Sygn. akt: KIO 140/15

WYROK
z dnia 3 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Robert Skrzeszewski
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2015 r. przez **DALIN Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy Spółkę Akcyjną w Katowicach**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **DALIN Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **DALIN Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania
   2.2 zasądza od **DALIN Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego Spółki Akcyjnej w Katowicach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

……

……

……

Sygn. akt: KIO 140/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Katowicki Holding Węglowy SA w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę noży kombajnowych do KHW SA w okresie od dnia zawarcia umowy do 31.12.2015 rok.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 23 stycznia 2015 roku wykonawca DALIN Sp. z o.o. w Krakowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego, polegających na:

1) wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp,

2) odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,

3) unieważnienia ww. postępowania we wszystkich częściach zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania mimo braku wezwania odwołującego przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą oraz mimo niewyrażenia przez odwołującego braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,

2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty na jego podstawie, podczas gdy nie znajduje on zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym,

3) art. 85 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą i uznanie, że obowiązek przedłużenia terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium obciąża wyłącznie wykonawcę,

4) art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zawiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty niezwłocznie po dokonaniu takiego wyboru, a w

zamian odczekanie ponad miesiąca od dnia wyboru najlepszej oferty w toku aukcji elektronicznej,

5) art. 92 ust. 1 pkt 3 oraz art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania przez zamawiającego należytego uzasadnienia faktycznego i prawnego zawiadomienia o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia oraz czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

6) art. 93 ust. 1 pkt 1 poprzez unieważnienie postępowania z powodu nieuzasadnionego uznania, że nie złożono w postępowaniu żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu w sytuacji, gdy w sprawie nie zachodziły przesłanki wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, a w terminie związania ofertą odbyło się badanie i aukcje elektroniczne, w których uznano ofertę odwołującego za najlepszą.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie przedmiotowego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego/unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

- unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania

- dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej we wszystkich częściach zamówienia

- obciążenia zamawiającego na rzecz odwołującego kosztami postępowania, w tym wpisem od odwołania w kwocie 15.000 zł, kosztami zastępstwa procesowego pełnomocnika w kwocie 3.600 zł oraz pozostałymi kosztami według zestawienia przedstawionego na rozprawie

Odwołujący wskazał, iż poprzez wykluczanie go z postępowania i unieważnienie całego postępowania został naruszony jego interes prawny, bowiem gdyby zamawiający postępował zgodnie z przepisami ustawy P.z.p., to właśnie z odwołującym zostałaby zawarta umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, a zatem uzyskałby zamówienie do wykonania.

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie zamawiający wskazał, iż odwołujący nie przedłużył terminu związania

ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium, co skutkuje jego wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu 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. Odwołujący podkreślił, że przesłanki wskazane w art. 24 Pzp. stanowią zamknięty katalog, który nie może być interpretowany w sposób rozszerzający, jako że wiążą się z tak poważnym skutkiem materialnoprawnym, jakim jest pozbawienie wykonawcy prawa udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy nie zachodzi żadna z przesłanek wykluczenia zawartych w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Bezsporne jest, iż odwołujący był związany ofertą do dnia 02.10.2015 r., do tego dnia było również ważne wniesione przez niego wadium. Bezdyskusyjnie nie zachodzi zatem przesłanka pierwsza i trzecia. W sprawie nie mamy do czynienia również z przesłanką drugą, jako że nie zaistniał przedłużony okres związania ofertą, a zatem wykonawca nie mógł na ten okres wnieść wadium. Wykluczenie z tego powodu jest możliwe tylko w sytuacji, gdy dochodzi do przedłużenia okresu związania ofertą, a wykonawca wbrew obowiązkowi określonemu w art. 85 ust 4 P.z.p. wraz z przedłużeniem okresu nie wnosi wadium.

W zakresie czwartej przesłanki odwołujący podniósł, że ustawa wprost wskazuje, iż przesłanką wykluczenia nie jest nieprzedłużenie okresu związania ofertą przez wykonawcę, ale jego brak zgody na takie przedłużenie. Brak zgody jest okolicznością kwalifikowaną, żeby nastąpił brak zgody wykonawca musi wprost odmówić, bądź chociażby zostać wezwany do przedłużenia terminu związania ofertą i nie wyrazić takiej woli. Jak zauważył Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r. sygn. akt IX Ga 392/13: „Brak zgody w myśl powołanego przepisu musi być wyraźny, tak by możliwe było jednoznaczne zinterpretowanie zachowania wykonawcy, czy to w postaci złożenia oświadczenia woli czy też określonego działania bądź zaniechania (art. 60 k.c.). Wykładnia językowa i systemowa omawianego przepisu nie pozostawia wątpliwości i jest ugruntowana w orzecznictwie sądów powszechnych.” W przedmiotowej sprawie odwołujący w żadnym razie nie wyraził braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Gdyby tylko zamawiający zwrócił się do odwołującego z takim wezwaniem bądź zapytaniem, Odwołujący niezwłocznie dopełniłby wszelkich formalności wymaganych przez zamawiającego. Należy podkreślić, iż odwołujący złożył najkorzystniejsze postąpienia w toku aukcji elektronicznej, w dacie związania ofertą jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a zatem niewątpliwie wyraziłby zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą wraz z wniesieniem wadium. Interpretacja

zastosowana przez zamawiającego prowadziłaby do przyjęcia, iż sam upływ terminu związania ofertą prowadziłby do wykluczenia wykonawcy z postępowania, co jest niezgodne zarówno z literalną jak i celowościową wykładnią powyższego przepisu. Ustawodawca jako przesłanki wykluczenia nie wskazał upływu okresu związania ofertą, lecz brak zgody wykonawcy na jej przedłużenie, a zatem dopiero ustalenie w postępowaniu, iż do takiego braku zgody doszło może uzasadniać wykluczenie wykonawcy z postępowania. Sam upływ okresu związania z ofertą otwiera dopiero przed zamawiającym możliwość skorzystania z uprawnienia wskazanego w art. 85 ust. 2 Pzp i wezwania wykonawcy do przedłużenia tego okresu, zaś dopiero odmowa wykonawcy podjęcia stosownych działań umożliwia i uzasadnia zastosowanie normy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, iż jako podstawę prawną odrzucenia oferty zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią przedmiotowego przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, co do tej pory nie było kwestionowane przez zamawiającego. Ponadto norma ta uzasadnia wprost wykluczenie wykonawcy z postępowania, nie zaś odrzucenie oferty. Powołanie się przez zamawiającego na tą podstawę prawną jest zatem całkowicie niezrozumiałe.

W zakresie naruszenia art. 85 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko

raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Przedmiotowa norma reguluje procedurę przedłużania terminu związania ofertą, przewiduje, iż w tym zakresie istnieją dwie możliwości - albo wykonawca podejmie działania w tym zakresie samodzielnie, albo na wniosek zamawiającego. Przepis ten nie nakłada na żaden z tych podmiotów wprost obowiązku dokonania wskazanych w nim czynności, niemniej wykładania tego przepisu powiązana z celem postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego i innymi normami zawartymi w ustawie, w tym art. 7 ust. 1 Pzp prowadzi do wniosku, iż to zamawiający w określonych sytuacjach powinien podjąć działania przewidziane w tym przepisie, a ma taki obowiązek zwłaszcza jeżeli chce w stosunku do wykonawców wywodzić skutki prawne określone m.in. w art. 24 ust 2 pkt 2. To zamawiający odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne przeprowadzenie postępowania przetargowego, którego nadrzędnym celem jest zawarcie umowy o zamówienia publiczne. Zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy Pzp to zamawiający jest gospodarzem postępowania o

udzielenie zamówienia i na nim spoczywa obowiązek dołożenia należytej staranności, aby przedmiotowe postępowanie było przeprowadzone w sprawnie i zmierzało do osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest zawarcie umowy z podmiotem spełniającym warunki udziału w postępowaniu i prezentującym najkorzystniejszą ofertę. W żadnym razie Zamawiający nie może przerzucać na wykonawców obowiązków związanych z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie dołożył wymaganej od niego należytej staranności. Należy podkreślić, iż w toku analizowanego postępowania została przeprowadzona aukcja elektroniczna, w dacie której wszyscy oferenci biorący w niej udział byli związani ofertą. Zgodnie z art. 91a ust 1 aukcja elektroniczna ma miejsce po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, zaś zgodnie z art. 80 ust 2 w zw. z art. 91 c ust 5. bezpośrednio po zamknięciu licytacji elektronicznej zamawiający podaje, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano. Podmiotem, którego ofertę wybrano w 16 częściach zamówienia był bezdyskusyjnie odwołujący, wybór ten miał miejsce w terminie związania ofertą. W przedmiotowej sprawie zatem Zamawiający dokonał już wszelkich czynności zmierzających do wyboru najlepszej oferty i to on był jedynym podmiotem, który miał wpływ na termin zawiadomienia wykonawców o dokonanym wyborze, zwłaszcza że od daty ostatniej aukcji do daty upływu termu związania ofertą miał on 21 dni na dopełnienie wszelkich czynności w tym zakresie. Skoro zamawiający miał świadomość, iż nie jest w stanie w tym terminie dokonać wskazanych czynności, powinien był wezwać w trybie przewidzianym w art. 85 ust. 2 Pzp wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, aby osiągnąć cel postępowania, za który jest odpowiedzialny - zawarcie umowy o zamówienie z wykonawcą, którego oferta była najkorzystniejsza, w przeciwnym razie jego zaniechanie ma charakter świadomego działania.

W zakresie naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 91 a ust 1 zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, zaś zgodnie art. 80 ust 2 w zw. z art. 91c ust 5. bezpośrednio po zamknięciu licytacji elektronicznej zamawiający podaje, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano. Z powyższego wynika, iż najpóźniej w dacie 12.12.2014 r. zamawiający przeprowadził już ocenę ofert dla wszystkich zadań i wybrał w toku aukcji oferty najkorzystniejsze. Zatem zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający powinien niezwłocznie wykonać obowiązki informacyjne wobec wykonawców, z przepisu tego wynika, że obowiązek ten zamawiający powinien zrealizować niezwłocznie, czyli bez zbędnej zwłoki i

w normalnym toku czynności. Tymczasem między zakończeniem ostatniej aukcji a wykonaniem obowiązku informacyjnego upłynął ponad miesiąc, co zdecydowanie nie stanowi działania bez zbędnej zwłoki. Należy zatem podkreślić, iż zamawiający miał

możliwość ostatecznego sformalizowania wyboru najkorzystniejszej oferty w terminie związania ofertami przez wykonawców (od daty ostatniej aukcji do upływu terminu związania ofertami było 21 dni), a zatem jego zaniechania w tym zakresie nie mogą w żaden sposób obciążać wykonawców.

W zakresie naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 oraz art. 93 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że zgodnie z treścią art. 92 ust 1 pkt 3 oraz art. 93 ust. 3 ustawy Pzp zarówno zawiadomienie o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia jak i zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinny zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne. Wypełnienie dyspozycji powołanego przepisu będzie miało miejsce w sytuacji, w której zamawiający poda uzasadnienie prawne i faktyczne podjętej decyzji, które pozwoli wykonawcy na poznanie podstaw wykluczenia wykonawców lub unieważnienia postępowania, odnoszących się do okoliczności konkretnej sprawy. Tymczasem uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego do obu zagadnień jest niezwykle lakoniczne, obarczone błędami i utrudniające odwołującemu odkrycie przesłanek działań zamawiającego i zastosowanych przez niego norm pranych. Uzasadnienie dotyczące wykluczenia wykonawców oraz odrzuceniu ofert nie wskazuje podstawy prawnej odrzucenia ofert, a jedynie dwie podstawy wykluczenia wykonawców, z których jedna w ogóle nie znajduje zastosowania w sprawie, a druga została zastosowana bezzasadnie. Ponadto uzasadnienie prawne powinno wskazywać, jaką konkretnie przesłankę wykluczenia wykonawców zastosował zamawiający, skoro w treści art. 24 ust 2 pkt 2 wskazano ich kilka. Zamawiający nie zawarł takich treści w uzasadnieniu, skazując odwołującego na konieczność domyślania się jego motywów.

W zakresie naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią przepisu art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. W przedmiotowej sprawie nie istniały ustawowe przesłanki do wykluczenia odwołującego ani odrzucenia jego oferty, a zatem nie istniały również przesłanki do unieważnienia postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według norm przepisanych, zgodnie z przedstawionym rachunkiem.

Zamawiający podniósł, że wykluczenie odwołującego nastąpiło nie tylko z powodu upływu terminu związania ofertą, lecz z uwagi na fakt, że złożona przez niego oferta nie była zabezpieczona wadium. Wskazał, że wadium powinno pozostawać cały czas do dyspozycji zamawiającego, co wynika m.in. z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2014 roku sygn. akt KIO 1404/14.

Zamawiający zaprzeczył, jakoby wezwanie wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą stanowić miało obowiązek zamawiającego. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 roku (sygn. akt KIO 978/14). Podniósł, że odwołujący nie przejawił żadnej aktywności związanej z wadialnym zabezpieczeniem swojej oferty w obliczu upływu terminu gwarancji ubezpieczeniowej i nie dał do zrozumienia, że nadal uznaje się za związanego ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu. Wskazał też, iż odwołujący, wskutek nieprzedłużenia terminu związania ofertą, utracił interes w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający stwierdził, iż nieuzasadniony pozostaje zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Skoro w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, zamawiający był w pełni uprawniony, by nie rzec – zmuszony do unieważnienia postępowania.

W jego ocenie nie znajduje także potwierdzenia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy

Pzp. Wszystkie czynności podjęte względem oferty odwołującego były zgodne z prawem, a odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, jakoby zamawiający faworyzował innych wykonawców w toku postępowania, które zostało unieważnione w obliczu braku ważnych ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

W myśl pkt 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) termin składania ofert został ustalony na dzień 4 listopada 2014 roku. Zgodnie z pkt 9 siwz wykonawcy pozostają związani ofertą przez okres 60 dni od upływu terminu składania ofert.

Odwołujący złożył ofertę w zakresie zadań 1 – 17. W pkt 9 formularza oferty zawarł oświadczenie, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i uznaje się za związanego określonymi w niej postanowieniami.

Odwołujący wraz z ofertą złożył ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń SA w Warszawie. Zgodnie z pkt 3 gwarancji jest ona ważna w okresie od 04.11.2014 r. do 02.01.2015 r.

Zamawiający w dniu 12 grudnia 2014 roku przeprowadził aukcje elektroniczne dla poszczególnych części zamówienia, w których odwołujący zajął pierwsze miejsca w rankingu ofert w zakresie zadań 1 oraz 3 – 17.

Pismem z dnia 16 stycznia 2015 roku zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pt „DOSTAWA NOŻY KOMBAJNOWYCH DO KHW S.A. W OKRESIE OD DNIA ZAWARCIA UMOWY DO 31.12.2015R.” wszystkich wykonawców oraz o unieważnieniu przedmiotowego postępowania we wszystkich częściach zamówienia.

Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia wykonawców wskazał, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie przedłużyli terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium, który upłynął w dniu 02.01.2015 roku, co skutkuje ich wykluczeniem z postępowania.

W uzasadnieniu prawnym zamawiający stwierdził, że wykonawcy, którzy nie dokonali przedłużenia terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a ich oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym czynności unieważnienia postępowania zamawiający wskazał, że w związku z wykluczeniem wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu zamawiający nie pozyskał ważnych ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu prawnym zamawiający stwierdził, iż unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania Izba zajęła następujące stanowisko:

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wykluczył odwołującego z postępowania z powodu nieprzedłużenia terminu związania ofertą i nieprzedłużenia ważności wadium. W ocenie Izby w świetle

przepisów ustawy Pzp nie jest dopuszczalny wybór oferty jako najkorzystniejszej, co do której upłynął termin związania jej treścią wykonawcy.

Związanie ofertą cywilistycznie zostało wyrażone w art. 66 k.c. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Jeśli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie. Oferta złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ją mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia. Przepisy prawa zamówień publicznych zawierają natomiast rozwiązanie, zgodnie z którym to nie oferent, składając ofertę, wskazuje termin, w którym oczekuje odpowiedzi, ale zamawiający określa, jak długo będzie trwał okres związania ofertą wykonawców, którzy złożą oferty w postępowaniu.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby możliwy był wybór jako najkorzystniejszej, oferty, której termin związania upłynął. Twierdzenie takie w istocie prowadzi do podważenia instytucji terminu związania ofertą, która przewiduje m.in. art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę wykładnię systemową oraz zasadę racjonalnego ustawodawcy nie sposób uznać, że istnienie tej instytucji nie wywołuje żadnych skutków prawnych (choćby związanych z zabezpieczeniem wadialnym oferty). Gdyby twierdzenie odwołującego było prawidłowe, instytucja terminu związania ofertą byłaby w ustawie zbędna, gdyż z jej istnieniem nie byłyby powiązane żadne skutki prawne. Jednakże instytucja ta istnieje w ustawie, w związku z tym, w ocenie Izby skutek prawny jej istnienia polega na tym, że nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, której termin związania upłynął. Izba zauważa, że jakkolwiek działaniom zamawiającego można by przypisać opieszałość, jednakże ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyznacza terminu, w jakim zamawiający dokonuje badania i oceny ofert.

W myśl art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Stosownie do ust. 4 przedłużenie terminu związania ofertą jest

dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony termin związania ofertą.

Przedłużenie terminu związania ofertą ma podstawowe znaczenie dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Determinuje bowiem jego dalsze uczestnictwo w postępowaniu w sytuacji, gdy pierwotny termin związania ofertą kończy się, a postępowanie nie zostało jeszcze rozstrzygnięte. Wyrazem tego jest art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nakazujący zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą. W ocenie Izby brak jest podstaw do odmiennej oceny sytuacji, w której wykonawca składa oświadczenie, iż nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz sytuacji, w której wykonawca nie dokonuje żadnych czynności w celu przedłużenia terminu związania ofertą, w efekcie czego termin ten wygasa. Podkreślić należy, że zarówno wówczas, gdy wykonawca oświadcza, że nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, jak i wtedy gdy – pomimo braku oświadczenia – nie wykonuje żadnych działań w tym przedmiocie, dochodzi do jednakowego skutku, tj. braku związania ofertą złożonej przez danego wykonawcę. Nie sposób założyć, iż racjonalny ustawodawca przewiduje dwie możliwości postępowania wobec takich samych stanów faktycznych i prawnych i nakazuje w pierwszym przypadku wykluczenie wykonawcy z postępowania, zaś w drugim umożliwia jego dalsze uczestnictwo w postępowaniu.

Analogiczny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w szeregu wyroków, w tym w wyroku z dnia 5 września 2011 roku sygn. akt KIO 1815/11, w wyroku z dnia 31 stycznia 2013 roku, sygn. akt KIO 109/13 oraz w wyroku z dnia 9 września 2014 roku sygn. akt KIO 1737/14. Podobnie wypowiedziały się Sąd Okręgowy w Łodzi (sygn. akt XIII Ga 392/13) i Tarnowie (sygn. akt I Ca 495/13).

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, iż przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp daje wykonawcom możliwość samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą.

Odwołujący mógł zatem takiego przedłużenia dokonać, bez wcześniejszego wniosku zamawiającego w przedmiocie dokonania przedłużenia. Zauważyć należy, iż od odwołującego – będącego podmiotem w profesjonalnym uczestniczącym obrocie gospodarczym – wymagana jest szczególna staranność przejawiająca się również w znajomości przepisów ustawy Pzp i we właściwym ich stosowaniu. Skoro odwołujący nie został wezwany do przedłużenia terminu związania ofertą, mógł i powinien takiej czynności dokonać samodzielnie. Zaniedbania odwołującego się w tej kwestii mogą obciążać wyłącznie jego samego.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W istocie – jak słusznie podnosi odwołujący – dyspozycja wskazanego przepisu dotyczy wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, co w rozpoznawanym przypadku nie miało miejsca. Analiza treści informacji zamawiającego o wykluczeniu wszystkich wykonawców z postępowania pozwala jednak stwierdzić, iż podstawą odrzucenia oferty odwołującego był przepis art. 24 ust. 4, nie zaś – jak wskazał zamawiający – art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą i taką też treść przepisu (pomimo niewłaściwie wskazanej jednostki redakcyjnej) przytoczył zamawiający u uzasadnieniu prawnym czynności wykluczenia wykonawców z postępowania. W ocenie Izby błąd też należy potraktować jako oczywistą omyłkę, niemającą – w świetle wszystkich okoliczności sprawy – wpływu na wynik postępowania.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 85 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Odwołujący wywodził, iż dyspozycja art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek podjęcia działań mających na celu przedłużenie przez wykonawców terminu związania ofertą.

Z argumentacją odwołującego nie sposób się zgodzić. Analiza wskazanego artykułu pozwala na wniosek, iż wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą, jest uprawnieniem, nie zaś obowiązkiem zamawiającego. Ustawodawca w treści przepisu posłużył się sformułowaniem „zamawiający może”, co w ocenie Izby nie pozostawia wątpliwości co do tego, że zamawiającemu pozostawiony jest wybór w zakresie tego, czy ma podjąć inicjatywę w kwestii doprowadzenia do przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawców. Konsekwencją takiego rozumowania jest z kolei stwierdzenie, że nieskorzystanie przez zamawiającego z możliwości, do której nie jest on zobowiązany, nie może być przedmiotem skutecznego zarzutu.

