

WYROK

Warszawa, dnia 28 marca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2025 r. przez wykonawcę A.M. prowadzącego w Boronowie działalność gospodarczą pod firmą A.M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX” w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Świerklaniec

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu w części 2 zamówienia: unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty na wskazanych przez zamawiającego podstawach, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty A.M. prowadzącego w Boronowie działalność gospodarczą pod firmą A.M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX” i wezwanie odwołującego na podstawie art. 252 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyrażenia pisemnej zgody na wybór jego oferty w wyznaczonym przez zamawiającego terminie;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Gminy Świerklaniec na rzecz A.M. prowadzącego w Boronowie działalność gospodarczą pod firmą A.M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX” kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonego wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 854/25

Uzasadnienie

Gmina Świerklaniec (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym z możliwością negocjacji podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej wraz z rozbudową oczyszczalni ścieków wraz z rozbudową oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Świerklaniec – ETAP 1”, numer postępowania: IZ.271.2.19.2024. Zamówienie zostało podzielone na części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 30 grudnia 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2024/BZP 00677637/0.

W dniu 4 marca 2025 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację w zakresie części 2 postępowania o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o unieważnieniu postępowania.

Wykonawca A.M. prowadzący w Boronowie działalność gospodarczą pod firmą A.M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX” (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 307 ust. 2, art. 252 ust. 2, art. 226 ust. 1 pkt 12, 13 i 14 oraz art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 oraz w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne:

- a) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w Części 2 zamówienia ze względu na:
 - niewyrażenie przez Odwołującego zgody na przedłużenie terminu związania ofertą
 - nieprzedłużenie przez Odwołującego okresu ważności gwarancji wadialnej o kolejne 30 dni,

podczas gdy Zamawiający nie zainicjował wobec Odwołującego czynności przedłużenia terminu związania ofertą, tj. przed upływem terminu związania ofertą, nie zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 307 ust. 2 ustawy Pzp o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium. W tej sytuacji, nie może być zatem mowy o niewyrażeniu przez Odwołującego zgody o przedłużeniu terminu związania ofertą. Natomiast w obecnym stanie prawnym, samodzielne przedłużenie przez Odwołującego terminu związania ofertą, musiałoby zostać ocenione jako bezskuteczne;

b) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w Części 2, ze względu na niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, która miałaby polegać na niewystosowaniu przez Zamawiającego do Odwołującego zapytania o możliwość przedłużenia terminu związania ofertą, przy jednoczesnym zwróceniu się do wszystkich pozostałych Wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, podczas gdy, wszystkim Wykonawcom ubiegającym się o to zamówienie została zapewniona przez Zamawiającego możliwość dalszego udziału w postępowaniu, natomiast sprokurowany przez Zamawiającego (nie można wykluczyć, że w sposób rozmyślny) upływ terminu związania ofertą przez Odwołującego, powoduje jedynie tyle, że Odwołujący nie ma już obowiązku zawarcia umowy.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie:

- 1) unieważnienie czynności, polegającej na unieważnieniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego;
- 2) unieważnienie czynności, polegającej na unieważnieniu niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia w Części 2 oraz
- 3) wezwanie Odwołującego na podstawie art. 252 ust. 2 ustawy Pzp, do wyrażenia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty w Części 2 zamówienia.

Odwołujący podał, że Zamawiający nie może wprawdzie podejmować czynności, zmierzających do przywrócenia terminu związania ofertą w odniesieniu do Odwołującego, ale mając na uwadze, że oferta Odwołującego została najwyższej oceniona w części 2 zamówienia, owa „wada” mogła (i nadal może) zostać usunięta, poprzez zastosowanie - przed czynnością wyboru oferty Odwołującego - procedury wyrażania zgody na wybór jego oferty”, o której mowa w art. 252 ust. 2 ustawy Pzp. Dopiero w przypadku braku wyrażenia przez Wykonawcę takiej zgody, ustawodawca przewidział sankcję w postaci odrzucenia oferty, w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Ewentualne zaakceptowanie tego rodzaju praktyki Zamawiającego, zgodnie z którą Zamawiający ze znanych tylko sobie powodów, zwraca się o przedłużenie terminu związania ofertą do wszystkich pozostałych Wykonawców ubiegających się o zamówienie z wyjątkiem Wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyższej, przy jednoczesnym braku konwalidowania tego stanu, poprzez zastosowanie wobec takiego Wykonawcy, procedury wyrażenia zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą, byłoby bowiem równoznaczne z przyzwoleniem na stosowanie przez Zamawiających nieuczciwych proceduralnych narzędzi, mających w celu eliminację niepożądanych Wykonawców, których oferty zostały najwyższej ocenione.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał w szczególności, że zgodnie z dokumentami zamówienia, termin składania ofert w postępowaniu upłynął 17 stycznia 2025 r. o godz. 8:00, natomiast 30-sto dniowy termin związania ofertą został wyznaczony przez Zamawiającego do dnia 15 lutego 2025 r. Jednocześnie Zamawiający wymagał wyłącznie dla Części 2 zamówienia, zabezpieczenia ofertą wadium w wysokości: 20.000,00 PLN. W terminie składania ofert na Część 2 zamówienia zostało złożonych łącznie 5 ofert, w tym oferta Odwołującego, która została zabezpieczona gwarancją wadialną przez cały okres związania ofertą, tj. od upływu terminu składania ofert, do dnia upływu terminu związania ofertą, czyli do 15 lutego 2025 r. Zamawiający w dniu 11 lutego 2025 r. powołując się na przepis art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które Odwołujący przesłał Zamawiającemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej 14 lutego 2025 r., czyli w terminie związania ofertą. W dalszym toku postępowania Zamawiający nie zwracał się już do Odwołującego w sprawach związanych z prowadzoną procedurą zamówieniową. W wyniku badania i oceny ofert, Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą w Części 2 zamówienia, co miało miejsce 27 lutego 2025 r., czyli po upływie terminu związania przez Odwołującego ofertą, który upłynął 15 lutego 2025 r. Zamawiający w toku prowadzonego postępowania nie zwracał się do Odwołującego ani o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, ani o wyrażenie zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą. W dniu 4 marca 2025 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty Odwołującego, a następnie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia w

Części 2, argumentując to tym, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący stwierdził, że do ewentualnego przedłużenia lub odmowy przedłużenia terminu związania ofertą mogłyby dojść wyłącznie wtedy, gdyby taką czynność zainicjował Zamawiający, do czego jest on uprawniony jednokrotnie w określonym ustawą terminie, tj. przed upływem terminu składania ofert. Dopiero wówczas, gdyby Odwołujący otrzymał od Zamawiającego wniosek o przedłużenie terminu związania ofertą, mógłby zasadniczo albo przedłużyć, albo odmówić przedłużenia terminu związania ofertą. W świetle obecnie obowiązujących przepisów o zamówieniach, czynność samodzielnego przedłużania przez Wykonawcę terminu związania ofertą została pozbawiona skuteczności z punktu widzenia postępowania. Uprawnienie wezwania pozostaje jedynie w gestii Zamawiającego, który może jednorazowo, przed upływem dotychczasowego terminu związania ofertą, wezwać wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, jednak nie dłuższy niż 30 lub 60 dni, w zależności od wartości postępowania. Jeżeli zatem Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 307 ust. 2 ustawy Pzp o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, to Odwołujący został pozbawiony możliwości wypowiedzenia się w tym zakresie i nie może być mowy o zarzucie pod adresem Odwołującego, jakoby ten miał odmówić przedłużenia terminu związania ofertą, jak czyni to Zamawiający. Ponadto, jeżeli Odwołujący został przez Zamawiającego pominięty w procedurze wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dni, to nie zachodziła potrzeba przedłużenia okres ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Dlatego też, wobec oferty Odwołującego, nie zachodzą przesłanki odrzucenia, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 12, 13 i 14 ustawy Pzp, a co z tym się wiąże czynność Zamawiającego, polegająca na unieważnieniu wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej jest nieprawidłowa.

Odnosząc się do czynności unieważnienia postępowania w Części 2, Odwołujący stwierdził m.in., że instytucja unieważnienia postępowania nie może być bowiem nadużywana, gdyż doprowadziłoby to do swoistej patologii w zamówieniach publicznych. W postępowaniu nie występuje niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Użyte w przepisach art. 220 ust. 3 i art. 307 ust. 2 ustawy Pzp wyrażenie „zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody” nie ma wymiaru absolutnego i nie oznacza bezwzględnego obowiązku zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W przypadku odstąpienia Zamawiającego od zwrócenia się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, przepisy ustawy nie przewidują dla Zamawiającego żadnych negatywnych skutków prawnych. Upływ terminu związania ofertą powoduje jedynie tyle, że Wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej nie ma już obowiązku zawarcia umowy. Zamawiający oparł swoje uzasadnienie faktyczne i prawne dla zakwestionowanej czynności unieważnienia postępowania w Części 2 zamówienia na Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1905/21, który zapadł jednak w całkowicie odmiennym stanie faktycznym. W zaskarżonym odwołaniu postępowaniu o udzielenie zamówienia w Części 2, Zamawiający zwrócił się o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do wszystkich Wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie z wyjątkiem Odwołującego, którego oferta została najwyżej oceniona. Tym samym, w wyniku zainicjowania przez Zamawiającego czynności przedłużenia terminu związania ofertą, wszyscy Wykonawcy ubiegający się o zamówienie – oprócz Odwołującego – mieli możliwość zdecydowania o przedłużeniu lub odmowie przedłużenia terminu związania ofertą. Natomiast sprokrowany przez Zamawiającego w odniesieniu wyłącznie do Odwołującego upływ terminu związania ofertą, oznacza tylko tyle, że Odwołujący nie ma już obowiązku zawarcia umowy, ale też nic nie stoi na przeszkodzie do zawarcia umowy, jeżeli tylko Zamawiający w sposób prawidłowy oraz zgodny z przepisami o zamówieniach, przeprowadziłby postępowanie o udzielenie zamówienia.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w Części 2 nie zachodzą ustawowe przesłanki unieważnienia, o których mowa w art. 256 pkt 6 ustawy Pzp. Zadośćuczynienie bowiem przez Zamawiającego swojemu obowiązkowi wynikającemu z art. 252 ust. 2 ustawy Pzp daje możliwość zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu stanowiska Zamawiający podał m.in., że otwarcia ofert dokonano 17 stycznia 2025 r. Dnia 11 lutego 2025 r. Zamawiający wystąpił do wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu z wnioskiem o wydłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium o kolejne 30 dni. W związku z błędem Zamawiającego, wezwaniu do przedłużenia terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem terminu ważności wadium, pomimo faktu jego przygotowania przez Zamawiającego, nie zostało przesłane do Odwołującego. Wskutek tego błędu Zamawiającego Wykonawca nie miał możliwości przedłużenia terminu związania ofertą oraz zabezpieczenia oferty

wadium w sposób ciągły, tj. nieprzerwany od czasu upływu terminu składania ofert do dnia upływu terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 97 ust. 6 ustawy Pzp 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 okres związania ofertą.

