

WYROK
z dnia 4 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 czerwca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2013 r. przez **wykonawcę C..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa ITOS S..... C..... Wyburzanie Obiektów Przemysłowych z siedzibą w Psarach, ul. Parkowa 36**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Śląski Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Katowicach, ul. Poniatowskiego 15**

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego MIAZGA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dzierżonowie, ul. Osiedle Tęczowe 21a** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1197/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę C..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa ITOS S..... C..... Wyburzanie Obiektów Przemysłowych z siedzibą w Psarach, ul. Parkowa 36 i:**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000zł. 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę C..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa ITOAS..... C..... Wyburzanie Obiektów Przemysłowych z siedzibą w Psarach, ul. Parkowa 36** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawcy C..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa ITOS S..... C..... Wyburzanie Obiektów Przemysłowych**

1

z siedzibą w Psarach, ul. Parkowa 36 na rzecz **Śląski Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Katowicach, ul. Poniatowskiego 15** kwotę **3 600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Katowicach**.

Przewodniczący

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wyburzenie niezrealizowanych obiektów Akademickiego Centrum Medycznego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach zlokalizowanych w Zabrze przy ul. Mielżyńskiego 7 zostało wszczęte przez zamawiającego Śląski Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Katowicach przy ul. Poniatowskiego 15 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 lutego 2013r. za numerem 57274 – 2013.

W dniu 16 maja 2013r. drogą elektroniczną zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania oraz o odrzuconych ofertach.

W dniu 21 maja 2013r. pisemnie na czynność wykluczenia siebie z postępowania odwołanie wniósł C..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa ITOS S..... C..... Wyburzanie Obiektów Przemysłowych z siedzibą w Psarach, ul. Parkowa 36. Odwołanie to zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 maja 2013r. udzielonego przez właściciela firmy, zgodnie z odpisem z Centralnej Ewidencji i Informacji o Prowadzonej Działalności Gospodarczej, załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu bezpośrednio w dniu 20 maja 2013r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przez in fine w związku z art. 85 ust 2 ustawy, polegające na wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na fakt, iż nie przedłużył on terminu związania ofertą podczas gdy wobec niezwrócenia się przez zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie było konieczności złożenia oświadczenia woli o tej treści. W konsekwencji podana przez zamawiającego podstawa prawna nie może stanowić o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Wniósł o :

1. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego, na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy;
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane „Miazga” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dzierżoniowie, na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy;
3. powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie

3

zamówienia i wyboru oferty najkorzystniejszej, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy;

4. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego, na podstawie 192 ust. 3 pkt. 1 ustawy
5. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane „Miazga” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dzierżoniowie, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy;
6. nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia i wyboru oferty najkorzystniejszej, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt ustawy;
7. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Wskazał, że ma interes prawny do wniesienia niniejszego odwołania, gdyż w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę spełniającą wszystkie wymagania określone w siwz. W ocenie odwołującego jego oferta była najkorzystniejsza i wobec niezwrócenia się przez zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania złożonej przez niego oferty, jako nie podlegająca wykluczeniu winna ona być wzięta pod uwagę przy czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia i wyboru oferty najkorzystniejszej. Finalnie, z uwagi na niższą cenę od oferty wybranej, przy zaznaczeniu że kryterium oceny ofert stanowiła wyłącznie cena, winna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W tym stanie rzeczy odwołujący uważa, że poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że pismem znak: RZP/0723/93/59/13, datowanym na dzień 2 kwietnia 2013 r., zamawiający- działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy wystąpił do odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania złożoną przezeń ofertą o 30 dni w stosunku do terminu zakreślonego w siwz wraz z

jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie oznaczonym datą 4 kwietnia 2013 r., odwołujący oświadczył, iż wyraża zgodę na przedłużenie tegoż terminu o wnioskowany przez zamawiającego okres oraz poinformował go, iż gwarancja bankowa, w formie której wniesione zostało wadium, udzielona została na czas od dnia 11 marca 2013 r. do dnia 19 maja 2013 r., a tym samym obejmuje również i okres przedłużonego związania ofertą. W kolejnym piśmie zamawiającego, noszącym datę 15 maja 2013 r., a wysłanym przez

4

niego pocztą elektroniczną w dniu 16 maja 2013 r. zawiadomił on odwołującego, iż wykluczył go z opisanego na wstępie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta- jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu- została odrzucona. Jako dowód odwołujący powołał potwierdzenie odbioru korespondencji e-mail z dnia 16 maja 2013r.

W treści tegoż pisma zamawiający wskazał, iż wykluczenie odwołującego nastąpiło w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, to jest ze względu na nieprzedłużenie przez niego terminu związania ofertą oraz ważności wadium.

W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający podał, iż wprawdzie w piśmie z dnia 13 maja 2013 r. odwołujący oświadczył, iż uznaje się za związanego ofertą od dnia 11 maja 2013 r. do dnia 19 maja 2013 r., jednakże uprzedni termin związania minął właśnie w dniu 11 maja 2013 r. W konsekwencji tego- zdaniem zamawiającego- oferta ta „w dniu 12 maja 2013 r. utraciła swoją ważność”.