Brak jest podstaw do przyznania słuszności odwołującemu również w kontekście rozpoznawania naruszenia art. 85 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w

sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanego przepisu. O braku równości w traktowaniu wykonawców można by było mówić np. w sytuacji, gdyby zamawiający zwrócił się o przedłużenie terminu związania ofertą jedynie do niektórych wykonawców, z pominięciem pozostałych. Tymczasem, w rozpoznawanej sprawie, zamawiający nie wzywał żadnego z wykonawców o złożenie oświadczenia w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą i fakt ten nie był pomiędzy stronami sporny. Do naruszenia uczciwej konkurencji mogłoby natomiast dojść w sytuacji, gdyby postępowanie

zamawiającego było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagrażałoby lub naruszało interes wykonawcy (vide: art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Izba nie dopatrzyła się w działaniach zamawiającego wskazanych nieprawidłowości. Jak już wyżej podnoszono, nieskorzystanie z przysługującego uprawnienia nie może być postrzegane ani za sprzeczne z prawem, ani też z dobrymi obyczajami w sytuacji, gdy wszyscy wykonawcy mieli nieskrępowaną możliwość samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Należy zgodzić się z odwołującym, że zamawiający jest odpowiedzialny za profesjonalne i sprawne przeprowadzenie postępowania przetargowego, którego nadrzędnym celem jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne. Odpowiedzialność ta jest jednak ograniczona powszechnie obowiązującymi przepisami prawnymi, a tych – jak już wyżej wskazano – zamawiający nie naruszył. Podkreślić przy tym należy, że odwołujący, będący profesjonalnym uczestnikiem postępowania, winien był sam zadbać o własne interesy i samodzielnie dokonać przedłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący, nie składając stosownego oświadczenia w tym przedmiocie, nie wykazał należytej staranności i nie powinien konsekwencjami swych zaniechań obciążać zamawiającego.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty między innymi o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie wskazać należy na art. 80 ust. 2, mający zastosowanie do aukcji elektronicznej na podstawie art. 91c ust. 5 ustawy Pzp. Stosownie do art. 80 ust. 2 ustawy Pzp bezpośrednio po zamknięciu licytacji elektronicznej zamawiający podaje, pod ustalonym w ogłoszeniu adresem internetowym, nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano. W postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej w odróżnieniu od trybu licytacji elektronicznej, którego dotyczy art. 80 ust. 2 ustawy Pzp, zakończenie aukcji elektronicznej nie stanowi jeszcze o formalnym wyborze oferty

najkorzystniejszej. Art. 80 ust. 2 ustawy Pzp stosuje się w tym przypadku odpowiednio, co oznacza, że zamawiający ma obowiązek wysłania do wykonawców niezwłocznie informacji o wynikach aukcji, zaś informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej powinna być w tym przypadku skierowana do wykonawców odrębnie, w trybie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Pomiędzy momentem zakończenia aukcji a formalnym dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej mamy w tym przypadku jeszcze do czynienia z formalną czynnością badania i oceny ofert. Niezależnie od powyższego okolicznością bezsporną pomiędzy stronami jest fakt, iż aukcja elektroniczna została zakończona w dniu 12 grudnia 2014 roku, zatem od tej daty należało liczyć termin na zaniechanie zamawiającego powiadomienia wykonawców o wyborze oferty. Podniesienie zarzutu w odwołaniu wniesionym w dniu 23 stycznia 2015 roku należy uznać za spóźnione.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 oraz art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba przeanalizowała treść pisma z dnia 16 stycznia 2015 roku zawierającego informację o wykluczeniu wykonawców z postępowania oraz o unieważnieniu postępowania i stwierdziła, że zamawiający zawarł w nim zarówno uzasadnienia faktyczne, jak i prawne dokonanych czynności. Z treści uzasadnień bez trudu można wywieść, czym kierował się zamawiający przy dokonywaniu zakwestionowanych czynności i jak była podstawa prawna ich dokonania. Wskazanie przez zamawiającego na art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jako podstawy prawnej odrzucenia ofert Izba uznała za oczywistą omyłkę, czego uzasadnienie wskazała powyżej.

Konsekwencją nieuwzględnienia wszystkich wskazanych wyżej zarzutów jest brak potwierdzenia zasadności naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie

złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Uznając za zasadną czynność wykluczenia odwołującego i wszystkich pozostałych wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia i uznania ich ofert za odrzucone, stwierdzić należy, iż przesłanka wskazana w cytowanym artykule nastąpiła, co uzasadniało decyzję zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

15

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

……
……
……

16