Zamawiający podał, że zgadza się co do zasady z opinią Odwołującego, (...), że w świetle obecnie obowiązujących przepisów o zamówieniach, czynność samodzielnego przedłużania przez Wykonawcę terminu związania ofertą została pozbawiona skuteczności z punktu widzenia postępowania. Uprawnienie wezwania pozostaje jedynie w gestii Zamawiającego, który może jednorazowo, przed upływem dotychczasowego terminu związania ofertą, wezwać wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres (...). Niemniej jednak Odwołujący jako świadomy uczestnik postępowania – profesjonalista, mógł zwrócić się z pytaniem do Zamawiającego o upływający termin związania ofertą, zwłaszcza że dnia 11 lutego 2025 r. został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych a tym samym można domniemywać, że posiadał wiedzę, że to jego oferta na tym etapie postępowania została oceniona najwyżej. Wówczas, wobec braku upływu terminu związania ofertą oraz ważności wadium, istniała jeszcze możliwość skorygowania błędu Zamawiającego. Oferta złożona przez Odwołującego była zabezpieczona wadium w formie Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG04/0504/25/0006 z 16 stycznia 2025 r. ważnej w okresie od 17 stycznia 2025 r. do 15 lutego 2025 r. Tym samym w dniu, w którym Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. 27 lutego 2025 r., oferta Odwołującego nie była zabezpieczona wadium, a Odwołujący nie był już związany ofertą. O powyższych okolicznościach Zamawiający dowiedział się wskutek wewnętrznej kontroli (przygotowania do archiwizacji postępowania), co w konsekwencji doprowadziło do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia postępowania w zakresie części nr 2 na podstawie art. 255 pkt 6) w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego to właśnie brak zabezpieczenia oferty wadium stanowiło wadę postępowania, której nie dało się usunąć, dlatego też Zamawiający podjął decyzję o odstąpieniu od skierowania wezwania do Odwołującego do wyrażenia zgody na wybór jego oferty po terminie związania ofertą. O ile faktycznie Odwołujący na podstawie wezwania z art. 252 ust 2 ustawy Pzp mógłby wyrazić zgodę na wybór jego oferty po terminie związania ofertą, to Zamawiający nie miał prawnej możliwości zapewnienia zachowania przez Odwołującego ciągłości zabezpieczenia oferty wadium. W uzasadnieniu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał swój błąd oraz sposób postępowania w celu zachowania przejrzystości. W związku z powyższym Zamawiający w celu zachowania zasady równego traktowania wykonawców oraz mając na uwadze obowiązek wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami Ustawy, jednocześnie mając na uwadze fakt, że postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą, unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6) w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

W piśmie procesowym z 26 marca 2025 r. Odwołujący odniósł się do stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza (w treści także: „KIO” lub „Izba”) stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, klasycznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp na roboty budowlane z podziałem zamówienia na Części 1 i 2.

Jak zostało powyżej przedstawione w odwołaniu, w zadaniu nr 2 w dniu 15 lutego 2025 r. w stosunku do wszystkich wykonawców upływał termin związania ofertą i zabezpieczenia jej wadium. Pismami z 11 lutego 2025 r. Zamawiający wystąpił do wykonawców, z pominięciem Odwołującego, o przedłużenie terminu związania ofertą i zabezpieczenia jej wadium o 30 dni, który upłynął 17 marca 2025 r. Natomiast do Odwołującego pismem z 11 lutego

2025 r. Zamawiający, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wystąpił o przedłożenie podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący przekazał Zamawiającemu żądane przez niego podmiotowe środki dowodowe 14 lutego 2025 r.

W dniu 27 lutego 2025 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Odwołującego podając:

(...) Przy zastosowaniu kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Wykonawcę: P.U.H „DOMAX” A.M. Ul. Grabińska 8 42-283 Boronów

Uzasadnienie prawne wyboru oferty:

Art. 239 ust 1 Pzp - Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne wyboru oferty:

Oferta Wykonawcy nie podlega odrzuceniu. Wyboru oferty dokonano ze względu na:

- 1.Kryterium nr 1: Cena - waga kryterium 60% (60 pkt.)
- 2.Kryterium nr 2: Gwarancja i rękojmia waga kryterium 40 % (40 pkt.)

Oferta uzyskała łącznie najwyższą liczbę punktów— 100,00 pkt, w tym za:

- 1.Kryterium nr 1: 60/00 pkt, wyliczone wg wzoru określonego w pkt 3.1. Działy XV SWZ,
- 2.Kryterium nr 2: 40,00 pkt, wyliczone wg zasad określonych w pkt 3,2. Działy XV SWZ.

Wykaz Wykonawców, którzy złożyli oferty

(...)

Punkty przyznane w ramach kryteriów oceny ofert

Nazwa Wykonawcy	Kwota brutto za całość (pkt)	Dodatkowa gwarancja i rękojmia (pkt)	Łącznie
P.U.H „DOMAX” A.M. Ul. Grabińska 8, 42-283 Boronów	60,00	40,00	100
AWT REKULTIVACE A.SÍ Ul. Rychvaldska 2012, 735 41 Petrvald, Republika Czeska	43,00	40,00	83,00

Zamawiający informuje, że w ramach prowadzonego postępowania odrzucił 3 oferty Wykonawców: (...)

Pismem z 4 marca 2025 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazując:

Działając na podstawie art. 16 pkt 1 oraz 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający informuje, że unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnia przedmiotowe postępowanie w Części 2

Uzasadnienie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 27.02.2025 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej jednak nastąpiło to z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 Pzp. Otarcia ofert dokonano w dniu 17.01.2025 r. Ze względu na przedłużającą się procedurę weryfikacji dokumentów, Zamawiający w dniu 11.02.2025 r. wystąpił do wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu z wnioskiem o wydłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium o kolejne 30 dni.

W związku z niedopatrzeniem Zamawiającego, które polegało na tym, że nie zwrócił się on z ww. wnioskiem do jednego z wykonawców tj. P.U.H. DOMAX A.M., ul. Grabińska 8, 42-283 Boronów, Wykonawca nie przedłużył terminu związania

ofertą oraz nie zabezpieczył oferty wadium. W związku błędem Zamawiającego oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 i 14, a tym samym nie powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Pomimo faktu, że Zamawiający unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej firma DOMAX nie ma możliwości przedłużenia terminu związania ofertą, ponieważ złożona przez wykonawcę oferta była zabezpieczona wadium w formie gwarancji, której termin ważności minął w dniu 15.02.2025 r.

W związku z powyższym Zamawiający w celu równego traktowania wykonawców oraz mając na uwadze obowiązek wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy, jednocześnie mają na uwadze fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, unieważnia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6) w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1) PZP tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert

Jednocześnie Zamawiający informuje, że opublikuje nowe postępowanie przetargowe w trybie podstawowym, w celu wyłonienia wykonawcy robót budowlanych w zakresie zadania obejmującego część 2.

W drugim z pism z 4 marca 2025 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania podając:

Zamawiający, tj. Gmina Świerklaniec z siedzibą w Urzędzie Gminy Świerklaniec, na podstawie art. 253 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z t.j.) informuje, że przedmiotowe postępowanie pn: Budowa sieci kanalizacji sanitarnej sieci wodociągowej wraz z rozbudową oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Świerklaniec - ETAP II Część 2" zostaje unieważnione.

Uzasadnienie prawne:

Zamawiający unieważnienia przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pk 6) tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

Uzasadnienie faktyczne

Zamawiający w dniu 27.02.2025 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej jednak nastąpiło to z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 Pzp. Otarcia ofert dokonano w dniu 17.01.2025 r. Ze względu na przedłużająca się procedurę weryfikacji dokumentów, Zamawiający w dniu 11.02.2025 r, wystąpił do wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu z wnioskiem o wydłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium o kolejne 30 dni.

W związku z niedopatrzeniem Zamawiającego, które polegało na tym, że nie zwrócił się on z ww. wnioskiem do jednego z wykonawców tj. P.U.H. DOMAX A.M., ul. Grabińska 8, 42-283 Boronów, Wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą oraz nie zabezpieczył oferty wadium. W związku błędem Zamawiającego oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 i 14, a tym samym nie powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Pomimo faktu, że Zamawiający unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej firma DOMAX nie ma możliwości przedłużenia terminu związania ofertą, ponieważ złożona przez wykonawcę oferta była zabezpieczona wadium w formie gwarancji, której termin ważności minął w dniu 15.02.2025 r.

W związku z powyższym Zamawiający w celu równego traktowania wykonawców oraz mając na uwadze obowiązek wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy, jednocześnie mają na uwadze fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, unieważnia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6) w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1) PZP tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu. Potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 307 ust. 2, art. 252 ust. 2, art. 226 ust. 1 pkt 12, 13 i 14 oraz art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 oraz w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp, które stanowią:

- 307 ust. 2: 2. *W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą określonego w dokumentach zamówienia, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 30 dni.*
- art. 252 ust. 2: 1. *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia. 2. Jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. 3. W przypadku braku zgody, o której mowa w ust. 2, zamawiający zwraca się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.*
- art. 226 ust. 1 pkt 12, 13, 14: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 12) wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą; 13) wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą; 14) wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w ;*
- art. 255 pkt 6: 6) *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;*
- art. 457 ust. 1 pkt 1: 1. *Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;*
- art. 16: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*
- art. 17 ust. 2: 2. *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Zdaniem Odwołującego naruszenie ww. przepisów nastąpiło z uwagi na unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego w Części 2 zamówienia oraz unieważnienie postępowania. Zamawiający bowiem bezpodstawnie uznał, że Odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i nie przedłużył okresu ważności gwarancji wadialnej o kolejne 30 dni, podczas gdy Zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, nie zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 307 ust. 2 ustawy Pzp o przedłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium. Nie może być zatem mowy o niewyrażeniu przez Odwołującego zgody o przedłużenie terminu związania ofertą. Nie wystąpiła także niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, która miałaby polegać na niewystosowaniu przez Zamawiającego do Odwołującego zapytania o możliwość przedłużenia terminu związania ofertą, przy jednoczesnym zwróceniu się do wszystkich pozostałych Wykonawców ubiegających się o zamówienie o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, podczas gdy, wszystkim wykonawcom ubiegającym się o to zamówienie została zapewniona przez Zamawiającego możliwość dalszego udziału w postępowaniu, natomiast spowodowany przez Zamawiającego upływ terminu związania ofertą przez Odwołującego, powoduje jedynie tyle, że Odwołujący nie ma już obowiązku zawarcia umowy.

Ze stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego wynika, że powodem unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty było zaniechanie przez niego wezwania Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą i zabezpieczenia jej na ten czas wadium, skutkiem czego oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 i 14 ustawy Pzp. Powodem unieważnienia postępowania jest natomiast to, że Odwołujący nie ma możliwości przedłużenia terminu związania ofertą i oferta nie jest zabezpieczona wadium, co zdaniem Zamawiającego oznacza, że postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia.

W ocenie Izby nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego. Należy natomiast podzielić co do zasady stanowisko Odwołującego zaprezentowane w odwołaniu.

Jak wyżej ustalono, Zamawiający, inaczej niż w stosunku do pozostałych wykonawców, nie wystosował do Odwołującego wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą i zabezpieczenia jej wadium. W efekcie tego zaniechania Odwołujący, począwszy od 16 lutego 2025 r., nie był już związany ofertą, która nie była od tej daty zabezpieczona wadium. Pomimo, iż Zamawiający nie wystosował do Odwołującego wezwania do wyrażenia pisemnej zgody na wybór jego oferty, w dniu 27 lutego 2025 r. dokonał wyboru oferty tego wykonawcy. Następnie 4 marca 2025 r. Zamawiający unieważnił tę czynność oraz unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Jakkolwiek za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców należy uznać pominięcie Odwołującego i niewystosowanie do tego wykonawcy wezwania, o którym mowa w art. 307 ust. 2 ustawy Pzp, to jednak w okolicznościach analizowanej sprawy nie uprawnia to Zamawiającego do stwierdzenia, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 i 14 ustawy Pzp oraz do unieważnienia postępowania. W okolicznościach analizowanej sprawy Odwołujący został pozbawiony przez Zamawiającego możliwości wypowiedzenia się co do przedłużenia terminu związania ofertą i zabezpieczenia jej wadium na wydłużony okres. Nie został bowiem wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 307 ust. 2 ustawy Pzp o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu.

W sytuacji, gdy Odwołujący nie miał sposobności wyrazić albo odmówić pisemnie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, jak też wnieść wadium na okres do upływu nowego terminu związania ofertą, to Zamawiający nie był uprawniony, aby uznać, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 12 i 14 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 252 ust. 1 ustawy Pzp zasadą jest, iż wybór oferty następuje w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia, jednak w aktualnym stanie prawnym, upływ tego terminu nie oznacza, że zamawiający nie może dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty. Wynika to z ust. 2 tego artykułu, który nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do wyrażenia, w wyznaczonym terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. Z kolei z ust. 3 tego artykułu wynika, że w przypadku braku udzielenia przez wykonawcę ww. zgody, zamawiający zwraca się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.

