (pismem z dnia 06.08.2021 r. AirTech Solution Sp. z o.o. oraz pismem z dnia 05.08.2021 r. Enter Air Sp. z o.o.) brak odrzucenia oferty Odwołującego mógłby zostać uznany jako naruszenie konkurencji na gruncie niniejszego postępowania.

Zamawiający wskazał także, że skorzystał z uprawnienia określonego w art. 220 ust. 3 p.z.p. i zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres. Inni wykonawcy - Przystępujący w niniejszej sprawie, z takiego obowiązku się wywiązali i odpowiedzieli na wezwania Zamawiającego dokonując przedłużenia związania ofertą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Złożył ofertę w niniejszym postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. W sytuacji gdyby jego oferta nie została odrzucona, miałby możliwość uzyskania zamówienia.

Zgodnie z artykułem 220 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wystąpił do Odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą przed upływem tego terminu. Bezsporny jest fakt, że Odwołujący nie złożył w tym zakresie oświadczenia. Jednakże przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Jest to okoliczność istotna dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

Termin związania ofertą jest niezbędny do zabezpieczenia gotowości wykonawcy do zawarcia umowy na dotychczasowych warunkach do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej. Przedłużenie terminu związania ofertą ma na celu wyłącznie umożliwienie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Skoro w niniejszej sytuacji Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej do chwili upływu terminu związania ofertą, to należałoby uznać, że odpadła podstawa, dla której Wykonawca był zobowiązany wyrazić zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Na skutek tego, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego, bez znaczenia pozostaje okoliczność, że Odwołujący nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Jak wskazano powyżej, oświadczenie takie ma na celu wyłącznie umożliwienie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Wybór oferty najkorzystniejszej spowodował, że uchylone/przerwane zostały skutki wynikające z braku złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Należy także stwierdzić, że ustalenie rankingu ofert może nastąpić również po upływie

terminu związania ofertą - art. 252 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stwarza taką możliwość i jednocześnie zobowiązuje Zamawiającego do wezwania wykonawcy, którego termin związania ofertą upłynął do wyrażenia zgody na wybór jego oferty.

Podkreślić należy, że wbrew twierdzeniu Zamawiającego i Przystępującego, Odwołujący nie miał podstaw do kwestionowania wyboru swojej oferty, czy czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu go do złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Tym bardziej, że Odwołujący nie miał wiedzy, co do czasu procedowania Zamawiającego. Oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza zanim upłynął termin związania ofertą.

Zgodnie z artykułem 252 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 252 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty.

Uregulowanie opisane w artykule 252 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest rozwiązaniem nowym, zostało wprowadzone w ustawie Prawo zamówień publicznych z 2019 roku. W obecnym stanie prawnym zostały przewidziane sytuacje, w których Zamawiający nie zdoła dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej zanim nastąpi upływ terminu związania ofertą. Ustawodawca w żaden sposób nie ograniczył stosowania tego artykułu do konkretnych sytuacji. Oznacza to, że może on znaleźć zastosowanie również w niniejszej sprawie, tj. w sytuacji, gdy Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej przed upływem terminu związania ofertą, a zatem oferta została wybrana w terminie związania ofertą i była ofertą ocenioną najwyższą. To dopiero na skutek wniesionego odwołania (i związanego z tym przedłużenia czasu trwania postępowania) zachodzi konieczność ponownej oceny oferty tego wykonawcy, po upływie terminu związania ofertą.

Sytuacja, dokonania wyboru oferty w terminie jej związania jest pod względem proceduralnym identyczna z sytuacją, gdy zamawiający bez skierowania wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą dokonuje czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą. W obu przypadkach brak jest podstaw do odrzucenia oferty. W niniejszej sprawie, na skutek dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, nie doszło do upływu terminu związania ofertą przed jej wyborem jako najkorzystniejszej. W obu sytuacjach, na skutek wniesienia odwołania wobec wyboru oferty najkorzystniejszej, może dojść do upływu terminu związania ofertą, gdyż przepisy ustawy nie przewidują stanu zawieszenia terminu związania ofertą na skutek wniesienia odwołania. Zatem skoro zamawiający ma możliwość wezwania wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą jedynie przed wyborem oferty najkorzystniejszej, to po rozstrzygnięciu odwołania może wystąpić sytuacja, gdy wykonawca nie będzie związany ofertą. Zatem w celu wybrania oferty została przewidziana procedura wezwania do wyrażenia zgody na wybór oferty.

W konsekwencji powyższych ustaleń, w niniejszej sprawie należało uznać za zasadny zarzut naruszenia art. 252 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego bez ustalenia, czy zachodziła podstawa do wezwania tego Wykonawcy na podstawie art. 252 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie przystąpił do ponownej oceny oferty Odwołującego, a zatem doszło do naruszenia przepisów ustawy. Sama okoliczność, że zdaniem Zamawiającego upływ terminu związania ofertą uniemożliwia dokonanie oceny oferty Odwołującego, nie może stać na przeszkodzie dokonaniu oceny tej oferty, bowiem wprowadzony przepis art. 252 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych taką możliwość stwarza.

Wobec powyższego, Izba w sentencji wyroku nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty Odwołującego. W przypadku gdy Zamawiający ustali, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, Zamawiający będzie zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia oświadczenia na podstawie art. 252 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy §5 pkt 1 oraz §5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1)

, zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: