Sygn. akt: KIO 871/14

WYROK
z dnia 14 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
Cube.ITG S.A. ul. Długosza 60, 51-162 Wrocław oraz
Consdata Sp. z o.o. ul. Składowa 4, 61-897 Poznań
w postępowaniu prowadzonym przez
Komendę Główną Policji ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu kontynuowanie postępowania z udziałem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Cube.ITG S.A. i Consdata Sp. z o.o.,
2. kosztami postępowania obcią a Komendę Główną Policji i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Cube.ITG S.A. i Consdata Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

---

2.2. zasądza od Komendy Głównej Policji na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Cube.ITG S.A. i Consdata Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 871/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Policji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę, instalację i wdro enie Systemu Teleinformatycznego Biura SIRENE II generacji" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 listopada 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 226-393144. Wartość zamówienia jest większa ni kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Cube.ITG S.A. i Consdata Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na niedopuszczeniu go do aukcji elektronicznej z uwagi na uznanie, e podlega wykluczeniu

z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z przyczyn dotyczących związania ofertą, która to czynność została podjęta w sposób naruszający art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 91b ust. 1, a w konsekwencji równie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Odwołujący wniósł o:
1. powtórzenie czynności badania i oceny oferty odwołującego w zakresie dotyczącym kwestii związania odwołującego ofertą,
2. uniewa nienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
3. zaproszenie odwołującego do aukcji elektronicznej,
4. zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, e 5 marca 2014 r. zamawiający zaprosił go do aukcji elektronicznej, zatem wskazane w piśmie z 25 kwietnia 2014 r. powody wykluczenia odwołującego związane z kwestią związania ofertą to jedyne powody, dla których odwołujący miałby nie uczestniczyć w aukcji.
Termin składania ofert upłynął 23 stycznia 2014 r., a termin związania ofertą określono na 60 dni, zatem upływał on 23 marca 2014 r.
14 marca 2014 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o przedłu enie terminu związania ofertą o 60 dni informując, i jest ono skuteczne jedynie wraz z przedłu eniem

okresu wa ności wadium albo wniesieniem nowego wadium. 23 marca 2014 r. odwołujący doręczył zamawiającemu aneks z 19 marca 2014 r. do gwarancji ubezpieczeniowej przedłu ający termin tej gwarancji do 27 maja 2014 r.
Odwołujący co prawda nie załączył do aneksu osobnego dokumentu, w którym wprost oświadczałby, e przedłu a termin związania ofertą, ale jego wola dalszego uczestniczenia w postępowaniu, tj. dalszego związania ofertą, została wyra ona poprzez zło enie zamawiającemu w wymaganym terminie dokumentu przedłu ającego wa ność wadium o wymagany okres.
Swoją decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania zamawiający uzasadnił tym, e do upływu terminu związania ofertą nie wyraził on zgody na jego przedłu enie. Zamawiający przyznał, e wykonawca wydłu ył wa ność gwarancji wadialnej, ale uznał, e oświadczenie o przedłu eniu terminu związania ofertą winno być zło one w sposób jasny i wyraźny, w formie przewidzianej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dopuszczonej w art. 27 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem zamawiającego oświadczenie to nie mo e być ustalane i domniemywane na podstawie innych czynności wykonawcy, w tym przedłu enia wa ności wadium.
Z taką interpretacją zamawiającego odwołujący się nie zgadza. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych brak zło enia przez wykonawcę oświadczenia wprost odnoszącego się do przedłu enia terminu związania ofertą w sytuacji, gdy jednocześnie podejmie on skuteczne działania mające na celu przedłu enie wadium, postrzegany jest jako nieskutkujący wykluczeniem wykonawcy. W wielu wyrokach wskazuje się, e brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tak e odrzucenia oferty, w warunkach, gdy inne czynności wykonawcy, takie jak przedłu enie wadium, wskazują na dalsze zainteresowanie wykonawcy udziałem w postępowaniu, co nawiązuje do dorozumianego oświadczenia o przedłu eniu terminu związania ofertą. Wskazuje się równie na funkcję wadium i jego związek z terminem związania ofertą. Wadium nie mo e funkcjonować samo w sobie, gdy stanowi zabezpieczenie dla zamawiającego w okresie, gdy wykonawca jest związany ofertą. Jest to jedyny przewidziany ustawą cel istnienia wadium. Trudno znaleźć jakiekolwiek funkcjonalne uzasadnienie dla utrzymywania wadium po okresie związania ofertą. Gdy wykonawca przestaje być związany swoją ofertą, to w okresie tym nie mogą powstać roszczenia zamawiającego, dające podstawę do zatrzymania wadium. Wobec powy szego nale y uznać, e przedłu enie wa ności gwarancji wadialnej jest równoznaczne z wyra eniem zgody na przedłu enie terminu związania ofertą, w innym przypadku czynność tę nale ałoby uznać za bezcelową, nieracjonalną.
Odwołujący przywołał sygnatury wyroków, w tym wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach

XIX z 28 maja 2007 r. w sprawie XIX Ga 194/07, w którym sąd stwierdził: „Trzeba bowiem

6

z całą stanowczością podkreślić, e zło enie wadium – w postaci gwarancji bankowej, wa nej do określonego dnia jest jednocześnie wyrazem woli *per facta concludentia* związania się ofertą do dnia uwidocznionego w gwarancji bankowej. Zaznaczyć przy tym nale y, e Skar ący jest związany ofertą do dnia 31 maja 2007 roku, gdy dnia 22 marca 2007 roku, a więc w trakcie trwania biegu terminu związania ofertą przedło ył Zamawiającemu nowe wadium – gwarancję bankową, wa ną właśnie do tego dnia." Analogiczne stanowisko wyra ane jest w wynikach kontroli Prezesa UZP.
Odwołujący, doręczając zamawiającemu dokument przedłu ający wa ność wadium zło ył konkludentne oświadczenie o przedłu eniu terminu związania ofertą. Wyłącznym celem przedłu ania wadium jest chęć dalszego uczestniczenia w postępowaniu, wadium jest bowiem instytucją immanentnie związaną z ofertą. Mając na uwadze art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 60 Kodeksu cywilnego nie sposób inaczej zinterpretować zachowania się odwołującego w postępowaniu.
Wola przedłu enia terminu związania ofertą jest tym bardziej oczywista, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, e przedłu enie wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wymaga podjęcia ze strony wykonawcy czynności organizacyjnych (zwrócenie się do banku lub ubezpieczyciela o przedłu enie i spełnienie wymagań gwaranta) oraz poniesienia kosztów (zarówno udzielenie jak i przedłu enie gwarancji kosztuje, ka da gwarancja obni a te zdolność kredytową wykonawcy).
W ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego stanowi wyraz nadmiernego formalizmu postępowania, nie znajdującego uzasadnienia w przepisach prawa ani w zasadach logiki. Odwołujący uwa a, e brak jest podstaw do jego wykluczenia i uznania oferty za odrzuconą oraz, e zasługuje na zaproszenie do aukcji elektronicznej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, e Kodeks cywilny stosowany jest tylko wtedy, kiedy dany problem nie jest uregulowany w ustawie Prawo zamówień publicznych. Tymczasem art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, e musi być wyra ona zgoda i jednocześnie wniesione nowe lub przedłu one wadium. W sposób wyraźny wskazuje zatem na dwie czynności, które muszą być dokonane. Inaczej nie wiadomo, na jaki okres oferta jest przedłu ona. Zwraca uwagę, i inną datę podał w piśmie wzywającym do przedłu enia terminu związania ofertą, a inna data podana jest w aneksie do gwarancji wadialnej. Zamawiający nie mo e się zgodzić z opinią o milczącym przedłu eniu terminu związania ofertą, miał bowiem takie przypadki, kiedy wykonawcy stwierdzali, e celowo nie przedłu ali terminu związania ofertą, a jedynie wadium, aby zamawiający nie mógł tego wadium zatrzymać. Orzecznictwo mówi o tym, e nie mo na wykluczyć wykonawcy, gdy zamawiający nie wystąpił o przedłu enie terminu związania ofertą. Zgodnie z Kodeksem cywilnym oferta musi być terminowa, inaczej nie jest ofertą.

7

Zamawiający wskazał, i wykonawcy byli związani ofertami do 14 kwietnia 2014 r. – termin ten został przedłu ony ze względu na wniesienie odwołań KIO 470/14 i KIO 491/14. Pierwotny termin związania ofertą upływał 23 marca 2014 r. Zgodnie z ądaniem przedłu enie terminu związania ofertą miało nastąpić o 60 dni, czyli do 13 czerwca 2014 r., a termin w gwarancji to 27 maja 2014 r.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz zło onych oświadczeń Izba ustaliła i zwa yła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, e nie zachodzi adna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.
Izba ustaliła te , e stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Na wstępie nale y stwierdzić, e ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje formę, w jakiej powinny być składane oświadczenia oraz dokonywane inne czynności (oprócz

faktycznych) – zostało to wprost wskazane w art. 9 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zasada pisemności), zatem nie ma potrzeby, by wymóg ten był przypominany przy ka dej kolejnej czynności.
Jednocześnie art. 27 ustawy Prawo zamówień publicznych reguluje sposób przekazywania oświadczeń, zawiadomień itd., a art. 1 pkt 12 dyrektywy 2004/18/WE definiuje pojęcie pisemności.
Zatem nie ma wątpliwości, e co do zasady oświadczenia powinny być przekazywane zamawiającemu w formie pisemnej.

e praktyka Jednocześnie jednak trzeba stwierdzić dwie okoliczności, tj. po pierwsze, postępowania uczestników obrotu nie zawsze jest zgodna z zamierzonym wzorcem, więc i takie sytuacje nale y w jakiś sposób przyporządkować do istniejących przepisów. A po drugie – oprócz samego zło enia oferty oraz zawarcia umowy – ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje dla braku formy pisemnej rygoru niewa ności, zatem będą tu miały zastosowanie przepisy art. 73, 74 i 76 Kodeksu cywilnego (przy czym nale y zauwa yć, e równie strony, jak te sam zamawiający nie zastrzegł formy pisemnej pod rygorem niewa ności).
Tym samym oczywiste jest, i dla określenia i oceny pewnych skutków działań (często faktycznych) i zaniechań wykonawców orzecznictwo musiało sięgnąć do ogólnych przepisów

Kodeksu cywilnego, w tym art. 60, który definiuje oświadczenie woli jako ka de zachowanie, które ujawnia wolę w sposób dostateczny.
Dłu szy wywód na ten temat jest zbędny, gdy dotychczasowe orzecznictwo – w tym zakresie dość jednolite i obficie przywołane przez odwołującego – tę kwestię ju wyjaśnia.

powszechny pogląd sytuację, W ka dym razie nale y przyznać rację odwołującemu, i w której wykonawca zło ył zamawiającemu przedłu oną gwarancję wadialną, a nie wystosował oświadczenia, w którym deklaruje przedłu enie terminu związania ofertą, kwalifikuje jako dostateczne wyra enie woli przedłu enia terminu związania ofertą.
Izba nie widzi powodu, dla którego obecnie miałaby ten ustalony pogląd negować.
To, i inny wykonawca w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uwa ał, i w taki sposób uniknie ewentualnego zatrzymania wadium, nie oznacza, e sąd, który rozpatrywałby spór o zatrzymanie wadium, uznałby, e nie jest on ofertą związany. Dopiero jeśli miałyby miejsce sytuacje, w których sądy negowałyby zatrzymanie wadium w takich okolicznościach, pogląd ten nale ałoby zmienić.

Art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przesądza, czy przedłu enie terminu związania ofertą oraz przedłu enie wadium ma być jedną czynnością, czy dwiema. Zdaniem Izby w zale ności od okoliczności mo e to być jedna lub dwie czynności, prawne lub faktyczne, i nie ma to zasadniczego znaczenia dla okoliczności sprawy.
Z kolei art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych mówi o braku zgody na przedłu enie okresu związania ofertą, przy czym z jego treści nie wynika, czy określenie „nie zgodził się" ma być brakiem pozytywnej zgody w postaci wyraźnego oświadczenia „zgadzam się", czy te negatywnym, tj. sprzeciwem („nie zgadzam się).
Jak ju jednak stwierdzono powy ej, w braku któregokolwiek z powy szych oświadczeń oraz dokonaniu czynności faktycznej w postaci doręczenia gwarancji wadialnej, uznaje się, e taka zgoda została wyra ona.

Zatem Izba uznała, e odwołujący – pomimo braku zło enia stosownego oświadczenia na piśmie – przedłu ył termin związania ofertą.

Co do samego okresu, o jaki termin związania ofertą został przedłu ony – na tej samej zasadzie Izba stwierdziła, e niewątpliwym zamiarem odwołującego było przedłu enie oferty o okres wskazany przez zamawiającego w wezwaniu, tj. o 60 dni. Jako e pierwotny termin związania ofertą upływał 23 marca, oznaczałoby to, e termin przedłu ony o 60 dni upływałby 22 maja 2014 r. Takie te zało enie poczynił odwołujący, przedłu ył więc gwarancję wadialną do 27 maja 2014 r. (przedłu anie gwarancji o okres dłu szy ni wynika ze związania ofertą jest powszechną praktyką wykonawców).

Jednak w związku z wniesieniem dwóch odwołań termin związania ofertą uległ zawieszeniu od 10 marca do 1 kwietnia 2014 r., zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem niejako automatycznie – bez zgody, a nawet i wiedzy wykonawców – termin ten uległ przedłu eniu o 22 dni.
Jednak ani odwołujący, ani pozostali wykonawcy, składając swoje oświadczenia w marcu 2014 r. nie wiedzieli, o jaki okres termin związania ofertą przedłu y się z mocy prawa, w związku z regulacją art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zatem podobnie jak odwołujący, zrobili te inni wykonawcy, którzy, pomimo zło enia oświadczeń o przedłu eniu terminu związania ofertą o 60 dni, przedłu yli gwarancje wadialne do 23 i 25 maja. (Jeden z wykonawców przedłu ył gwarancję do 30 czerwca, jednak jest to działanie typowo zachowawcze, które równie nie odnosi się do realnego terminu związania ofertą).

Tym samym, zdaniem Izby, z zachowania odwołującego i innych wykonawców mo na wywodzić, e zamiarem tych wykonawców wyra onym w chwili składania oświadczeń i gwarancji było zarówno przedłu enie terminu związania ofertą o 60 dni, jak i przedłu enie gwarancji wadialnych na ten okres 60 dni, nawet jeśli stan faktyczny, który zaistniał w postępowaniu, zmienił sposób, w jaki ten termin nale y liczyć.
Wykonawcy są zatem związani ofertami do 13 czerwca 2014 r. („przedłu enie” terminu wynikające z art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych następuje z mocy prawa i nie jest zale ne od woli, a zatem i oświadczeń składanych przez wykonawców), muszą jedynie uzupełnić gwarancje wadialne.

Na marginesie Izba zauwa a, e w obecnym stanie prawnym termin związania ofertą nie jest ju częścią definicji oferty zawartej w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego.

W związku z powy szym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……