Takiego rozstrzygnięcia zamawiającego oraz będącego jego skutkiem wykluczenia odwołującego nie akceptuje. W jego ocenie zostało ono dokonane ewidentnie treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz pozostającego z nim w związku przepisu art. 85 ust.2 ustawy. Odwołujący podniósł, że celem, dla którego prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a którym od momentu wprowadzenia tej regulacji do polskiego porządku prawnego pozostaje zagwarantowanie, aby środki publiczne wydawane były z poszanowaniem zasady racjonalności i celowości- w przedmiotowym przypadku natomiast, aby spośród złożonych ofert wybierana była zawsze ta, która okaże się najkorzystniejsza w świetle oceny dokonanej zgodnie z kryteriami opisanymi w siwz. Za osiągnięcie tego celu odpowiada zamawiający. Ten cel regulacji stanowi niewątpliwie pryzmat, poprzez który winna być dokonywana interpretacja pomieszczonych w niej przepisów. Odwołujący dokonał wykładni językowej, celowościowej i systemowej przepisów ustawy i wskazał, że w art. 85 ust. 2 ustawy, primo: przewidziano, iż wykonawca może- bądź to samodzielnie bądź na wniosek zamawiającego- przedłużyć termin związania ofertą secundo: zastrzeżono, iż skorzystać z takiego uprawnienia, to jest zwrócić się do wykonawców o wyrażenie przez nich zgody na powyższe, może on tylko raz. W ocenie odwołującego z takiej konstrukcji tego przepisu wynika bezsprzecznie, iż stanowi on o dwóch odrębnych możliwościach postąpienia w obliczu upływającego terminu związania ofertą: jego przedłużeniu z własnej inicjatywy wykonawcy oraz wyrażenia zgody na takie przedłużenie po zwróceniu się o to zamawiającego. Na taki- pozostający jedynie uprawnionym- sposób jego odczytywania zwrócił już uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w swoim postanowieniu z dnia 16 lutego 2011 r., w sprawie o sygn. akt: VI Ga 192/10, a jego stanowisko w całości w tym względzie podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO

5

124/13.

Dopiero ustalenie jego treści zgodnie z powyższym, zdaniem odwołującego, pozwala prawidłowo określić relacje pomiędzy nim, a treścią art. 24 ust. 2 pkt 2 in fine ustawy, statującego przesłanki, zaistnienie których jest równoznaczne z obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania. Powołany przepis w swojej końcowej części koresponduje tylko i wyłącznie z drugą z opisanych w art. 85 ust. 2 możliwości, posługując się nawet, dla uniknięcia wszelkich wątpliwości, dokładnie tym samym sformułowaniem: wyrażeniem zgody i wskazując jednoznacznie, iż wykluczeniu podlega jedynie taki wykonawca, który owej zgody nie wyraził. Wskazał, że art. 24 stanowi katalog zamknięty i wymaga ścisłej interpretacji. Na marginesie odwołujący wskazał, iż aksjomat racjonalności prawodawcy

nakazuje przyjęć, iż gdyby jego zamiarem było skorelowanie podstawy wykluczenia z postępowania z pełną treścią art. 85 ust. 2 ustawy, a więc objęcie nią nie tylko odmowy przedłużenia okresu związania ofertą ale również braku samodzielnego dokonania takiej czynności przez wykonawcę, to w art. 24 ust. 2 pkt 2 nie posłużyłby się on przeciw sformułowaniem „wyrażenie zgody”, a zastąpiłby je zdecydowanie bardziej odpowiadającym jego zamysłowi stwierdzeniem, na przykład: „nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą”. Odwołujący uważa, że aby wykonawca takiej zgody mógł odmówić, w pierw niewątpliwie winien być on o nią zapytany. W rozpatrywanym przypadku najistotniejsza jest okoliczność, iż do powyższego w ogóle nie doszło- o zgodę odwołującego nikt nie pytał. W świetle wniosków z przeprowadzonej wyżej wykładni celowościowej, systemowej i literalnej art. 85 ust. 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, zupełnie irrelewantnym pozostaje przyczyna, dla której tak się stało: czy to niewystąpienie o tą zgodę przez zamawiającego czy też statuowana przez ustawę niemożność skorzystania przez niego z tej możliwości po raz drugi. Uznanie bowiem za słuszne stwierdzenia przeciwnego, zdaniem odwołującego, nie tylko prowadziłoby do niemożliwych do zaakceptowania, ponieważ zupełnie nieracjonalnych wniosków, ale kompletnie wypaczałoby sens regulacji, w oparciu o którą toczy się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał także na to, że to od zamawiającego zależy kiedy dokona wyboru oferty najkorzystniejszej tj. w dacie pierwotnego czy przedłużanych terminów związania ofertą i to on odpowiada za prawidłowe zaplanowanie postępowania. Brak takiego prawidłowego zaplanowania nie może wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Nie można bowiem, w ocenie odwołującego, wymagać od wykonawcy, aby pozostawał on związany ofertą ad infinitum, mimo zmieniających się warunków rynkowych, gospodarczych i finansowych. Odwołujący uważa, że na każdym etapie postępowania podkreślał, iż ofertą którą złożył w toku przedmiotowego postępowania czuje się nieprzerwanie i niezmiennie związany. Podniósł, że stan związania złożoną ofertą nie jest kwestią faktów, a oświadczenia woli. Ta ostatnia

6

natomiast, zgodnie z założeniami, na których opiera się Kodeks cywilny- stosowany z mocy art. 14 ustawy w braku odmiennej regulacji na jej gruncie- uzewnętrzniona być może w sposób całkowicie dowolny. Odwołujący ponownie odwołał się do własnych pism kierowanych do zamawiającego 2 kwietnia i 13 maja 2013r. i podniósł, że zawierały one w swej treści stosowne oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą. Podkreślił także, iż nie tylko przez cały ten czas, ale i również przez okres czasu następujący po dacie rozstrzygnięcia przetargu, bez przerwy podtrzymywał złożone przezeń zabezpieczenie w drodze wadium. Godząc się na utrzymywanie owego zabezpieczenia i ponoszenie związanych z nim kosztów, ze świadomością iż „może ono zostać zatrzymane w przypadku uchylania się przez niego od zawarcia umowy, dał najbardziej dobitny z możliwych wyraz swojego związania mającą do niej zostać transponowaną ofertą. Tenże stan gotowości do ewentualnego sfinalizowania umowy odwołującego jego zdaniem trwa i obecnie, czego najlepszym dowodem jest wniesienie niniejszego środka ochrony prawnej. Niewątpliwie, w tak rysującym się stanie prawnym i faktycznym za niemożliwe uznać należy wykluczenie wykonawcy z postępowania. Na poparcie swojej argumentacji powołał postanowienie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt: VI Ga 192/10, wyroki KIO :wyrok z dnia 5 września 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 401/08 i z dnia 2 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO/1469/10, wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 124/13, a także treść uchwały z dnia 24 maja 2011 r., sygn. akt: KIO/KD 44/11. Odwołujący podniósł, że skutkiem upływu terminu związania ofertą w żadnym wypadku nie jest- jak stwierdził to zamawiający w swoim datowanym na dzień 15 maja 2013 r. piśmie- nieważność oferty. Oferta ta bowiem, co zostało już podkreślone wyraźnie we wcześniejszej części niniejszego uzasadnienia- jest oświadczeniem woli. A to nieważne jest tylko z powodów, które precyzyjnie opisuje Kodeks cywilny. Nie należy do nich w żadnym wypadku upływ okresu czasu, w którym oferent uznawał się za związanego jej treścią. Brak jest także jakichkolwiek podstaw do uznania, iż zajście powyższej okoliczności niesłoby ze sobą ten skutek, że oferta przestawałaby istnieć. Istota stanu związania nią wyraża się bowiem jedynie w tym, iż po jej złożeniu oferent nie ma w zasadzie wpływu na dojście umowy do skutku. Jej zawarcie pozostawione jest wyłącznie do decyzji oblata, który składa- bądź też nie składa- jednostronne oświadczenie woli o jej przyjęciu (vide: A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna. Tom I, Warszawa 2009).

Po upływie terminu związania jej treścią nie traci ona bynajmniej cech oferty, a jedyna różnica w stosunku do stanu poprzedniego polega na tym, że zawarcie umowy na warunkach w niej opisanych jest już wyłącznie zależne od decyzji wykonawcy (vide również: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO/UZP 2856/12). Decyzji jednak podejmowanej w warunkach wciąż istniejącego i postanowionego do

7

dyspozycji zamawiającego wadium. Wskazał, że stanowisko o ofercie wciąż istniejącej, mimo upływu okresu związania jej treścią znajduje również oparcie w ustawie- Prawo zamówień publicznych, w której próżno szukać przepisu przewidującego, aby wybór takowej miał być nieważny, bądź też nieważna lub podlegająca unieważnieniu miałaby być umowa zawarta ze składającym ją wykonawcą.

W ustawie tej brak również przepisu, który stanowiłby o tym, że umowa musi zostać zawarta z wykonawcą przed upływem okresu jego związania ofertą. W szczególności nie sposób dopatrzeć się stosownego nakazu w jej art. 94, regulującym termin do zawarcia umowy.