Oznacza to, że upływ terminu związania ofertą, w sytuacji, gdy wykonawca wyrazi pisemną zgodę na wybór jego oferty po tym terminie, nie stanowi podstawy do odrzucenia jego oferty. Także umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta po upływie terminu związania ofertą. Wyrażenie zgody na wybór po terminie związania ofertą jest traktowane bowiem jak złożenie nowej oferty o takiej samej treści, jak ta, którą wykonawca był związany.

Z powyższego wynika, że upływ terminu związania ofertą wiąże się z negatywnymi konsekwencjami jednak nie dla wykonawców, lecz dla zamawiających, którzy nie zdążą dokonać wyboru oferty w terminie związania nią. Wykonawcy bowiem nie tracą możliwości uzyskania zamówienia, a jedynie odzyskują możliwość podjęcia decyzji co do podtrzymania warunków swojej oferty i bez żadnych konsekwencji mogą nie zgodzić na jej wybór po terminie, w którym byli nią związani. Zamawiający natomiast tracą pewność, że będą mogli dokonać wyboru oferty, która została przez nich najwyżej oceniona.

W analizowanej sprawie nie ma sporu, że oferta Odwołującego otrzymała najwyższą ocenę. Zamawiający powinien zatem zastosować się do obowiązku wynikającego z art. 252 ust. 2 ustawy Pzp i wezwać tego wykonawcę do wyrażenia pisemnej zgody na wybór jego oferty. Dopiero w przypadku ewentualnego braku wyrażenia przez tego wykonawcę takiej zgody, zaistniałaby podstawa do odrzucenia jego oferty, z tym, że byłaby to przesłanka wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

Zamawiający w swoich działaniach pominął natomiast przepis art. 252 ustawy Pzp i w konsekwencji podjął wadliwe czynności.

W okolicznościach analizowanej sprawy nie wystąpiła wskazana przez Zamawiającego podstawa do unieważnienia postępowania. To, że Odwołujący na skutek zaniechania Zamawiającego, nie ma możliwości przedłużenia terminu związania ofertą oraz to, że oferta nie jest zabezpieczona wadium, nie oznacza, że postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia. Jak wyżej wskazano, brak związania ofertą i brak jej zabezpieczenia wadium, powstałe na skutek przedłużającej się procedury badania i oceny ofert przez Zamawiającego, nie stanowią wady postępowania, która wyłącza możliwość wyboru najkorzystniejszej oferty. Wbrew stanowisku Zamawiającego okoliczności te, jak też to, że inni wykonawcy ponieśli koszty związane z przedłużeniem wadium, nie skutkują wypełnieniem się przesłanki, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis ten, jak słusznie zauważył Odwołujący, odwołuje się do art. 457 ustawy Pzp, w którym wymieniono przypadki naruszenia przepisów ustawy, skutkujące

koniecznością unieważnienia umowy. Nie powinien być zatem stosowany w oderwaniu od tego przepisu. Co do zasady chodzi o takie uchybienia, które obciążają postępowanie w sposób nieodwracalny. Natomiast wystąpienie innych uchybień postępowania, nie może być przyczyną unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z tym czynność unieważnienia postępowania powinna zostać unieważniona przez Zamawiającego.

Także czynność unieważnienia czynności wyboru oferty, złożonej przez Odwołującego jako dokonana na wadliwej podstawie powinna zostać unieważniona przez Zamawiającego. Następnie, już na właściwej podstawie, tj. ze wskazaniem na brak zastosowania przed wyborem oferty trybu przewidzianego w art. 252 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Po dokonaniu ww. czynności Zamawiający powinien zastosować się do przepisu art. 252 ust. 2 ustawy Pzp i wystąpić do Odwołującego o wyrażenie zgody na wybór jego oferty.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie zostało stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: