Sygn. akt: KIO 2431/16
KIO 2436/16

WYROK
z dnia 11 stycznia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 9 stycznia 2017 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 23 grudnia 2016 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (pełnomocnik) oraz Europapier Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tczewie – sygn. akt KIO 2431/16,

B. w dniu 23 grudnia 2016 roku przez wykonawcę Partner XXI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu – sygn. akt KIO 2436/16

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (pełnomocnik) oraz Europapier Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tczewie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2436/16,

B. wykonawcy Partner XXI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu zgłaszającego przystąpienie do postępoania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2431/16,

---

orzeka:

1.

A) Uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (pełnomocnik) oraz Europapier Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tczewie (sygn. akt KIO 2431/16).
Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *„Dostawa materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych”.*
Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (pełnomocnik) oraz Europapier Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tczewie i w konsekwencji uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą.
Nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (pełnomocnik) oraz Europapier Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tczewie, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa dla osoby podpisującej oświadczenie o wyrażeniu zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą.
Nakazuje Zamawiającemu w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą *„Dostawa materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych”* dokonanie

wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

B) Oddala odwołanie wykonawcy Partner XXI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu (sygn. akt KIO 2436/16).

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Sąd Apelacyjny w Krakowie przez dla Instytucja Gospodarki reprezentowany Centrum Zakupów Sądownictwa Budżetowej w Krakowie i wykonawcę Partner XXI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (pełnomocnik) oraz Europapier Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tczewie (sygn. akt

---

KIO 2431/16) i Partner XXI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu (sygn. akt KIO 2436/16) tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Zamawiającego Sądu Apelacyjnego w Krakowie reprezentowanego przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (pełnomocnik) oraz Europapier Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tczewie (sygn. akt KIO 2431/16) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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 2431/16
KIO 2436/16

UZASADNIENIE

Zamawiający - Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *„Dostawa materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych”.*

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 30 lipca 2016 roku pod numerem 2016/S 146-264396.

A. Sygn. akt KIO 2431/16
Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (pełnomocnik) oraz Europapier Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tczewie (sygn. akt KIO 2431/16), **działając na podstawie art. 180 ust.1 i 4** ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wnieśli odwołanie na Zamawiającego polegające na: błędnym uznaniu, iż Odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, ewentualnie, zaniechaniu przez Zamawiającego

wezwania Odwołującego do złożenia pełnomocnictwa dla Pani A. N., do dokonania czynności przedłużenia terminu związania ofertą przez Konsorcjum Wykonawców; wykluczeniu Odwołującego z postępowania, w wyniku błędnego uznania, że Odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą; wadliwym przeprowadzeniu czynności badania ofert; dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przez jego błędne zastosowanie i w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia pomimo, że Odwołujący, działając przez swojego pełnomocnika A. N. złożył w terminie oświadczenie o zgodzie na przedłużenie okresu związania ofertą;
2) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia pełnomocnictwa uprawniającego A. N. do działania w imieniu Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

3) naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy przez jego błędne zastosowanie w konsekwencji błędnego zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, prowadzące do uznania oferty Odwołującego za odrzuconą, pomimo braku przesłanek do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4) naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, które polegało na dokonaniu wyboru oferty Partner XXI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu (dalej: Partner XXI) z pominięciem oferty Odwołującego, czego skutkiem było zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uznanie odwołania za zasadne oraz:

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ~

~ nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem ~ oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania do dla Pani A. N. Odwołującego uzupełnienia pełnomocnictwa oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem dokonanej przez Odwołującego czynności uzupełnienia pełnomocnictwa, przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w odwołaniu. ~

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, tj. zaniechania czynności wykluczenia Odwołującego, oferta złożona przez Odwołującego stałaby się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu, a tym samym Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Zgodnie z rozdziałem VI Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia (dale: SWIZ), kryteriami oceny ofert w postępowaniu była „cena” (waga 70%) oraz „jakość” (waga 30%). Odwołujący zaoferował niższą cenę niż drugi z wykonawców Partner XXI. Jednocześnie Odwołujący uzyskał większą liczbę punktów w kryterium „jakość”. W świetle kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty określonych w rozdziale VI SIWZ, oferta złożona przez Odwołującego uzyskałaby najwyższą liczbę punktów za wszystkie kryteria, w stosunku do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, byłaby więc ofertą najkorzystniejszą. W związku z tym, gdyby Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z postępowania, Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie.
(Dowód: dokumentacja postępowania, w tym: SIWZ, oferta Odwołującego, oferta wykonawcy Partner XXI, formularze oceny próbek przez członków Komisji Przetargowej)

Odwołujący następująco uzasadniał:
Istotne elementy stanu faktycznego.
W dniu 13 grudnia 2016 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24

ust. 2 pkt 2 ustawy, ponieważ zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W uzasadnieniu powyższej decyzji Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 8 grudnia 2016 roku wezwał wszystkich wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, z jednoczesnym oświadczeniem o przedłużeniu okresu ważności wadium.
W dniu 9 grudnia 2016 roku Odwołujący złożył w formie elektronicznej oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, wraz z kopią gwarancji wadialnej na przedłużony okres.
W dniu 10 grudnia 2016 roku Zamawiający otrzymał oryginał pisma Odwołującego o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z oryginałem gwarancji wadialnej.
Wskazane powyżej oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą zostało złożone w imieniu Odwołującego przez Panią A. N. - Kierownika Działu Przetargów Publicznych w Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach będącej pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (dalej: „Konsorcjum") uprawnionym do reprezentowania Konsorcjum.

Zamawiający uznał, że Pani A. N. nie jest osobą umocowaną do złożenia w imieniu, Odwołującego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Zamawiający wskazał, iż Pani A. N. została wskazana w ofercie Odwołującego jako osoba do kontaktu, nie figuruje natomiast w odpisie z KRS jako osoba do reprezentacji, nie zostało również przedstawione pełnomocnictwo do reprezentowania przez tę osobę Konsorcjum. W tym stanie sprawy Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą.

W dniu 20 grudnia 2016 roku Odwołujący złożył Zamawiającemu pismo, w którym wyjaśnił, że Pani A. N. jest umocowana do reprezentowania Odwołującego w toku postępowania oraz doręczył Zamawiającemu pełnomocnictwo udzielone Pani A. N.

W ocenie Odwołującego, stanowisko Zamawiającego jest błędne z następujących przyczyn:

1. Skuteczne wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Odwołujący zwrócił uwagę, na istotę i cel ograniczenia terminu związania ofertą przez wykonawcę. Wskazane ograniczenie, określone w art. 85 ust. 1 ustawy, służy ochronie interesów wykonawcy i ma na celu zapewnienie mu możliwości uchylenia się od podpisania umowy w sytuacji, gdy na skutek upływu czasu może on już nie być zainteresowany podpisaniem umowy na warunkach zaproponowanych w ofercie.
W związku z tym, przez brak zgody wykonawcy rozumieć należy brak jakiegokolwiek oświadczenia wykonawcy w związku z pytaniem Zamawiającego o wolę przedłużenia terminu związania ofertą lub wyrażoną wprost odmowę wykonawcy na dokonanie tejże czynności. Jeżeli natomiast wykonawca prezentuje aktywną, czynną postawę, niezwłocznie reaguje na wezwanie wykonawcy przedstawiając skutecznie wadium i składając oświadczenie o zgodzie na przedłużenie okresu związania ofertą, brak jest podstaw do przyjęcia, że wykonawca nie wyraził zgody na dalszy udział w postępowaniu.
W tym postępowaniu Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że Odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Na skutek wezwania Zamawiającego, Odwołujący dokonał czynności, które potwierdzały jego wolę przedłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący przedstawił oświadczenie wyrażające zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą oraz skutecznie przedłużył wadium na dalszy okres. Działanie (aktywność) Odwołującego w tym zakresie nie może być więc interpretowana jako brak zgody.
Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało złożone przez osobę upoważnioną do reprezentacji Odwołującego. Pani A. N. dysponuje pełnomocnictwem z dnia 16 września 2016 r. upoważniającym ją do podejmowania wszelkich czynności w ramach postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Pani A. N. jest pracownikiem Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach, pełni funkcję Kierownika Działu Przetargów Publicznych ww. spółce będącej pełnomocnikiem Konsorcjum uprawnionym do reprezentowania Odwołującego. Pani A. N. została wskazana w ofercie Odwołującego jako osoba do kontaktu, prowadziła z Zamawiającym liczną korespondencję w

toku prowadzonego postępowania.
Ponadto, oświadczenie z dnia 10 listopada 2016 o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało złożone na papierze firmowym pełnomocnika konsorcjum, opatrzone pieczęcią firmową spółki oraz imienną pieczęcią p. A. N.. Zamawiający nie powinien mieć więc wątpliwości, iż przedmiotowe oświadczenie pochodzi od pełnomocnika Konsorcjum, a więc podmiotu uprawnionego do reprezentowania Odwołującego. Złożone przez Panią A. N. w imieniu Odwołującego oświadczenie z dnia 10 listopada 2016 roku o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, jest prawnie skuteczne.
Odwołujący argumentował, że w oparciu o powyżej wskazane okoliczności i informacje, posiadane przez Zamawiającego na dzień ogłoszenia wyników postępowania, Zamawiający winien uznać, że Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą.

---

2. Zaniechanie wezwania Odwołującego do przedstawienia dokumentu pełnomocnictwa dla Panj A. N., na podstawie art. 23 ust. 3 ustawy.

Odwołujący wskazał, że ewentualnie, nawet gdyby przyjąć, że w oparciu o wyżej wymienione okoliczności Zamawiający mógł powziąć wątpliwość co do umocowania Pani A. N., to i tak nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego.
Pani A. N. działała w granicach udzielonego jej umocowania, w związku z tym oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało skutecznie złożone. Ewentualna wątpliwość Zamawiającego mogła wiec dotyczyć wykazania przez Odwołującego należytego umocowania osoby składającej przedmiotowe oświadczenie, a nie braku woli przedłużenia terminu związania oferta. W tej sytuacji Zamawiający winien wezwać Odwołującego do przedstawienia dokumentu pełnomocnictwa dla Pani A. N., a nie wykluczać Odwołującego z postępowania.
Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
Przepis art. 26 ust. 3 ustawy rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek (a nie swobodne uprawnienie) i zobowiązuje go do wezwania wykonawcy celem uzupełnienia pełnomocnictw w przypadku niezłożenia pełnomocnictwa, niezależnie od tego, na jakim etapie postępowania taka potrzeba powstała. Z przywoływanego przepisu wynika, że jeżeli osoba występująca w imieniu wykonawcy nie złożyła pełnomocnictwa upoważniającego ją do reprezentowania tego wykonawcy, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia takiego pełnomocnictwa w określonym terminie. Dopiero bezskuteczny upływ wyznaczonego terminu może powodować jakiekolwiek negatywne konsekwencje wynikające z niezłożenia pełnomocnictwa. Wskazany przepis został wprowadzony do ustawy właśnie w tym celu, aby zapobiegać eliminowaniu z postępowania wykonawców, którzy popełnili drobne błędy i konieczności wyboru w takich sytuacjach mniej korzystnych ofert. Jednym z błędów który podlega uzupełnieniu w tym trybie jest niezłożenie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa wadliwego.
Ze wskazanego art. 26 ust. 3 ustawy wprost wynika, że znajduje on zastosowanie na każdym etapie postępowania, na którym wystąpiła potrzeba, przedstawienia pełnomocnictwa dla osoby dokonującej danej czynności, a nie wyłącznie do złożenia czynności złożenia oferty - przepis nie wprowadza tego rodzaju ograniczenia. W związku z tym, jeżeli po

---

otrzymaniu przez oświadczenia o wyrażeniu zgody przez Odwołującego na przedłużenie terminu związania ofertą, Zamawiający uznał, że osoba składająca oświadczenie nie przedstawiła pełnomocnictwa, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy winien wezwać Odwołującego do uzupełnienia stwierdzonego braku. Dokonanie wykluczenia Odwołującego na tym etapie było więc co najmniej przedwczesne.
Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: Odwołujący wskazał wyrok z dnia 4 stycznia 2012 roku sygn. akt KIO 2754/11, wyrok z dnia 6 grudnia 2012 roku sygn. akt KIO 2569/12.

B. Sygn. akt KIO 2436/16

Odwołujący - wykonawcę Partner XXI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu (sygn. akt KIO 2436/16) działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa") wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

- ~ czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (pełnomocnik) oraz Europapier Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tczewie (dalej: „Konsorcjum") jako najkorzystniejszej,
  zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum jako nieodpowiadającej treści ~ Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ),
  zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo, ~ że ten nie wykazał, że cena jego oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny, względnie oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- ~ z ostrożności, od czynności merytorycznej oceny ofert Odwołującego oraz Konsorcjum w kryterium „jakość".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum, mimo że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską

oraz z uwagi, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) z ostrożności - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców i wadliwe dokonanie przez Zamawiającego oceny punktowej w kryterium „jakość" tj. zaniżenie ilości punktów przyznanych ofercie Odwołującego za próbkę oferowanego dziurkacza przy jednoczesnym zawyżeniu ilości punktów przyznanych ofercie Konsorcjum Biuro Klub za próbkę oferowanego dziurkacza, a w konsekwencji zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej z uwzględnieniem okoliczności (zarzutów) podnoszonych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1) unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty;
2) dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym dokonał czynności odrzucenia oferty Konsorcjum jako nieodpowiadającej treści SIWZ oraz jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3) dokonał prawidłowej oceny punktowej próbek oferowanych dziurkaczy w kryterium „jakość";
4) dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Konsorcjum zostało wykluczone z udziału w postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, z uwagi na niewyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. W ocenie Odwołującego, mimo słuszności dokonanego przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum z postępowania, istnieje zagrożenie złożenia przez wykluczonego wykonawcę odwołania kwestionującego zasadność dokonanego wykluczenia, w związku z czym złożenie tego odwołania ma uzasadnione

podstawy prawne i faktyczne. Gdyby Zamawiający dokonał oprócz wykluczenia Konsorcjum z postępowania również odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na złożenie oferty nieodpowiadającej treści SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, to dopiero wtedy czynności Zamawiającego mogłyby zostać uznane za zgodne z ustawą. Jeśli zatem w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania wykonawca Konsorcjum wniesie odwołanie kwestionujące wykluczenia Go z postępowania, to Odwołujący może ponieść szkodę, ponieważ oferta tego wykonawcy mimo, że powinna

zostać również odrzucona, uzyskałaby lepszą pozycję w rankingu oceny ofert. Doszłoby wówczas do wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza w postępowaniu.
Z ostrożności Odwołujący podniósł również zarzut dokonania nieprawidłowej oceny w kryterium „jakość", co również ma istotne znaczenie w tym Postępowaniu. Ponownie, gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny w ramach wskazanego powyżej kryterium, to Konsorcjum nie miałoby nawet legitymacji do kwestionowania czynności wykluczenia Go z postępowania, bez zaskarżenia oferty złożonej przez Odwołującego, ponieważ to oferta Odwołującego uzyskałby najlepszą ocenę punktową spośród wszystkich złożonych ofert.
Przez zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący w razie złożenia skutecznego odwołania przez Konsorcjum, kwestionującego wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, utraciłby szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji *(lucrum cessans).* Odwołujący podniósł, że z uwagi na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej oraz zawite terminy do kwestionowania czynności dokonanych czy też zaniechanych przez Zamawiającego, wniesienie tego odwołania jest konieczne i uzasadnione. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący argumentował również, że naruszenie przepisów powyżej wskazany niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechać Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

Odwołujący następująco uzasadniał:
Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum jako nieodpowiadającej treści SIWZ.
Odwołujący stwierdził, po zapoznaniu się z treścią oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Konsorcjum, złożonymi próbkami oraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami dotyczącymi ww. oferty, że treść oferty Konsorcjum nie odpowiada treści SIWZ, a zatem zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy powinna ona zostać odrzucona przez Zamawiającego.
Odwołujący wskazał za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2014 r., sygn. akt: KIO 796/14, że: „(...) niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez tej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie

wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, w tym braku wymaganego w SiWZ sposobu potwierdzenia właściwości czy jakości oferowanego świadczenia (no. przez brak przedłożenia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp)".
W tej sprawie, wskazał Odwołujący, stykamy się zarówno z niezgodnością oferty z SIWZ w pierwszym rozumieniu, jak i niezgodnością oferty z SIWZ w drugim rozumieniu.
Zamawiający w Załączniku Nr 5 do SIWZ zamieścił Opis Przedmiotu Zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że wszystkie produkty zaoferowane Zamawiającemu muszą spełniać ściśle określone w tym załączniku wymagania.
W poz. 164 Zamawiający wymagał zaoferowania: „Dziurkacza dziurkującego jednocześnie do 65 kartek włącznie papieru o gramaturze 80g/m2, gumowa rękojeść, metalowa obudowa,

posiada ogranicznik formatu A3/F/A4/Q1/Q2/A5/A6/888 lub A3/F/A4/US Quart/A5/A6/888, podstawa wyposażona w antypoślizgowe elementy (dopuszczono dziurkacz z dwuczęściową antypoślizgową podstawa nie rysującą blatu (dopuszczono dziurkacz posiadający antypoślizgowe ramię miękkiego tworzywa sztucznego.)
Wykonawca Konsorcjum zaoferował w poz. 164 dziurkacz marki TAURUS 765. Odwołujący podniósł, że zaoferowany produkt nie odpowiada treści SIWZ, bowiem listwa formatowa tego dziurkacza nie posiada ogranicznika formatu Q1, Q2 i US, zatem niezależnie od wyboru wykonawcy w zakresie dopuszczonym przez Zamawiającego (zaoferowanie ogranicznika formatu A3/F/A4/Q1/Q2/A5/A6/888 lub A3/F/A4/US Quart/A5/A6/888) dziurkacz TAURUS bądź nie posiada wymaganego formatu Q1 oraz Q2, bądź US. Odwołujący podniósł również, ze w przypadku ewentualnego zaoferowania produktu niestandardowego, zmodyfikowanego, taka informacja powinna zostać wyraźnie wyartykułowana w treści oferty Konsorcjum, co jednak nie ma miejsca w tym postępowaniu. Zaoferowanie dziurkacza, który nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego skutkować musi odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.
Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego przez Izbę do przedstawienia wraz z kopią dokumentacji postępowania próbki dziurkacza marki TAURUS 765 dostarczonej Zamawiającemu przez Konsorcjum, celem umożliwienia przeprowadzenia dowodu na okoliczność niezgodności zaoferowanego produktu z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum, mimo że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską oraz z uwagi, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał na lakoniczność złożonych wyjaśnień. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, wykonawca Konsorcjum w dniu 28 listopada 2016 r. złożył wyjaśnienia, które zdaniem Odwołującego nie wyjaśniają jednak w jakikolwiek sposób wyceny złożonej oferty, a zawierają jedynie ogólne, nic nie wnoszące twierdzenia. W momencie skierowania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy powstaje domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny, którego ciężar obalenia obciąża wykonawcę wezwanego do wyjaśnień (Konsorcjum). Innymi słowy, jak wynika z treści art. 90 ust. 2 ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie złożone wyjaśnienia nie zawierają jakichkolwiek szczegółowych informacji pozwalających ocenić realność zaoferowanej ceny. Tak lakoniczne twierdzenia nie mogą być oceniane w inny sposób jako potwierdzające, że zaoferowana cena jest rażąco niska (w związku z niewykazaniem, że jest realna). Nie może służyć za wykazanie realności zaoferowanej ceny jedynie gołosłowne potwierdzenie prawidłowości dokonanej kalkulacji, przy braku przedłożenia Zamawiającemu jakichkolwiek dowodów. Mając na uwadze powyższe, nie może ulegać wątpliwości, że wykonawca nie sprostał ciężarowi wykazania realności zaoferowanej ceny, o którym mowa w art. 90 ust. 2 ustawy, zatem jego oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący powołując się na lakoniczność złożonych wyjaśnień oraz brak konkretnych założeń, wskazał, że wykonawca sam potwierdził rażąco niską cenę swojej oferty. Biorąc pod uwagę globalną cenę oferty wykonawcy Konsorcjum złożonej w postępowaniu należy stwierdzić, że jest ona rażąco niska, gdyż nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10: *„cena zatem „rażąco niska" to taka, która jest nierealistyczna, znacząco odbiega od cen rynkowych stosowanych w określonej branży. (...).*

Cena „rażąco niska" to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował"
Oferta wykonawcy Konsorcjum winna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców i wadliwe dokonanie przez Zamawiającego oceny punktowej w kryterium „jakość" tj. zaniżenie ilości punktów przyznanych ofercie Odwołującego za próbkę oferowanego dziurkacza przy jednoczesnym zawyżeniu ilości punktów przyznanych ofercie Konsorcjum za próbkę oferowanego dziurkacza, a w konsekwencji zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem wszystkich okoliczności (zarzutów) podnoszonych w uzasadnieniu odwołania.
Odwołujący wskazał, że w postępowaniu wraz z ofertą wykonawca Konsorcjum oraz Odwołujący złożyli Zamawiającemu próbki oferowanych dziurkaczy (poz. 164). Złożone próbki podlegały następnie ocenie w kryterium jakość", zgodnie z Rozdziału IV pkt. 3 ust. 6 SIWZ.

Z ostrożności, na wypadek uznania przez Izbę, że zaoferowany przez Konsorcjum produkt (dziurkacz marki TAURUS 765) jest zgodny z treścią SIWZ, Odwołujący podniósł, że produkty zaoferowane w poz. 164 przez Konsorcjum oraz przez Odwołującego (i złożone jako próbki) zostały błędnie ocenione przez Zamawiającego.
Zgodnie z postanowieniami Rozdziału VI ust 1 pkt 1 SIWZ kryteriami oceny ofert są: 1) cena -70%, 2) jakość - 30 %.
Jednocześnie Zamawiający wskazał, że punkty w zakresie kryterium 'Jakości' zostaną przyznane na podstawie oceny próbek zaoferowanych materiałów biurowych załączonych do oferty - wskazanych w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 SIWZ. Uszczegółowiono jednocześnie, że pod pojęciem „Jakość" Zamawiający rozumie m.in. funkcjonalność oraz trwałość i estetykę wykonania produktu. Ocena zostanie dokonana przez 4 członków Komisji Przetargowej - Komisję Oceniającą - na wspólnym posiedzeniu, z zapewnieniem jednakowych warunków dokonywania oceny dla wszystkich ocenianych ofert. Członkowie Komisji Oceniającej w ramach oceny kryterium Jakości, oceniać będą oddzielnie każdy z produktów oferowanych przez Wykonawcę na podstawie cech opisanych w Załączniku nr 9 do SIWZ - formularz oceny próbek - na zasadzie 1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia.
W odniesieniu do produktu z poz. 164 OPZ, w załączniku nr 9 do SIWZ Zamawiający wskazał, że ocenie podlegają następujące elementy:

1) Produkt spełnia swoje przeznaczenie (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia);
2) Produkt nie sprawia trudności w użytkowaniu - wszystkie mechanizmy działają sprawnie, użytkowanie nie powoduje pęknięć, złamań, odkształceń (1 pkt-spełnia, 0 pkt-nie spełnia);
3) Produkt dziurkuje wymaganą liczbę kartek za pierwszym razem (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia);

4) Ścinki papieru pozostają w miejscu do tego przeznaczonym (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia);
5) Mechanizm pozwalający na łatwe opróżnianie pojemnika na ścinki (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia);
6) Szyna - ogranicznik formatu bez trudności umożliwia precyzyjne regulowanie formatu (1 pkt - spełnia, 0 pkt-nie spełnia);
7) Gumowa rękojeść nie klei się do ręki, kolor na gumie nie schodzi, nie ściera się (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia);
8) Nadruki, znakowania, tłoczenia są czytelne i nie ścierającsię (1 pkt-spełnia, 0 pkt- nie spełnia);
9) Dobra jakość materiałów użytych do produkcji, materiały trwałe, odporne na zarysowania (1 pkt - spełnia, 0 pkt-nie spełnia);
10) Brak zarysować, zadrapań, rdzewieć, nadlewek na elementach plastikowych lub gumowych (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia);

11) Poszczególne elementy są ze sobą trwale i estetycznie połączone, stabilne, nie poruszają się względem siebie i nie wypadają podczas użytkowania, nie trzeszczą (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia);
12) Brak ostrych elementów na metalowych krawędziach (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Protokołem z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 30 września 2016 r. w odniesieniu do poz. 164 każdy z członków komisji przyznał Konsorcjum 11 pkt na 12 pkt możliwych do uzyskania. Mimo tego, że listwa formatowa ogranicznika jest niezgodna z wymaganiami OPZ, to produkt ten podlegał ocenie i nie uzyskał możliwych punktów tytko i wyłącznie w zakresie poz. 6) „*Szyna* - ogranicznik formatu bez trudności umożliwia precyzyjne regulowanie formatu (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia)".

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący argumentował, że za sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy potraktować brak oceny przez komisję przetargową próbki dziurkacza zaoferowanego przez Odwołującego w poz. 164. W toku postępowania Odwołujący złożył wraz z ofertą kompletną próbkę dziurkacza. Następnie, z niezrozumiałych dla Odwołującego względów Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia próbki w zakresie listwy ogranicznika formatu. W odpowiedzi na to wezwanie, Odwołujący poinformował na piśmie Zamawiającego o poprawności złożonej próbki dziurkacza. Co więcej w trakcie dokonywania wglądu w siedzibie Zamawiającego, co również było sygnalizowane we wcześniejszym piśmie Odwołującego, próbki złożone przez wykonawców nie były w żaden sposób zabezpieczone i bez trudu

mogło dojść do ingerencji w próbki przedłożone wraz z ofertą. Abstrahując od powyższego, jeżeli Zamawiający dokonał oceny dziurkacza z poz. 164 złożonego przez Konsorcjum, mimo że listwa ogranicznika nie spełniała jego wymagań, to również winien dokonać oceny dziurkacza złożonego przez Odwołującego z zastosowaniem takiej samej metodologii - tj. nieprzyznania 1 pkt w zakresie poz. 6) „Szyna - ogranicznik formatu bez trudności umożliwia precyzyjne regulowanie formatu (1 pkt-spełnia, 0 pkt-nie spełnia)".
W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, zaoferowana przez Konsorcjum próbka z poz. 164 winna zostać oceniona na co najwyżej 11 pkt, zaś próbka zaoferowana przez Odwołującego również na co najmniej 11 pkt lub też Zamawiający winien nie przyznawać w tym zakresie jakichkolwiek punktów obu wykonawcom.
Odwołujący wskazał, że mając na uwadze powyższe, nawet w przypadku skutecznego zaskarżenia przez Konsorcjum czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, to ocena punktowa przyznana zgodnie z uzasadnieniem i żądaniami niniejszego odwołania wskazywałaby, że ofertą najkorzystniejszą jest oferta złożona przez Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2431/ 16 i KIO 2436/16, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawach oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie każdego z odwołań o sygnaturach akt KIO 2431/16 i KIO 2436/16:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku poz. 2164, dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane w ustawowym terminie Zamawiającemu kopie odwołań, co wynika z dokumentacji postępowania odwoławczego, a co na posiedzeniu z udziałem Stron potwierdził Zamawiający i znajduje to odzwierciedlenie w protokole.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2436/16 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (pełnomocnik) oraz

Europapier Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tczewie – zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2016 roku, przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 23 grudnia 2016 roku.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2431/16 wykonawcę Partner XXI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2016 roku, przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 23 grudnia 2016 roku.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy o sygn. akt KIO 2431/16 i sygn. akt KIO 2436/16 skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu jak również zawarte w złożonych pismach.

Zamawiający złożył w sprawie sygn. akt KIO 2431/16 pismo w sprawie „Odpowiedź na odwołanie", Zamawiający złożył również w sprawie sygn. akt KIO 2436/16 pismo w sprawie „Odpowiedź na odwołanie".

Uczestnik postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2436/16 złożył pismo procesowe „Pismo procesowe przystępującego".

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego w trakcie rozprawy, w czasie postępowania dowodowego w sprawie sygn. akt KIO 2436/16 (dowód nr 1) –karta katalogowa, wydruk z Internetu oraz zdjęcia próbki złożonej wraz z ofertą przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (pełnomocnik) oraz Europapier Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tczewie (7 kart).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Uczestnika postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy, w czasie postępowania dowodowego w sprawie sygn. akt KIO 2436/16:
- (dowód nr 2) – Oświadczenie pochodzące od Taurus Trade z dnia 5 stycznia 2017 roku (1 karat),

- (dowód nr 3) – fragment Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postępoania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Narodowy Bank Polski (2 karty).

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania i zgłoszone dowody uznała, że odwołanie w sprawie KIO 2431/16 podlega uwzględnieniu natomiast odwołanie w sprawie o sygnaturze akt KIO 2436/16 nie podlegają uwzględnieniu.

Izba ustaliła i zważyła:

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

W art. 7 ust. 1 – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (…) nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.*

W art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy – *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba* że *mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu*

---

albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zgodnie z art. 91:
1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:
1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
3) aspekty środowiskowe, *w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;*
4) aspekty innowacyjne;
5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

II.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, w stosunku do każdej z rozpoznawanych spraw, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie*

---

zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie

udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

III.
W zakresie sprawy o sygn. akt KIO 2431/16

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody

Izba ustaliła:

Pismem z dnia 8 listopada 2016 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy, wezwał Odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres kolejnych 60 dni od upływu przedmiotowego terminu wraz z jednoczesnym oświadczeniem o przedłużeniu okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą w terminie do 14 listopada 2016 roku.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w dniu 9 listopada 2016 roku, emailem, przesłał do Zamawiającego skan oświadczenia o treści: „Wyrażamy zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o okres kolejnych 60 dni od upływu przedmiotowego terminu wraz z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium. Oryginał gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium dostarczymy Państwu zgodnie z wyznaczonym terminem." Zamawiający załączył również skan gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium

Następnie w dniu 10 listopada 2016 roku pismo o ww. treści wraz z oryginałem Aneks nr 1 Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG09/0352/16/0002 Odwołujący dostarczył do Zamawiającego.
Oświadczenie o wyżej przytoczonej treści zostało podpisane przez Panią A. N.

Izba zważyła:

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Tym samym, na co Izba zwrócić szczególną uwagę, należy odróżnić sytuację, w której wykonawca na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 85 ust. 2 ustawy nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą od sytuacji, w której Zamawiający takiego wezwania do wykonawcy nie kieruje. Bezsprzecznie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy wykonawca wezwany do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą przez Zamawiającego, w sytuacji, gdy nie wyraził zgody - przez które należy rozumieć zachowanie wykonawcy – będzie podlegał wykluczeniu.
Zdaniem Izby, na gruncie przepisów ustawy sam fakt nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie powoduje niemożliwości wyboru oferty i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy, będące regulacją szczególną w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego, nie wiążą negatywnych skutków z brakiem związania ofertą (porównaj: wyrok sygn. akt KIO 1832/16).
Izba podkreśla, że wyjątkiem od powyższego jest sytuacja, w której Zamawiający żąda od wykonawców przedłużenia terminu związania ofertą, ponieważ w tym przypadku art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy wprost stanowi, że niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Niezależnie więc od ogólnej tezy, że stan związania ofertą nie jest warunkiem *sine qua non* zawarcia umowy, art. 24 ust. 2 pkt

2 ustawy nakazuje Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, który będąc wezwany do przedłużenia terminu związania ofertą, zgody na to nie wyraził.
W rozpoznawanej sprawie bezspornym jest, że Zamawiający wezwał wykonawcę do przedłużenia terminu związania ofertą. Bezsporny jest również, że Odwołujący w zakreślonym przez Zamawiającego terminie przesłał oświadczenie, treść którego w sposób jednoznaczny potwierdzała wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres kolejnych 60 dni. Nie jest również sporne między Stronami, że oświadczenie to podpisała Pani A. N.

W ocenie Izby kluczowe znaczenie w rozpoznawanej sprawie ma fakt, że oświadczenie zostało złożone Zamawiającemu, dotarło do Zamawiającego w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie i jednoznacznie wynikało z niego, że wykonawca chce, czuje się związany ofertą przez kolejne 60 dni.

Izba wskazuje, że doktryna prawa cywilnego uznaje, że okres związania ofertą wyznacza de facto okres ważności ofert, należy jednak wyraźnie podkreślić, że zasada związania ofertą sformułowana przez art. 66 k.c. doznaje modyfikacji na gruncie ustawy. 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 i ważną.
Inaczej jest z ofertą składaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która waloru stanowczości, w rozumieniu wskazanym powyżej, nie posiada. 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. W przypadku, gdy wykonawca obowiązku tego nie dopełni, umowa nie zostanie zawarta.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, upływ terminu związania ofertą nie powoduje zatem utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu

oblatowi (Zamawiającemu) doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez samo przyjęcie oferty. Z tego względu na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o skuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Tym samym nie ma przeszkód do dokonania wyboru takiej oferty, a następnie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Analogiczne stanowisko wyrażone zostało także w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych (m.in. wyrok KIO z 18 maja 2016 r. sygn. akt KIO 672/16, wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 17 stycznia 2013 r. sygn. akt IX Ga 392/13, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 listopada 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14). Oczywiście

brak negatywnych skutków nieprzedłużenia terminu związania ofertą należy odnosić wyłącznie do sytuacji, w której Zamawiający nie wezwał wykonawcy do przedłużenia tego terminu, a wykonawca nie uczynił tego z własnej inicjatywy. Izba podkreśla, że skierowanie wezwania, jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, powoduje powstanie obowiązku przedłużenia tego terminu lub poniesienia konsekwencji w postaci wykluczenia z postępowania.

Izba wskazuje, że wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustaw podlega niewątpliwie wykonawca, który wezwany przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie oświadczy stanowczo, że wyraża zgodę na przedłużenie tegoż terminu (porównaj: wyrok KIO 1333/16). Tak też orzekł Sąd Okręgowy w Tarnowie (sygn. akt I Ca 495/13). Wykonawca wezwany ma obowiązek złożenia stanowczego i jednoznacznego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania go złożoną przez niego ofertą. Stanowisko takie zajęła Izba m.in. w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 2651/11: "brak jednoznacznego oświadczenia wykonawcy (zaniechanie podjęcia czynności) oznacza, że zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą nie została wyrażona", czy też w orzeczeniu o sygn. akt KIO 2572/12, KIO 2573/12: "Kwestia stwierdzenia wystąpienia przesłanki wykluczenia z postępowania nie może pozostawać w sferze domniemania. Brak zgody oznacza, iż wykonawca nie złożył oświadczenia zawierającego zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą lub odmówił zgody." Podobnie Sąd Okręgowy w Rzeszowie w przywołanym także wyżej wyroku z dnia 21 grudnia 2010 r. wydanym w sprawie VI Ga 240/10, który stwierdził, że "nie może budzić wątpliwości wobec literalnego brzmienia art. 85 ust. 2, iż wykonawca chcąc uczestniczyć w dalszym ciągu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poza terminem określonym jako termin związania ofertą winien złożyć w związku z tym jednoznaczne i nie budzące wątpliwości oświadczenie. Sąd Okręgowy rozpoznający skargę w niniejszym składzie podziela stanowiska wyrażane w dotychczasowym orzecznictwie KIO odnośnie tego, że zgoda taka nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być

oświadczeniem wykonawcy (vide m.in. wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 267/10, uchwała KIO KIO/KD 46/10, wyrok KIO KIO/UZP 1021/10)".

Powyższe potwierdza jednoznacznie, że w sytuacji, w której oświadczenie wykonawcy zostało złożone, wykazał wykonawca, że chce nadal uczestniczyć w postępowaniu, czuje się związany oferta i wykonał wezwanie Zamawiającego przed upływem terminu związania ofertą (wykonawca związany był ofertą w pierwotnym terminie do Dia 14 listopada 2016 roku).
Spór w sprawie zasadza się na tym, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało uznane za bezskuteczne przez Zamawiającego, bowiem podpisał je osoba nieumocowana do składania oświadczeń woli w imieniu Zamawiającego.
W trakcie rozprawy Zamawiający argumentował, że *termin na przedłużenie terminu związania ofertą upływa wraz z terminem upływu terminu związania ofertą. W rozpoznawanej sprawie wykonawca związany ofertą było do 14 listopada 2016 r.*
Zamawiający wyjaśnił również w trakcie rozprawy, że *dopiero na etapie końcowym prowadzonego postępowania spostrzegł, że w złożonych dokumentach brak jest pełnomocnictwa dla osoby podpisującej to oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Nie wzywał do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3, bowiem dokumenty złożone po upływie terminu związania ofertą są w stosunku do Zamawiającego bezskuteczne.*
W ocenie Izby argumentacja Zamawiającego jest niezasadna i nie może uznana zostać za prawidłową. Izba ponownie podkreśla, że wykonawca złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, które Zamawiający winien zbadać niezwłocznie, czego nie uczynił co sam wyjaśnił. Tym samym zaniechania w czynności Zamawiającego nie mogą obciążać wykonawcy, dlatego też uznanie, że nie wzywał Zamawiający do uzupełnia dokumentu pełnomocnictwa dla osoby podpisującej oświadczenie, bowiem po upływie terminu związania ofertą byłoby uzupełnienie nieskuteczne w stosunku do Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia. Jednocześnie wskazać należy, że taka argumentacja Zamawiającego potwierdza, że był on świadom, że w tym wypadku był obowiązany do wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa do złożonego oświadczenia. Izba nie zgadza się również

ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym na rozprawie, że *Zamawiający nie ma obowiązku zabiegać o dokumenty składane przez wykonawców, bo to uprawnieniem wykonawcy jest przedłużenie terminu związania ofertą i nie ma obowiązku wzywać do uzupełnienia dokumentów składanych przez wykonawcę* ponieważ w ocenie Izby obowiązkiem Zamawiającego jest zbadanie złożonych w postępowaniu dokumentów. Nie należy mylić obowiązku prawidłowego i przejrzystego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z jakimś nieznanym ustawie „zabieganiem o dokumenty".

24

Zamawiający o nic nie zabiega wykonując czynności zgodnie z regulacjami ustawy, a ustawa przewiduje instytucje uzupełnienia dokumentów, w tym dokumentu pełnomocnictwa do którego w sposób jednoznaczny odnosi się art. 26 ust. 3 ustawy, czego również nie chciał dostrzec Zamawiający w swojej argumentacji. Natomiast wskazanie przez Zamawiającego, że *odnośnie art. 26 ust. 3 zd. 2 wyjaśnia, że nie ma mowy w tej części przepisu o pełnomocnictwach* po raz kolejny potwierdza, że zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa było nieprawidłowe.
Zamawiający wskazał, że *pani A. N nie była tratowana przez Zamawiającego jako osoba uprawniona do podejmowania decyzji, lecz jako osoba, z którą współpracował w zakresie bieżących kontaktów, tym samym była to osoba uprawniona do składania, a nie podpisywania pism*. Potwierdza to, że Zamawiający miał świadomość, że Pani A. N. nie jest osobą przypadkową, jednocześnie po raz kolejny potwierdza ta argumentacja, że Zamawiający powinien i miał wątpliwości co do umocowania osoby podpisującej oświadczenie, choć wiedział i znał Panią A. N. co również potwierdzają słowa Zamawiającego, że *Zamawiający nie uznawał jako przypadkową panią A. N., jednakże nie uznawał jej jako umocowanej do przedłużenia terminu związania ofertą.*

Izba podkreśla, ze oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało złożone natomiast zbadanie umocowania osoby podpisującej pozwoliłoby Zamawiającemu na jednoznaczną ocenę czy to oświadczenie zostało skutecznie czy też bezskutecznie złożone do Zamawiającego. Zamawiający nie dokonał żadnej czynności, nie wezwał do złożenia wyjaśnienia czy uzupełnienia pełnomocnictwa, nie zrobił nic i w wyniku swojej bezczynności uznał, że złożone przez Odwołującego oświadczenie jest bezskuteczne. Zaznaczyć należy również, że Zamawiający, co przyznał na rozprawie, uznał, że osoba podpisująca oświadczenie nie była umocowana do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy jednocześnie przyznając, że osoba ta była stałym bieżącym kontakcie z Zamawiającym..
Z art. 26 ust. 3 ustawy wynika bezwzględny, obligatoryjny obowiązek dla Zamawiającego, który nakłada na niego ustawodawca, zgodnie z którym Zamawiający musi, jest obowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w przypadku ich braku. Zamawiający byłby uprawniony do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy ale uprawnienie to, a w zasadzie obowiązek, powstaje dopiero po tym jak w wyniku wezwania Zamawiającego wykonawca nie uzupełni dokumentu; w rozpoznawanej sprawie Zamawiający obowiązany był do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa dla Pani A. N., która podpisała oświadczenie w imieniu wykonawcy.
Izba nie podziela argumentacji przedstawionej przez Odwołującego a opartej na argumentacji odnoszącej się do zatrudnienia Pani A. N. na stanowisku pracy u Odwołującego co miało być uzasadnieniem podejmowanych przez ww. panią czynności.

25

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i dokonywane w nim czynności regulowane są ustawą i doznają pewnego ograniczenia, określenia stanowiąc specyficzny sposób dojścia do zawarcia umowy. Stronami postępowania nie są przedsiębiorcy pozostających w stałych relacjach gospodarczych, lecz jedną ze stron jest podmiot publiczny obowiązany postępować wedle zasad określonych ustawą, które w jakimś zakresie ograniczają właśnie, przynajmniej na etapie prowadzenia postępoania o udzielenie zamówienia publicznego, powoływanie się na szczególne relacje między podmiotami.

Izba w podsumowaniu stwierdza, że Zamawiający winien postępować zgodnie z zasadami jakie określa ustawa, między innymi zasadą równego traktowania wykonawców, zasadą konkurencyjności, równego traktowania wykonawców, zasadą udzielenia zamówienia

wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Sąd Okręgowy w Gliwicach, w wyroku z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za wskazał, iż „Formalizm *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (…)".* Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy w zakresie dokonania wyboru oferty w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jak również doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w wyniku dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego.
Izba wskazuje, że zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie bez ale także postępowania, stosowania przywilejów,* środków *dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia

postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).
Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zmawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.
Izba uznała, że ocena jakiej dokonał Zamawiający badając dokumenty złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do przedłużenia terminu związania z ofertą została dokonana przez Zamawiającego nieprawidłowo. Zamawiajaćy zobowiązany był do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa do osoby podpisującej oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Tym samym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 24 ust.4 ustawy.

Uwzględniając powyższe Izba uwzględniła odwołanie, nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *„Dostawa materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych"* oraz nakazał Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego i w konsekwencji uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą. Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa dla osoby podpisującej oświadczenie o wyrażeniu zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą. Izba nakazała również dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

IV.
W zakresie sprawy o sygn. akt KIO 2436/16

Na wstępie Izba wskazuje, iż rozpoznając na rozprawie odwołanie, ma obowiązek z urzędu zweryfikować wypełnienie przez Odwołującego przesłanki materialno-prawnej wynikającej z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy - Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli*

ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba wskazuje, że zgodnie z kwestionowaną czynnością Zamawiającego z dnia 13 grudnia 2016 roku przedstawioną w *Zawiadomieniu o wyniku postępowaniu* oferta wykonawcy Partner XXI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu została wybrana jako najkorzystniejsza, niepodlegająca odrzuceniu.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy. Z tego względu Izba odstąpiła od merytorycznego rozpatrzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08 czytamy: *Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (….) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Niemniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w* świetle *powyższego nie musiała już czynić.*

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniesienia lub możliwości poniesienia szkody, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub przewidywana szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi, *który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia* (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11). Jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi "danego" zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek

ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 179 ust. 1 ustawy wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia Odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Oznacza to, że wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący musi zatem wykazać, że Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.
Art. 179 ust. 1 ustawy wskazuje okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze środków odwoławczych, mające charakter przesłanek materialno-prawnych. Ich zaistnienie nie wpływa na możność wszczęcia postępowania odwoławczego, lecz warunkuje uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą wniesionego środka. Wskazany przepis wiąże zatem możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy z ochroną interesu wykonawcy, który to interes realizuje się przez będącą następstwem wniesienia odwołania możliwość uzyskania zamówienia, tj. statuuje ochronę

przed bezprawnymi czynnościami Zamawiającego uniemożliwiającymi (mogącymi uniemożliwić) uzyskanie danego zamówienia. Powyższe w żadnym razie nie odnosi się do jakichkolwiek innych, np. majątkowych interesów wykonawców, które mogą doznać szkody w związku z działaniami Zamawiającego. Nadto, korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie nie można sprowadzić do ochrony ogólnie pojętej praworządności i korygowania wszystkich nieprawidłowości, których Zamawiający dopuścił się w trakcie postępowania. Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, badany jest na moment wniesienia odwołania. Biorąc pod uwagę brzmienie powołanego przepisu chodzi zatem nie o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienia uzasadnienia dla prowadzenia postępowania odwoławczego, wynikającego z dążenia do wykazywania przyczyn, które w ocenie Odwołującego stanowią dalsze, dodatkowe niewskazane przez Zamawiającego w podstawach faktycznych odrzucenia przyczyny odrzucenia oferty konkurencyjnej, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej (porównaj: wyrok z dnia 16 września 2015 roku sygn. akt KIO 1901/15, KIO 1922/15).
Izba podziela stanowisko wyartykułowane w wyroku z dnia 17 kwietnia 2015 roku, sygnatura akt KIO 697/15 zgodnie z którym *przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako* środek *ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia przez Odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu (wyrok SO w Łodzi sygn. akt XIII Ga 379/12) w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek*

wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówieni oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Są to przesłanki materialno-prawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Przepis art. 179 ust. 1 Pzp. wymaga wykazania łącznego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. W świetle *art. 179 ust. 1 Pzp podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, co oznacza iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom Pzp Przyjąć trzeba, iż szkoda (możliwość jej poniesienia bądź jej poniesienie) dotyczy sytuacji, gdy wskutek naruszenia przepisów Pzp., Odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Ponadto podkreślenia wymaga,* że *oceny spełniania przesłanek z art. 179 ust.1 Pzp dokonuje się na moment wnoszenia odwołania, a nie na moment orzekania, czy wyrokowania w sprawie.*
W analizowanej sprawie, w dacie wniesienia odwołania oferta Odwołującego była uznana za najkorzystniejszą a Zamawiający dokonał jej wyboru. Izba wskazuje, że Odwołujący w trakcie rozprawy wskazał, że *szkoda po stronie Odwołującego w tym postępowaniu jest ewentualna i uzależniona w zasadzie od wyniku rozpoznania odwołania w sprawie KIO 2431/16.* Nie sposób uznać aby taka argumentacja była wystarczająca do uznania zaistnienia przesłanki z art. 179 ust.1 ustawy. Odwołanie zostało wniesione w wyniku dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru ofert najkorzystniejszej z dnia 13 grudnia 2016 roku.
Dowody zawnioskowane w postępowaniu przez Odwołującego i uczestnika postępoania odwoławczego Izba uznała za nieprzydatne do rozpozna sprawy z uwagi na to, że odnosiły się one do zakresu przedmiotowego postawionych w odwołaniu zarzutów, które zgodnie z powyżej przedstawionym stanowiskiem Izby, w zakresie tej sprawy, z uwagi na brak spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy nie podlegały rozpoznaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 i § 6 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. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

30

Przewodniczący:

31