W dniu 21 maja 2013r. drogą elektroniczną zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24 maja 2013r. drogą elektroniczną zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego pochodzące od Przedsiębiorstwa Budowlanego MIAZGA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dzierżoniowie, ul. Osiedle Tęczowe 21a. Opatrzona bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym za pomocą ważnego w dacie wniesienia certyfikatu pochodzącym od pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 maja 2013r. udzielonego przez członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Z dołączonego odpisu KRS wynika, że Michał Miazga jest członkiem zarządu upoważnionym do jednoosobowej reprezentacji zamawiającego. Zgłaszający wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż zamawiający dokonał wyboru jego oferty w sposób zgodny z siwz i dokumentacją postępowania. Dołączono stanowisko zgłaszającego z wnioskiem o oddalenie odwołania i zasądzenia kosztów postępowania, zgodnie ze spisem kosztów, który zgłaszający ma zamiar złożyć na rozprawie. W treści stanowiska zawarto oświadczenie o przekazaniu do wiadomości kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

W uzasadnieniu przystępujący podniósł, że termin składania ofert, po zmianie, został wyznaczony przez zamawiającego na dzień 11 marca 2013r. Zgodnie z siwz okres związania ofertą został wyznaczony na 30 dni licząc od dnia otwarcia ofert. Tego dnia odbyło się też otwarcie. Okres związania odwołującego ofertą upływał zatem w dniu 9 kwietnia 2013r., bowiem dzień otwarcia ofert wlicza się do terminu 30 dni (tak np. wyrok KIO 1317/11, art. 85 ust. 5 PZP). Pismem z dnia 2 kwietnia 2013r. zamawiający działając na podstawie art. 85 ust. 2 wystąpił do odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania o ustawowy okres, tj. 30 dni liczonych od uprzednio wyznaczonego terminu. Wobec wyrażenia przez odwołującego pismem z dnia 4 kwietnia zgody na wystąpienie zamawiającego, nowy termin związania ofertą upływał zatem 9 maja 2013r. W dniu 13 maja 2013r. wpłynęło do

8

zamawiającego pismo, że odwołujący uznaje się za związanego ofertą w okresie od 11 maja do 19 maja 2013r.

W ocenie przystępującego, zamawiający zasadnie zatem wykluczył Odwołującego albowiem już od dnia 10 maja 2013r. upłynął termin związania oferta (z tym dniem oferta wygasła), a pismo przedłużające wpłynęło 4 dnia okresu, w którym oferta przestała wiązać. Swoim działaniem zamawiający nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów PZP. Termin związania ofertą upłynął 9 maja 2013r. Zamawiający, wobec treści art. 85 ust. 2 PZP nie miał możliwości ponownego wystąpienia o wydłużenie terminu związania ofertą. Zatem taka inicjatywa powinna była wyjść od samego odwołującego, z tym, że winna być uzewnętrzniona w okresie, kiedy oferta jeszcze wiązała i obejmowała pełen okres, tj. od dnia 10 maja 2013r. Zgoda na przedłużenie związania ofertą została natomiast przez odwołującego wyrażona dopiero 4 dnia po ww okresie i obejmowała okres od 11 maja 2013r.

Nie było zatem możliwe wydłużenie ważności oferty, która już przestała obowiązywać i wygasła. Odwołujący powołuje się na art. 14 PZP w zw. z art. 60 k.c., że określenie terminu ważności gwarancji bankowej (11 marca - 19 maja 2013r.) przedłożonej do oferty stanowiło już dostatecznie uzewnętrznione oświadczenie woli o przedłużeniu przez niego okresu związania ofertą. Przystępujący nie zgodził się z tym. Podniósł, że gdyby w ten sposób interpretować powyższe okoliczności, to w stosunku do odwołującego zbędne byłoby zatem wnioskowanie zamawiającego o wyrażenie zgody na wydłużenie związania ofertą. Jak bowiem wskazał odwołujący - już od początku cały okres był objęty gwarancją. Odwołujący jednak w odpowiedzi na pismo z dnia 2 kwietnia sam nie powołał się na już wyrażone przez siebie zachowanie, tj. złożenie oświadczenia woli w sposób określony w art. 60 k.c. Odwołujący pismem z dnia 4 kwietnia 2013r. wyraził zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą, a tym samym potwierdził, że oferta złożona 11 marca 2013r. przestała być wiążąca z dniem 9 kwietnia 2013r. Po drugie, w punkcie 8 złożonej oferty złożył oświadczenie o treści „oświadczamy, że uważamy się za związanych niniejszą ofertą przez okres 30 dni od terminu składania ofert.” To oświadczenie woli ewidentnie wskazuje jaki był faktyczny okres związania ofertą. Załączenie gwarancji bankowej na okres dłuższy, ponad 9 kwietnia 2013r. nie mógł być ani wówczas ani nigdy później uznany za wyrażenie woli w rozumieniu art. 60 k.c., że oferta ma wiązać do 19 maja 2013r. Wola odwołującego, zdaniem przystępującego, co do terminu związania ofertą została w dostateczny, wyczerpujący i nie budzący wątpliwości sposób wyrażona w pkt. 8 oferty, następnie w piśmie z dnia 4 kwietnia 2013r. Nie jest zatem dopuszczalne wyprowadzanie z treści gwarancji bankowej, która stanowi oświadczenie woli osoby trzeciej, oświadczenia woli odwołującego w innym brzmieniu aniżeli wyrażone w pkt. 8 oferty. Odwołujący załączył gwarancję z terminem ważności do 19 maja 2013r. już przy składanej ofercie i wówczas nie można było wyprowadzać z tego wniosku, że oferta, wbrew jej pkt. 8, i tak wiąże do 19 maja. Tym bardziej nie można było tego zrobić w

9

terminie późniejszym. Wymagane bowiem było bezspornie złożenie oświadczenia woli. Ponadto wątpliwości może budzić, czy w ogóle można rozpatrywać ważność gwarancji bankowej w oderwaniu od treści złożonej oferty. Oferta zawiera termin obowiązywania 30 dni od dnia otwarcia ofert, czyli do 9 kwietnia 2013r. Gwarancja natomiast zabezpiecza zapłatę wadium przez Odwołującego „składającego ofertę”. Jeśli zatem w dniu 10 kwietnia 2013r. oferta już nie wiązała, czy nadal można mówić o zabezpieczeniu gwarancją zapłaty wadium. Taki skutek z pewnością nastąpił, gdy termin związania ofertą został przedłużony, tj. do dnia 9 maja 2013r. Może być jednak poddane w wątpliwość, czy gwarancja była skuteczna także w dniach 10-12 maja, jak i po tym okresie z uwagi na brak uprzedniego przedłużenia związania ofertą. Przystępujący nie zgodził się z twierdzeniami odwołującego, że przedłużenie związania ofertą może być uzewnętrznione w sposób całkowicie dowolny i odwołał się do stanowiska doktryny, iż „Przepisy prawa zamówień publicznych stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego. W zakresie odrębnie nieuregulowanym w przepisach prawa zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców należy stosować wprost (a nie jedynie odpowiednio) przepisy kodeksu cywilnego. [...] Przepisy prawa zamówień publicznych modyfikują przede wszystkim przepisy księgi części ogólnej k.c., gdyż regulują one sposób zawarcia umowy.” {Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, WKP 2012). Podobnie {M. Partyka, Pojęcie oferty w systemie zamówień publicznych, Zam. Pub.Dor. 2005/9/13-15}. Przystępujący podniósł, że zgodnie z art. 9 ust. 1 PZP postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Zgodnie zatem z zasadą pisemności podstawową formą złożenia oferty jest forma pisemna. Zgodnie z art. 82 ust. 2 PZP ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Przepis art. 82 ust. 2 w kontekście art. 73 § 1 k.c. (jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności) powoduje, iż złożenie oferty w innej formie niż dopuszczona w art. 82 ust. 2 skutkuje jej nieważnością, a oferta nie wywołuje skutków prawnych. W ocenie przystępującego, mając na względzie powyższe regulacje w k.c. i PZP, oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą, faktycznie modyfikujące treść oferty w pkt. 8, powinno być złożone w tej samej formie, jak oferta, zatem w formie pisemnej. Taka wykładnia jest

także skutkiem obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej zasady pisemności. Dla poparcia swojego stanowiska powołał wyrok KIO z dnia 16 września 2011r., sygn. akt. 1900/11, wyrok KIO z dnia 5 września 2011r., KIO 1815/11 oraz stanowisko doktryny Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo Zamówień Publicznych.

10

Komentarz, WKP 2012). Przystępujący podsumowując stwierdził, że wbrew stanowisku odwołującego, w stanie faktycznym w przedmiotowej sprawie, fakt przedłożenia w ofercie gwarancji bankowej uwzględniającej okres do 19 maja 2013r. nie może zastępować oświadczenia woli odwołującego w formie pisemnej o przedłużeniu terminu związania ofertą. Powyższe rozważania i konkluzja, w ocenie przystępującego, oznaczają też, że nie można mówić o ciągłości złożonej oferty. Oświadczenie o przedłużeniu powinno być bowiem złożone przed upływem terminu związania ofertą. Jak stanowi art. 85 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji. Powyższe oznacza, że chcąc przedłużyć związanie ofertą wykonawca musi skutecznie złożyć oświadczenie woli, w taki sposób, aby dotarło ono do zamawiającego przed upływem tego - pierwotnego terminu (por. wyrok KIO 1317/11, oraz wyrok KIO 1900/11 i Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, WKP 2012). Przystępujący podniósł nadto, że odwołanie winno ulec oddaleniu, albowiem po stronie odwołującego brak jest interesu prawnego. Gdyby nawet uznać, że oferta wiązała odwołującego do 19 maja 2013r., (czemu przystępujący zaprzecza) to odwołanie zostało wniesione po tej dacie (przystępujący nie ma dokładnej wiedzy czy nastąpiło to 20 maja czy 21 maja), a odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą na okres po 19 maja 2013 r., zatem nie legitymuje się istnieniem interesu w uzyskaniu zamówienia i brak jest po jego stronie legitymacji czynnej. Przesłanka legitymacji czynnej, musi zostać spełniona kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Niezbędne jest zatem wykazanie przez odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Skoro odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą na okres po 19 maja 2013 r. to zdaniem przystępującego nie legitymuje się istnieniem interesu w uzyskaniu zamówienia, a w konsekwencji nie wykazał zaistnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na poparcie swego stanowiska wskazał wyrok KIO z dnia 16 września 2011r. KIO, sygn. akt. 1900/11, wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11. Przystępujący uważa, że nakazanie zatem, nawet przy ewentualnym uznaniu racji odwołującego, w niniejszej sprawie zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego nie doprowadziłoby do wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, czyli nie zmieniłoby wyniku postępowania. Przy uwzględnieniu nawet toku rozumowania odwołującego, ważność oferty odwołującego upłynęła w dniu 19 maja 2013 r., tj. przed złożeniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołał się do wyroku KIO z dnia 9 maja 2011, KIO 863/11. Przystępujący podniósł nadto, że zarzut został wadliwe skonstruowany, bowiem, nie można zarzucać zamawiającemu zaniechania działania, do którego nie był umocowany. Odwołujący podał w zarzucie, że w jego ocenie, wobec

11

niezwroćenia się przez zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie było konieczności złożenia oświadczenia woli o tej treści, a zatem nie można było wykluczyć odwołującego. Zamawiający już raz zwrócił się do wykonawcy w trybie art. 85 ust.2 PZP i zgodnie z ustawą więcej razy nie może tego robić.

Przystępujący nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, że art. 24 ust. 2 pkt. 2 dotyczy jedynie przypadku, gdy zamawiający wystąpił o zgodę. Według KIO (wyrok KIO z dnia 5 września 2011, KIO 1815/11) „przesłanką możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy nie jest uprzednie wezwanie wykonawcy przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Z treści artykułu 24 nie wynika aby brak zgody wykonawcy, o którym mowa w tym przepisie, musiał być poprzedzony wezwaniem zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Fakt, iż ustawodawca nie zawarł sformułowania w art. 24 ust. 2 pkt. 2 „na wezwanie zamawiającego”, a jedynie „nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą” potwierdza, że w tym artykule jest także przesłanka do wykluczenia wykonawcy, który samodzielnie nie przedłużył terminu związania

ofertą (czyli nie wyraził zgody na przedłużenie związania ofertą), a nie tylko tego, który po wezwaniu zamawiającego nie przedłużył terminu związania ofertą (na wezwanie)."
Finalnie przystępujący wskazał, że oferta odwołującego, wskutek upływu terminu związania po prostu wygasła - jeśli wykonawca wskazuje konkretną datę, do której uznaje się za związanego ofertą, to z upływem tej daty oferta wygasa (wyrok KIO 72/11). Podobny skutek następuje z upływem terminu wyznaczonego przez zamawiającego, który można wyliczyć i wskazać konkretną datę. Wbrew twierdzeniom odwołującego, oferta jako oświadczenie woli ma określony okres ważności i jest on liczony zgodnie z art. 85 ust. 1 i 2 PZP. „Okres związania mija wraz z upływem oznaczonego terminu. Prawo zamówień publicznych modyfikuje tę cywilistyczną konstrukcję, wprowadzając rozwiązanie, zgodnie z którym co do zasady to nie oferent (według prawa zamówień publicznych wykonawca) - składając ofertę, wskazuje termin, w którym oczekuje odpowiedzi - ale zamawiający w SIWZ określa, jak długo będzie trwał okres związania ofertą wykonawców, którzy złożą oferty w postępowaniu. Przy oznaczaniu terminu związania ofertą jest zobowiązany przestrzegać nieprzekraczalnych terminów związania określonych w prawie zamówień publicznych.”
{Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, WKP 2012}.

Izba ustaliła, co następuje :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, zmiany treści ogłoszenia o

12

zamówieniu oraz modyfikacji treści siwz, oferty odwołującego, pism zamawiającego kierowanych do odwołującego oraz odpowiedzi odwołującego, a także pism kierowanych samodzielnie przez odwołującego do zamawiającego.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że pierwotnie w treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji IV.4.4 zamawiający podał termin składania ofert jako 28 lutego 2013r. godz. 13:30, zaś termin związana ofertą określił w sekcji IV.4.5 jako okres w dniach:30 (od ostatecznego terminu składania ofert), analogiczne postanowienia znalazły się w siwz w rozdziale IV pkt 1.3 i w rozdziale IX pkt 1, a także w formularzu ofertowym w pkt. 8. W dniu 25 lutego 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o zmianie terminu składania ofert na dzień 6 marca 2013r. godz. 13:30 i w dniu 4 marca 2013r. po raz kolejny zmienił termin składania ofert na dzień 11 marca 2013r. godz. 13:30.

W ofercie odwołującego na str. 2 znajduje się oświadczenie o związaniu ofertą przez okres 30 dni, zaś na str. 25 – 26 załączono gwarancję bankową nr 396/2013, ważną od dnia 11 marca 2013r. do 19 maja 2013r.

Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę brutto -2 952 000,00zł. zaś przystępujący za cenę 3 628 500,00zł.

W dniu 2 kwietnia 2013r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z wnioskiem wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni z jednoczesny, przedłużeniem okresu ważności wadium.

W dniu 5 kwietnia 2013r. odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 30 dni. Jednocześnie poinformował, że bankowa gwarancja wadialna odnośnie przedmiotowego przetargu obejmuje okres od dnia 11 marca 2013r. do 19 maja 2013r. w związku z czym ważność bankowej gwarancji wadialnej obejmuje również okres kolejnych 30 dni.

W dniu 13 maja 2013r. do zamawiającego wpłynęło pismo datowane przez odwołującego na dzień 11 maja 2013r., w którym oświadczył on, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 11 maja 2013r. – 19 maja 2013r. Jednocześnie poinformował, że bankowa gwarancja wadialna odnośnie przedmiotowego przetargu obejmuje okres od dnia 11 marca 2013r. do 19 maja 2013r. w związku z czym ważność bankowej gwarancji wadialnej obejmuje również przedmiotowy okres.

Izba ustaliła, że pierwotny termin związania ofertą upłynął w dniu 9 kwietnia 2013r., termin przedłużony na żądanie zamawiającego upłynął w dniu 9 maja 2013r.

W dniu 17 maja 2013r. odwołujący przedłożył zamawiającemu bankową gwarancję wadialną nr 932/2013r. ważną w okresie od dnia 20 maja 2013r. do 20 czerwca 2013r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi ustawowe określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Odwołujący nie wykazał istnienia przesłanek materialnoprawnych z art. 179 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem ustawy wykonawcy przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, jedynie w takiej sytuacji, gdy łącznie zajdą następujące przesłanki :

1. wykonawca posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz
2. poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba uznała, że odwołujący wykazał jedynie przesłankę opisaną w pkt. 1 tj. wykazał, że posiadał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i oferta ta była korzystniejsza pod względem ceny od oferty wybranej, tym samym, gdyby zamawiający nie wykluczył, go z postępowania, a jego oferty nie odrzucił, odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby jednak odwołujący nie wykazał zaistnienia drugiej z ustawowych przesłanek dopuszczalności odwołania, tj. nie wykazał, że poniósł lub że może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający słusznie zauważył, że odwołujący nie zapewnił ciągłości terminu związania ofertą gwarancją dla zamawiającego zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Zamawiający zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy w dniu 2 kwietnia 2014r. wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 30 dni tj. do dnia 9 maja 2013r. Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy zamawiający takiej czynności mógł dokonać wyłącznie jeden raz w toku postępowania, natomiast wykonawcom ustawodawca przyznał prawo do samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą, bez ograniczenia ilości takich przedłużeń. Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w siwz w tym przypadku 30 dniowego liczonego z chwilą upływu terminu składania ofert. Zatem pierwotny termin związania ofertą upływał 9 kwietnia 2013r. Po jego przedłużeniu przez zamawiającego o kolejne 30 dni, termin ten upływał w dniu 9 maja 2013r. Zatem z upływem dnia 9 maja 2013r. termin związania ofertą wygasł, chyba że

wykonawca samodzielnie go wydłużył. Odwołujący w dniu 9 maja 2013r. nie dokonał czynności wydłużenia terminu związania, takiej czynności dokonał dopiero w dniu 13 maja 2013r. Tym samym u odwołującego wystąpił brak związania ofertą od początku dnia 10 maja 2013r., co oznacza, że jego oferta wygasła i zamawiający nie miał już możliwości dokonania wyboru jego oferty. O ile bowiem Izba podziela stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w orzeczeniu z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08), iż zawarcie umowy nie wymaga ważności terminu związania ofertą (dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jeśli chęć jej podpisania wyraża wykonawca, którego oferta została uznana w postępowaniu za najkorzystniejszą), o tyle Izba wyraża pogląd, że niedopuszczalne jest dokonywanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, wśród których znajdują się oferty pozostające w terminie związania ofertą i takich, wobec których termin związania ofertą upłynął. W ocenie Izby powodowałoby to bowiem naruszenie normy art. 7 ust. 1 ustawy i naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Ta nierówność przejawiałaby się bowiem w tym, że wobec wykonawcy wybranego w dacie związania ofertą, a odmawiającego podpisania

umowy zamawiający mógłby zastosować sankcję zatrzymania wadium, w oparciu o przesłankę z art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy, natomiast wobec wykonawcy, który nie pozostawałby w dacie wyboru związany ofertą, takiej sankcji zamawiający zastosować by nie mógł, również nie mógłby się oprzeć o przepis art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy, gdyż zawarcie umowy nie stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, gdyż na wykonawcy ciąży jedynie uprawnienie, a nie obowiązek samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Zatem w sytuacji wyboru wykonawcy z ofertą, której termin związania wygasł, zamawiający nie mógłby skutecznie gwarantować sobie podpisania umowy, a zatrzymanie wadium mogłoby być skutecznie podważane przez wykonawcę. Tym samym inna jest sytuacja prawna wykonawcy wybranego w dacie związania ofertą i wykonawcy, wybranego po upływie terminu związania ofertą, który bez negatywnych dla siebie konsekwencji finansowych może uchylać się od zawarcia umowy i to także w sytuacji, gdy jego oferta nadal pozostaje zabezpieczona wadium. Prowadzi to do sytuacji, w której wyboru dokonuje się spośród ofert wykonawców, którzy muszą zawrzeć umowę lub tracą wadium i takich, którzy mogą ale nie muszą zawrzeć umowy, bez negatywnych konsekwencji. Izba uważa, że taka sytuacja nie znajduje oparcia w przepisach ustawy i narusza art. 7 ust. 1 ustawy. Za koniecznością pozostawania w związaniu ofertą na datę wyboru oferty najkorzystniejszej opowiedział się także Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku sygn. akt XIII Ga 379/12. W przedmiotowym postępowaniu Izba stoi na stanowisku, że przedłużony termin składania ofert upłynął w dniu 9 maja 2013r. Izba to przekonanie wywodzi z art. 85 ust. 5 ustawy zgodnie z którym bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Skoro rozpoczyna się wraz z upływem terminu wyznaczonego

15

konkretną godzinową i dzienną datą, to upływ ostatniej minuty wyznaczonej godziny danego dnia oznacza rozpoczęcie biegu terminu związania ofertą. W przedmiotowej sprawie zatem bieg pierwotnego terminu związania ofertą oznaczonego przez zamawiającego na 30 dni rozpoczął się w dniu 11 marca 2013r. wraz z upływem godz. 13:30 i kończył wobec zakreszenia terminu w dniach w dniu 9 kwietnia 2013r. Dopiero od tego momentu można było uznać dopuszczalność stosowania art. 111 par. 2 kc i rozpocząć liczenie przedłużonego terminu związania ofertą od dnia 10 kwietnia 2013r., wówczas ten termin upłynął w dniu 9 maja 2013r. Odwołujący swoje oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą złożył w dniu 13 maja 2013r. oświadczając jednocześnie, że czuje się związany ofertą od dnia 11 maja 2013r. do 19 maja 2013r. Tym samym jego oświadczenie o związaniu ofertą nie obejmowało dnia 10 maja 2013r. Nie dało się także wywieść z oświadczenia odwołującego z 5 kwietnia 2013r., iż pierwsze przedłużenie terminu związania ofertą nastąpiło na dłuższy niż wymagany przez zamawiającego okres 30 dni. Przeciwnie odwołujący w oświadczeniu z dnia 5 kwietnia 2013r. wprost stwierdził, że przedłuża okres związania ofertą o 30 dni, a więc zgodnie z żądaniem zamawiającego tj. do dnia 9 kwietnia 2013r. W świetle jednoznacznych oświadczeń odwołującego brak było podstaw do interpretowania jego woli co do pozostawania związanym ofertą odmiennie niż to wyrażono w pismach z dnia 5 kwietnia 2013r. i 13 maja 2013r., ani nie zachodziła potrzeba wywodzenia treści tych oświadczeń z innych czynności odwołującego. Izba stoi na stanowisku, że rację ma zamawiający twierdząc, że fakt wniesienia wadium i zapewnienia jego ciągłości nie przesądza o ciągłości terminu związania ofertą. Izba zwraca uwagę na to, że zabezpieczenie wadium nie jest warunkiem koniecznym dla funkcjonowania oferty wykonawcy w postępowaniu. Teza ta wynika z treści art. 46 ust. 1 i 3 ustawy, zgodnie z którymi dopuszczalny jest czasowy brak zabezpieczenia wadium w okresie pomiędzy wyborem innego wykonawcy, a powtórzeniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w skutek rozstrzygnięcia odwołania. Zasada ta nie zachodzi w odniesieniu do terminu związania ofertą, gdzie zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy termin ten ulega zawieszeniu, ale nie następuje przerwa w jego ciągłości. W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu sytuacja faktyczna, w której znalazł się odwołujący była taka, że nie wykazał on ciągłości terminu związania ofertą do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej, a zatem w dniu 10 maja 2013r. nie był związany złożoną przez siebie ofertą i jego oferta jako taka nie mogła być przez zamawiającego oceniona na równi z innymi ofertami pozostającymi w okresie związania. Tym samym odwołujący nie mógł ponieść szkody w związku z działaniem zamawiającego. Oznacza to, że odwołujący nie wykazał zaistnienia drugiej z obligatoryjnych przesłanek dopuszczalności odwołania. Odwołanie zatem podlegało oddaleniu z powodu nie wykazania przesłanek materialnoprawnych z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zdaniem niezbędne jest aby wykonawca pozostawał związany złożoną ofertą gdyż w przeciwnym przypadku ocenie i porównaniu z innymi ofertami podlegałaby oferta, co do której wykonawca mógłby bez konsekwencji odmówić podpisania umowy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 3 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) obciążając odwołującego kosztami wpisu i nakazując mu zwrot kosztów postępowania zamawiającemu w wysokości 3600zł., zgodnie z przedłożoną przez zamawiającego fakturą VAT. Izba oddaliła wniosek przystępującego o zasądzenie od odwołującego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania, stwierdzając, iż nie ma on oparcia w przepisach ustawy. Zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 cyt. rozporządzenia przystępującemu przysługuje zwrot kosztów postępowania jedynie w sytuacji, gdy wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, a Izba oddaliła takie odwołanie. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie uwzględnił ani w całości, ani nawet w części zarzutów odwołania, zatem nie istniała podstawa do wniesienia przez przystępującego sprzeciwu, a co za tym idzie do zasądzenia kosztów postępowania.

Przewodniczący:

.....