

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Ewa Kisiel
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 28 kwietnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2016r. przez **wykonawcę Elektro-Cal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zajączkowie 28A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Wejherowo- Wejherowski Zarząd Nieruchomości Komunalnych z siedzibą w Wejherowie, ul. Jana III Sobieskiego 251**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K.B. i P.B. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Solar z siedzibą w Wejherowie, ul. Geodetów 8** zgłaszających swój udział w sprawie sygn. akt KIO 579/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Elektro-Cal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zajączkowie 28A** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Elektro-Cal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zajączkowie 28A** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawcy Elektro-Cal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zajączkowie 28A** na rzecz zamawiającego **Miasto Wejherowo- Wejherowski Zarząd Nieruchomości Komunalnych z siedzibą w Wejherowie, ul. Jana III Sobieskiego**

1

251 kwotę **4 167 zł 20 gr** (słownie: cztery tysiące sto sześćdziesiąt siedem złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:
Członkowie:
.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zmiany systemu ogrzewania w 14 budynkach mieszkalnych będących własnością Gminy Miasta Wejherowa zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 września 2015r. za numerem 251692-2015. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 13 kwietnia 2016r., jednocześnie zamawiający poinformował, że wykonawca ELEKTRO-CAL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zajączkowie 28A (dalej odwołujący) został wykluczony na

podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 – dalej ustawy), a jego oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy. Zamawiający wskazał, że odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą i nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą oraz nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

W związku z wyrokiem KIO z dnia 30 listopada 2015 r. sygn. akt 2529/15 odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą do dnia 22 stycznia 2016 r. oraz wniósł wadium na ten okres. Ponownie w dniu 19 stycznia 2016 r. zamawiający działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy, wystąpił do odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą na okres 20 dni tj. 11 lutego 2016 r. Na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy zamawiający może tylko raz wystosować wniosek do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą. Od dnia 12 lutego 2016 r. odwołujący nie złożył wniosku o przedłużenie terminu związania ofertą oraz nie wniósł wadium.

Warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy) został określony w rozdziale IX siwz następująco:

Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca zrealizował w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej trzy zamówienia polegające na zmianie systemu ogrzewania w budynkach mieszkalnych będących w eksploatacji o wartości nie mniejszej niż 100 000,00 zł brutto każda. Zamawiający wymaga, aby jedno z zamówień, o których mowa powyżej, zrealizowane zostało w budynku mieszkalnym objętym nadzorem konserwatorskim.

Odwołujący na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku załączył następujące dokumenty:

a) referencje wystawione przez Przedsiębiorstwo budowlane A.J., ul. Stoczniovców 34, 83-110 Tczew na „Wykonanie instalacji c.o., c.w.u. oraz kotłowni gazowej kondensacyjnej w

3

budynku mieszkalnym wielorodzinnym w Sopocie przy ul. Winieckiego 16A, objętego nadzorem konserwatorskim”,

b) poświadczenie wystawione przez Szkołę Podstawową Zgromadzenia Sióstr Zmartwychwstania Pańskiego im. Bł. Alicji Kotowskiej, ul. Klasztorna 9, 84-200 Wejherowo na „Modernizację systemu ogrzewania budynku mieszkalnego Zgromadzenia Sióstr Zmartwychwstania Pańskiego w Wejherowie”,

c) referencje wystawione przez Dom Pomocy Społecznej Gdańsk – Orunia, ul. Starogardzka 20, 80 – 058 Gdańsk na „Wymianę kotła gazowego oraz modernizacja centralnego ogrzewania w budynku Domu Pomocy Społecznej Gdańsk – Orunia ul. Starogardzka 20”.

Referencje przedstawione w pkt. a nie budziły wątpliwości zamawiającego i w opinii Komisji przetargowej potwierdziły spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Referencje przedstawione w pkt. b wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Wątpliwości dotyczyły zakresu prac (zmiany systemu ogrzewania) oraz miejsca ich wykonania. W wyniku badania referencji, komisja przetargowa ustaliła (na podstawie wiedzy własnej oraz wyjaśnień od wystawiającego referencje i wykonawcy), że prace były wykonywane w części mieszkalnej budynku. Modernizacja polegała na wymianie starych rur na nowe miedziane oraz starych grzejników na nowe płytowe. W związku z powyższym zamawiający nie uznał powyższych referencji za potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Referencje przedstawione w pkt. c wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Wątpliwości dotyczyły zakresu prac (zmiany systemu ogrzewania). W wyniku badania referencji, komisja przetargowa ustaliła (na podstawie wyjaśnień od wystawiającego referencje), że zakres prac obejmował wymianę wyeksploatowanego kotła gazowego na nowy wraz z dostosowaniem istniejącej instalacji c.o. na potrzeby nowego kotła, wykonanie wkładu kominowego oraz wykonanie instalacji elektrycznej z nową szafą elektryczną. W związku z powyższym zamawiający nie uznał powyższych referencji za potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

W toku dalszego badania ofert, zamawiający postanowił wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Wykonawca uzupełnił wykaz o następujące zamówienia:

- a) referencje wystawione przez Spółdzielnię Mieszkaniową Lokatorsko-Własnościowa „Jutrzenka”, ul. Paderewskiego 17E, 83-110 Tczew na „Zmianę systemu ogrzewania w budynkach mieszkalnych przy ul. Zielonej, Sienkiewicza oraz Sambora w Tczewie”,
- b) referencje wystawione przez M.Z., ul. Jagiełły 12/1, 81 - 757 Sopot na „zmianę ogrzewania oraz zmianę źródła ciepła w lokalach mieszkalnych w Sopocie przy ul. Jagiełły 12/1 oraz Gdyni przy ul. Netzla 4/16”.

4

Zakres prac przedstawionych w referencjach pkt. a obejmował demontaż stalowej instalacji centralnego ogrzewania wraz z grzejnikami żeliwnymi i wykonanie nowej instalacji centralnego ogrzewania z rur miedzianych wraz z montażem grzejników płytowych. Prace te obejmowały budynki mieszkalne na trzech ulicach miasta Tczew. W wyniku badania referencji, komisja przetargowa (na podstawie wyjaśnień wykonawcy i od wystawiającego referencje) nie uznała wymiany/zamiany części istniejącej instalacji c.o. jako zmianę systemu ogrzewania w budynku. W związku z powyższym zamawiający nie uznał powyższych referencji za potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zakres prac przedstawionych w referencjach pkt. b obejmował demontaż istniejącej instalacji c.o., demontaż pieców kaflowych, montaż instalacji c.o. oraz montaż nowych kotłów gazowych. Prace te obejmowały dwa odrębne lokale mieszkalne w dwóch budynkach mieszkalnych. W wyniku badania referencji, komisja przetargowa ustaliła, że:

- przedstawiony zakres prac potwierdza wykonanie zamówienia polegającego na zmianie systemu ogrzewania,
- przedstawiony zakres prac wskazuje na wykonanie zamówienia polegającego na zmianie systemu ogrzewania w pojedynczym lokalu mieszkalnym a nie – zgodnie z warunkiem, w budynku mieszkalnym.

W związku z powyższym zamawiający nie uznał powyższych referencji za potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Podsumowując, odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

W dniu 18 kwietnia 2016r. odwołujący wniósł odwołanie podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem 18 kwietnia 2016r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 186 ust. 2 - przez niewykonanie czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 8 lutego 2016 r. pomimo uwzględnienia przez zamawiającego tego odwołania w całości;
- 2) art. 7 ust. 1 - przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 3) art. 7 ust. 3 - przez wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy;
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 - przez wykluczenie odwołującego pomimo tego, że nie wystąpiły przesłanki wskazane w tych przepisach

5

- 5) art. 24 ust. 4 - przez wadliwe uznanie oferty odwołującego za odrzuconą;
 - 6) art. 89 ust. 1 pkt 5 - przez niesłuszne odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego.
- oraz innych przepisów wymienionych w treści niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazał, że jego interes we wniesieniu odwołania polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a w konsekwencji nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Elektro-Cal oraz unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, to oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert opisanych w siwz i w konsekwencji powinno mu zostać udzielone przedmiotowe zamówienie.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez

zamawiającego odwołaniu z dnia 8 lutego 2016 r.;

2) unieważnienia decyzji z dnia 13 kwietnia 2016 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Soltar s.c.;

3) unieważnienia decyzji zamawiającego o wykluczeniu z postępowania Elektro-Cal oraz o odrzuceniu jego oferty;

4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

5) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 13 listopada 2015 r. przesłał informację o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Soltar s.c. Ponadto zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania m.in. odwołującego, podając jako podstawę prawną art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy w związku z tym, że odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą i nie wniósł nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Od powyższej czynności odwołujący wniósł w dniu 18 listopada 2015 r. odwołanie, po rozpatrzeniu którego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiający w sposób nieuprawniony wykluczył odwołującego z postępowania przyjmując, że wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, podczas gdy zamawiający w ogóle nie zwrócił się wnioskiem o wyrażenie takiej zgody. Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem ofert odwołującego (wyrok z dnia 30 listopada 2015 r., sygn. akt: KIO 2529/15).

Zamawiający w dniu 22 grudnia 2015 r. przesłał do odwołującego pismo, w którym wezwał do wyrażenia zgody na związanie ofertą na okres od 24 grudnia 2015-22 stycznia 2016 oraz do ponownego wniesienia wadium, a następnie w dniu 19 stycznia 2016 r. wystąpił z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium do dnia 11 lutego 2016 r.

6

W dniu 2 lutego 2016 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SOLTAR s.c. Ponadto w ww. piśmie zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wykluczył z postępowania odwołującego, gdyż nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Ponadto zamawiający dodał, że w myśl art. 24 ust. 4 ustawy ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W dniu 8 lutego 2016 r. odwołujący wniósł odwołanie od powyższych czynności zamawiającego żądając:

1) nakazania zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 2 lutego 2016 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Soltar s.c.;

2) nakazania zamawiającemu unieważnienia decyzji zamawiającego o wykluczeniu z postępowania odwołującego oraz o odrzuceniu jego oferty;

3) nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

4) nakazania zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego;

5) nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego.

Zamawiający w dniu 12 lutego 2016 r. wniósł odpowiedź na odwołanie, w którym oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w ww. odwołaniu z dnia 8 lutego 2016 r. i w związku z tym wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy.

Pomimo ww. oświadczenia zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jedynie w dniu 18 lutego 2016 r. przesłał pismo do gwaranta (wystawcy gwarancji wadialnej dla odwołującego), w którym wniósł o zaniechanie wypłaty wadium.

Kolejną czynnością w przedmiotowym postępowaniu podjętą przez zamawiającego było przesłanie do odwołującego w dniu 23 marca 2016 r. wezwania „do złożenia ostatecznego oświadczenia” dotyczącego wartości prac, którymi objęte zostało zamówienie na zmianę systemu ogrzewania w budynkach mieszkalnych przy ul. Zielonej 7, Sienkiewicza 19 oraz Sambora 10 w Tczewie z podziałem na wartości na każdy budynek oddzielnie.

Odwołujący złożył w dniu 29.03.2016 r. odpowiedź na powyższe wezwanie.

W dalszej kolejności, w dniu 13 kwietnia 2016r. zamawiający przesłał zawiadomienie o

wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Soltar s.c. oraz o wykluczeniu z przedmiotowego postępowania m.in. odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy .
Odwołujący wskazał na naruszenie przez zamawiającego dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy , zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów

7

przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający, zgodnie z oświadczeniem z dnia 12 lutego 2016 r., które stało się podstawą umorzenia postępowania odwoławczego przez KIO, uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu. Zatem, zgodnie z ww. przepisem, powinien wykonać czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jednakże zamawiający nie unieważnił czynności podjętych w dniu 2 lutego 2016 r. oraz nie dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Zamiast tego, bez unieważnienia decyzji z dnia 2 lutego 2016 r. wystosował do odwołującego bezpodstawne wezwanie do złożenia ostatecznego oświadczenia i w dniu 13 kwietnia 2016 r. przesłał zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Soltar s.c. oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Powyższe działanie zamawiającego, w ocenie odwołującego, jest niezgodne z art. 186 ust. 2 ustawy. Potwierdza to, zdaniem odwołującego, stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyrokach z dnia 3 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2010/12, z dnia 11 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2136/11, wyrokach z dnia: 11 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO 1417/11 oraz z dnia 7 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 170/12.

Odwołujący wniósł o nakazanie wykonania czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu z dnia 8 lutego 2016 r.

Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, że termin związania ofertą upłynął w dniu 10 listopada 2015 r., za co zamawiający wykluczył odwołującego w decyzji z dnia 13.11.2015 r. W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, oczekiwanie przez zamawiającego przedłużenia terminu, który upłynął jest nieuzasadnione. Tym nie mniej podkreślić należy, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 22 grudnia 2015 r. oraz z dnia 19 stycznia 2016 r. r. odwołujący wniósł wadium i przedłożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Podejmując powyższe działania odwołujący zakładał, że zamawiający działa w oparciu o dyspozycję art. 46 ust. 3 ustawy, bo tylko ten przepis daje mu prawo do żądania ponownego wniesienia wadium. Wniesienie wadium i przedłużenie terminu związania ofertą były czynnościami podjętymi przez odwołującego z ostrożności oraz dla podkreślenia jego woli co do uzyskania przedmiotowego postępowania.

Natomiast w dalszej kolejności, w związku z ponownym wykluczeniem w dniu 2 lutego 2016 r. oraz bezpodstawnym zatrzymaniem wadium, odwołujący wniósł odwołanie, które zostało w

8

dniu 16 lutego 2016 r. umorzone przez Krajową Izbę Odwoławczą (postanowienie z 16 lutego 2016r., sygn. akt: KIO 159/16).

W związku z uwzględnieniem odwołania w całości odwołujący miał wszelkie podstawy by oczekiwać, że zamawiający postąpi zgodnie z rozstrzygnięciem i dokona wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Tymczasem po upływie ponad miesiąca czasu od umorzenia postępowania odwoławczego zamawiający w dniu 23 marca 2016 r. wezwał odwołującego do złożenia ostatecznego oświadczenia odnośnie robót wskazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Na powyższe wezwanie odwołujący złożył odpowiedź w wyznaczonym terminie. Jednakże w dniu 13 kwietnia 2016 r. zamawiający postanowił wykluczyć odwołującego za nieprzedłużenie terminu związania oferta od dnia 12 lutego 2016 r.

W ocenie odwołującego działanie zamawiającego jest nielogiczne, albowiem pomimo tego, że jak sam twierdzi, przesłanka do wykluczenia za nieprzedłużenie terminu związania oferta

zaistniała w dniu 12 lutego 2016 r. to w dniu 23 marca 2016 r. wzywał wykonawcę do złożenia oświadczenia w zakresie warunku udziału w postępowaniu, a zatem jeszcze w tym czasie badał jego ofertę.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że podana w podstawie faktycznej przyczyna wykluczenia odwołującego za niewniesienie wadium jest nieuprawniona. Jedyną podstawą do żądania wniesienia wadium na aktualnym etapie przedmiotowego postępowania było by ziszczenie się przesłanki, o której mowa w art. 46 ust. 3 ustawy, a taka sytuacja nie wystąpiła.

Jednak niezależnie od wyżej opisanych okoliczności odwołujący wskazał, że przede wszystkim czynności podejmowane przez zamawiającego stoją w wyraźnej sprzeczności z rozstrzygnięciem zawartym w wyroku z dnia 30 listopada 2015 r., sygn. akt: KIO 2529/15, w którym Izba orzekła o niesłusznym wykluczeniu odwołującego z przedmiotowego postępowania, wskazując, że terminowe uzupełnianie i wyjaśnianie dokumentów na wezwania zamawiającego oraz fakt- wniesienia odwołania wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, wskazują niewątpliwie na wolę wykonawcy co do uzyskania niniejszego zamówienia (...) należy stwierdzić, że sam fakt upływu terminu związania ofertą nie stanowił podstawy do wykluczenia z postępowania odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, bowiem nie stanowił przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy (tak Sąd Okręgowy w L. w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt IX Ga 392/13). Żaden z obowiązujących przepisów ustawy nie daje podstaw do twierdzenia, że nie jest możliwe rozpatrywanie, ocena i wybór oferty, w tym podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku, gdy upłyne termin związania ofertą. Po upływie terminu związania, oferta nadal pozostaje ofertą. Ustawa nie zawiera również regulacji umożliwiających pominięcie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Brak związania ofertą

9

oznacza jedynie brak obowiązku zrealizowania treści oferty po stronie wykonawcy, ale nie niweczy prawa wykonawcy do zrealizowania oferty. Nie ma również przeszkód do zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą, co potwierdził Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu postanowienia z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08, które zachowuje swoją aktualność na gruncie obecnego stanu prawnego (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w W. z dnia 16 lipca 2014 r. sygn. akt XXIII Ga 924/14, postanowienie Sądu Okręgowego w R. z dnia 16 lutego 2011 r. VI Ga 192/10)."

Odwołujący podniósł, iż nie zaistniała w stosunku do niego przesłanka do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

W zakresie drugiej z podstaw wykluczenia odwołujący podniósł, że dla poświadczenia wystawionego przez Szkołę Podstawową Zgromadzenia Sióstr Zmartwychwstania Pańskiego im. Bł. Alicji Kotowskiej, dotyczące „Modernizacji systemu ogrzewania budynku mieszkalnego Sióstr w Wejherowie” Zgromadzenia Zmartwychwstania Pańskiego zamawiający nie wyraził jednoznacznego stanowiska, dlaczego powyższe prace nie zostały uznane za potwierdzające spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie robót - „Zmiana systemu ogrzewania w budynkach mieszkalnych przy ul. Zielonej, Sienkiewicza oraz Sambora w Tczewie” - zamawiający podał, że komisja przetargowa nie uznała wymiany/ zamiany części istniejącej instalacji c.o. jako zmianę systemu ogrzewania w budynku i w związku z powyższym nie uznała ww. referencji za potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto zamawiający nie uznał za potwierdzające spełniania warunku udziału w postępowaniu referencji dotyczących zmiany ogrzewania oraz zmiany źródła ciepła w lokalach mieszkalnych w Sopocie przy ul. Jagiełły 12/1 oraz Gdyni ul. Necla 4/16, ponieważ prace dotyczyły zmiany systemu ogrzewania w pojedynczym lokalu mieszkalnym, a nie w budynku mieszkalnym.

Odwołujący nie zgadzając się z argumentacją zamawiającego wskazał, że referencja wystawiona przez Zgromadzenie Sióstr Zmartwychwstania Pańskiego w Wejherowie „Modernizacja systemu ogrzewania budynku mieszkalnego” dotyczy tylko i wyłącznie prac realizowanych w budynku mieszkalnym. Zakres tych prac obejmował zmianę starej instalacji centralnego ogrzewania na nową, z rur miedzianych wraz z wymianą grzejników na płytowe. Wartość tych robót wyniosła 110 000 zł. Wykonano także modernizację instalacji sanitarnej na kwotę 15 000 zł. Ponadto wyjaśnił, że ww. prace były wykonywane także w budynku szkoły. Natomiast ich wartość nie została uwzględniona w przedłożonym Wykazie.

Odwołujący przedłożył uzupełniony wykaz, w którym wymienił następujące zrealizowane

- 1) Wykonanie instalacji c.p., c.w.u. oraz kotłowni gazowej kondensacyjnej w budynku mieszkalnym wielorodzinnym w Sopocie, przy ul. Winieckiego 16A, objętego nadzorem konserwatorskim;
- 2) Modernizacja systemu ogrzewania budynku mieszkalnego Zgromadzenia Sióstr Zmartwychwstania Pańskiego w Wejherowie, objętego nadzorem konserwatorskim;
- 3) Wymiana kotła gazowego oraz modernizacja centralnego ogrzewania w budynku Domu Pomocy Społecznej Gdańsk-Orunia;
- 4) Zmiana ogrzewania oraz zmiana źródła ciepła w lokalach mieszkalnych w Sopocie oraz Gdyni;
- 5) Zmiana systemu ogrzewania w budynkach mieszkalnych przy ul. Zielonej, Sienkiewicza oraz Sambora w Tczewie.

Wraz z wykazem złożył poświadczenie wystawione przez M.Z., dotyczące wykonania zmiany ogrzewania oraz zmiany źródła ciepła w lokalach mieszkalnych w Sopocie, oraz referencję wystawioną przez Spółdzielnię Mieszkaniową Jutrzenka, dotyczącą wykonania robót polegających na zmianie systemu ogrzewania w budynkach mieszkalnych przy ul. Zielonej, Sienkiewicza oraz Sambora w Tczewie. Zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające dotyczące uzupełnionego wykazu. Odwołujący wyjaśnił, że roboty budowlane dotyczące Zmiany systemu ogrzewania w budynkach mieszkalnych przy ul. Zielonej, Sienkiewicza oraz Sambora w Tczewie dotyczyły zmiany systemu ogrzewania w budynkach mieszkalnych będących w eksploatacji. Wartość robót dotyczących zmiany systemu ogrzewania w budynku mieszkalnym w Tczewie przy ul. Zielonej (jeden budynek) wynosi 10,8.207 zł, a ich zakres obejmował:

- demontaż starej instalacji centralnego ogrzewania przez usunięcie grzejników żeliwnych wraz z istniejącą starą instalacją z rur stalowych;

- wykonanie nowej instalacji z rur miedzianych z grzejnikami płytowymi.

Jak zatem wynika z powyższego wykonana instalacja posiada nowe, zmienione parametry grzewcze, a zastosowane nowe grzejniki płytowe są elementem zmienionej technologii. Jednocześnie odwołujący wyjaśnił, że roboty przy pozostałych budynkach objętych zakresem ww. zadania, tj. przy ul. Sienkiewicza i Sambora w Tczewie dotyczyły prac o niższej wartości. Natomiast do potwierdzenia spełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia wystarcza robota wykonana w budynku mieszkalnym w Tczewie przy ul. Zielonej.

Dodatkowo wskazał również, iż robota (o wartości 110.000 zł brutto) polegająca na Modernizacji systemu ogrzewania budynku mieszkalnego Zgromadzenia Sióstr Zmartwychwstania Pańskiego w Wejherowie, objętego nadzorem konserwatorskim (poz. 2 wykazu), która dotyczyła tylko i wyłącznie prac realizowanych w budynku mieszkalnym, a zakres prac obejmował zmianę starej instalacji centralnego ogrzewania na nową, z rur

miedzianych wraz z wymianą grzejników na płytowe - także spełnia wymagania siwz, a zastrzeżenia zamawiającego jakoby wykonany zakres prac nie dotyczył zmiany systemu ogrzewania, są bezpodstawne.

Odwołujący wskazał, że zakres prac w ramach ww. Modernizacji systemu ogrzewania budynku mieszkalnego Zgromadzenia Sióstr Zmartwychwstania Pańskiego w Wejherowie obejmował zmianę instalacji centralnego ogrzewania na nową z rur miedzianych wraz z wymianą grzejników na płytowe. Nowa instalacja posiada zmienione parametry grzewcze, a ponadto na skutek zmiany technologii zastosowano nowe grzejniki płytowe. W efekcie wykonanych prac system ogrzewania w ww. budynku mieszkalnym posiada nowe parametry i komponenty systemowe.

W ocenie odwołującego, roboty polegające na Modernizacji systemu ogrzewania budynku mieszkalnego Zgromadzenia Sióstr Zmartwychwstania Pańskiego w Wejherowie oraz roboty polegające na Zmianie systemu ogrzewania w budynkach mieszkalnych przy ul. Zielonej, Sienkiewicza oraz Sambora w Tczewie - są zgodne z warunkiem udziału w postępowaniu, a uwzględnione łącznie z referencjami dotyczącymi wykonania instalacji c.o., c.w.u. oraz kotłowni gazowej kondensacyjnej w budynku mieszkalnym wielorodzinnym w Sopocie przy

ul. Winieckiego 16A, objętego nadzorem konserwatorskim, potwierdzają, że odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia. W ocenie odwołującego zmiana systemu ogrzewania może odbywać się w różny sposób, tj. zarówno przez zmianę źródła ciepła, jak i instalacji, a także innych kluczowych elementów. Istotne bowiem jest, że system, rozumiany jako zespół urządzeń, zostanie zmieniony przez zastąpienie jednych elementów innymi, o różnych parametrach itp. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie sprecyzował swoich wymagań w sposób na tyle szczegółowy, aby na etapie badania ofert twierdzić, że wykonawca, który zrealizował roboty polegające na zmianie instalacji wraz z grzejnikami (nie wymianie na te same) nie spełnia warunku dotyczącego zmiany systemu ogrzewania. Zamawiający konkretyzuje warunki udziału w postępowaniu dokonując w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby w zapisach dotyczących warunku udziału w postępowaniu określić jednoznacznie co zamawiający rozumie przez system ogrzewania czy przez zmianę systemu. Jednak jeśli zamawiający zrezygnował z takiego dookreślenia wykonawcy mieli prawo by przyjąć, iż zmiana systemu ogrzewania nie będzie interpretowana na etapie oceny spełniania warunków udziału w jakiś szczególny sposób. Zaznaczyć przy tym należy, iż brak jest definicji legalnej czy też oficjalnych interpretacji pojęcia „system ogrzewania”. W takim razie, przy braku doprecyzowania tego w siwz, wykonawca ma prawo uznać, iż jeśli realizował roboty, których efektem była zmiana parametrów, elementów i urządzeń wchodzących w skład systemu ogrzewania w budynkach to spełnia warunek w zakresie

12

wiedzy i doświadczenia. Na poparcie swego stanowiska odwołujący odwołał się do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej przedstawionego w wyroku z dnia 21 października 2013 r., sygn. akt KIO 2384/13.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wskazał, że wymienione przez niego roboty potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, a zatem wykluczenie go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy jest niesłuszne.

W dniu 19 kwietnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. W dniu 22 kwietnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili K.B. i P.B. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Solar z siedzibą w Wejherowie, ul. Geodetów 8. Wskazali, że jako wykonawca wybrany posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Wnieśli o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez K.B.. Kopia zgłoszenia została przekazana w dniu 21 kwietnia 2016r.

Co do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy, to przystępujący nie zgodził się z tezą odwołującego i stwierdził, że uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania nie powoduje po stronie zamawiającego obowiązku wyboru konkretnego wykonawcy, gdyż nie przesądza o wyniku powtórnie dokonanych czynności. Jeśli zamawiający wykona czynności zgodnie z żądaniem odwołania, to kolejne odwołanie na tak dokonane czynności nie przysługuje, natomiast, jeśli wykonanie niezgodnie z żądaniem, wówczas wykonawcy służą środki ochrony prawnej. Nie jest możliwe, aby zamawiający uwzględnił żądania odwołania w sposób niezgodny z prawem, gdyż ma stać na straży legalności i praworządności, nadto sprzeciwia się temu zasada wynikająca z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Co więcej zamawiający w celu dokonania żądanej czynności nie może pomijać obligatoryjnych czynności tę czynność poprzedzających, jak czynności w trybie art. 26 ust. 3 czy 90 ust. 1 ustawy. Z protokołu postępowania z 4 kwietnia 2016r. wynika, że zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert i uznał, że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą. W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przystępujący podniósł, że obowiązek związania ofertą i wniesienie wadium stanowią podstawową gwarancję dla zamawiającego, które pozwalają mu na przyjęcie oferty i dają podstawę żądania zawarcia umowy. Jeśli wykonawca odmówi podpisania umowy zamawiający zatrzymuje wadium. W ocenie przystępującego obowiązek dokonywania czynności umożliwiających wykonawcy dalsze pozostawanie w postępowaniu ciąży na wykonawcy, a zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie można przyjmować w sposób dorozumiany – np. KIO w wyroku z dnia 3 lutego 2015r. sygn. akt KIO 140/15. Przystępujący wskazał na treść art. 85 ust. 4 ustawy i podniósł, że wybór oferty najkorzystniejszej jest możliwy wyłącznie w terminie związania

ofertą, taki pogląd zabezpiecza zamawiającego przed stratami wynikającymi z odmowy podpisania umowy przez wykonawcę który nie jest związany ofertą i nie wniósł wadium. Odwołujący od dnia 12 lutego 2016r. nie jest w terminie związania ofertą i nie wniósł wadium, a zatem nie jest już zainteresowany dalszym udziałem w postępowaniu. W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przystępujący podniósł, że rozstrzygająca w sprawie jest opinia biegłego powołanego przez zamawiającego, z której wynika, że przedstawione w wykazie i referencjach prac i ich zakres nie mogą być uznane za spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący podniósł, że odwołujący nie wykazał się pracami wymaganej wartości, w budynkach mieszkalnych polegających na zmianie systemu ogrzewania, a nie jedynie modernizacji. Zmiana systemu ogrzewania dla przystępującego to zmiana źródła ciepła lub nośnika energii oraz urządzeń grzewczych wraz z rozproszaniem sieci ciepłej i zastąpieniem odbiorników ciepłych innymi, nie jest zmianą wymiana starych zużytych elementów instalacji na nowe. Przystępujący podniósł, że nawet stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający na rozprawie złożył odpowiedź na odwołanie, gdzie sformułował wniosek o odrzucenie odwołania. Zamawiający opiera swój wniosek na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 PZP w zw. z art. 179 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 2 pkt 11 PZP wskazując, że odwołujący obecnie, jak i w dacie wnoszenia odwołania, nie był już wykonawcą w niniejszym postępowaniu, gdyż nie pozostawał związany ofertą. W związku z powyższym należy uznać, że zrezygnował z uczestnictwa w przetargu, a w konsekwencji nie może jego odwołanie podlegać merytorycznemu rozpoznaniu. Wniosek ten poparł przystępujący.

Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku zamawiającego.

Zamawiający wniósł w dalszej kolejności o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, pism zamawiającego z dnia 13 października 2015 r. do Domu Pomocy Społecznej w Gdańsk –Orunia i Szkoły Podstawowej Zgromadzenia Sióstr Zmartwychwstania Pańskiego w Wejherowie wraz z odpowiedziami wezwania zamawiającego z dnia 21 listopada 2015 r. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, odpowiedzi odwołującego z dnia 23 listopada 2015r. wraz z nowym uzupełnionym wykazem i poświadczeniami, wezwania zamawiającego z dnia 3 listopada 2015 r. do złożenia

wyjaśnień, odpowiedzi odwołującego na to wezwanie, informacji o wyniku postępowania z dnia 13 listopada 2015 r. wyroku KIO z dnia 30 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2529/16, wezwania zamawiającego z dnia 22 grudnia 2015 r. do przedłużenia terminu związania ofertą od dnia 24 grudnia 2015r. do dnia 22 stycznia 2016 r. i wniesienia wadium na przedłużony okres związania wraz z odpowiedzią odwołującego, wezwania z dnia 19 stycznia 2016 r. do przedłużenia terminu związania ofertą do dnia 11 lutego 2016 r. i wniesienia wadium na przedłużony okres związania wraz z odpowiedzią odwołującego, informacji o wyniku postępowania, postanowienia KIO z dnia 16 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 159/16, pisma zamawiającego z dnia 18 lutego 2016 r. do gwaranta odwołującego, wezwania z dnia 23 marca 2016r. do złożenia ostatecznego oświadczenia i odpowiedzi odwołującego z dnia 29 marca 2016 r., informacji o wyniku postępowania z dnia 13 kwietnia 2016 r.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że pomiędzy stronami sporne jest czy zamawiający ma prawo wykluczyć wykonawcę za brak samodzielnego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, oraz czy dopuszczalny jest wybór jako najkorzystniejszej oferty niezabezpieczonej wadium. W zakresie tego sporu Izba ustaliła, że zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 12 października 2015 r. i określił 30 dniowy termin związania ofertą, oraz żądał wniesienia wadium na czas związania ofertą.

Odwolujący wraz z ofertą złożył oświadczenie o pozostawaniu w okresie związania ofertą wymagany przez zamawiającego oraz wniósł wadium w wymaganej wysokości na okres do dnia 10 listopada 2015 r. Termin związania ofert upływał w dniu 10 listopada 2015 r. W okresie od 12 października do 10 listopada 2015 r. zamawiający nie występował do wykonawców z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i nie żądał wydłużenia okresu ważności wadium, ani wnoszenia nowego wadium. Zamawiający poinformował o wyniku postępowania w dniu 13 listopada 2016 r., przy czym wybrał wykonawcę Solaris s.c., który samodzielnie przedłużył termin związania ofertą oraz wniósł wadium, natomiast odwołującego zamawiający wykluczył z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy za nieprzedłużenie terminu związania i brak przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium. W dniu 18 listopada 2016 r. odwołujący wniósł odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 2529/15 i z mocy art. 182 ust. 6 ustawy nastąpiło zawieszenie biegu terminu związania ofertą do dnia 30 listopada 2015 r. (data ogłoszenia wyroku w sprawie sygn. akt KIO 2529/15). Zamawiający wyrok sygn. akt KIO 2529/15 wykonał w dniu 22 grudnia 2015 r. wzywając odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą w okresie od 24 grudnia 2015 r. do 22 stycznia 2016 r. i wniesienia nowego wadium. Bezsporne jest, że od dnia 11 listopada 2015 r. do dnia 24 grudnia 2015 r. odwołujący nie składał oświadczeń o pozostawaniu w związaniu własną ofertą jak również nie wносił w tym okresie wadium. Odwołujący wniósł wadium na wezwanie zamawiającego i

15

wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania. W dniu 19 stycznia 2016 r. zamawiający ponownie zwrócił się o przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 11 lutego 2016 r. i przedłużenie ważności wadium lub wniesienie nowego wadium. Odwołujący do tego wezwania się dostosował. W dniu 2 lutego 2016 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania w tym o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Odwołujący w dniu 8 lutego 2016 r. wniósł odwołanie powodując zawieszenie biegu terminu związania ofertą do dnia 16 lutego 2016 r. – data ogłoszenia postanowienia KIO w sprawie sygn. akt KIO 159/16. Zawieszenie wyniosło 9 dni, termin związania ofertą upływał zatem w dniu 25 lutego 2016 r. W dniu 18 lutego 2016 r. zamawiający odstąpił od zatrzymania wadium odwołującemu kierując pismo do banku gwaranta. Do dnia 25 lutego 2016 r. zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Przed upływem tego terminu, ani zamawiający nie wzywał odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą, ani odwołujący samodzielnie go nie przedłużał, wadium odwołującego wygasło w dniu 11 lutego 2016 r. i nie było wniesione nowe, ani nie uległo wydłużeniu. W dniu 23 marca 2016 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia ostatecznego oświadczenia w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, odwołujący odpowiedział w tym zakresie udzielił w dniu 29 marca 2016 r.

Izba zważyła, co następuje:

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

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego od odrzucenia odwołania wskazując na to, iż podana podstawa prawna art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy w niniejszym postępowaniu nie może być wzięta pod uwagę z uwagi na definicję pojęcia „wykonawca” zawartą w art. 2 pkt. 11 ustawy, który nie wiąże statusu wykonawcy z terminem związania ofertą. Tym samym nie można wykonać, który nie jest już związany złożoną przez siebie ofertą, uznać za podmiot nieumocowany do wniesienia odwołania. Również podnoszona przez przystępującego podstawa odrzucenia z art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy nie znajduje uzasadnienia dla odrzucenia odwołania, albowiem w żadnym z wniesionych wcześniej odwołań odwołujący nie podnosił zarzutów zarówno naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 jak i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, co więcej zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy było podniesiony w innych okolicznościach faktycznych tj. dotyczył upływu terminu związania ofertą w dniu 11 listopada 2015 r. i konsekwencji tego faktu dla przesłanki wykluczenia wykonawcy, zaś obecne odwołanie dotyczy wykluczenia wykonawcy z powodu nie przedłużenia terminu związania ofertą po 25 lutego 2016 r. Tym samym brak jest tożsamości okoliczności mających być podstawą rozstrzygnięcia.

16

Izba uznała natomiast, że odwołujący nie wykazał spełnienia materialnoprawnej przesłanki dopuszczalności odwołania wynikającej 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 zająd 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 stanowiącego gwarancję dla zamawiającego zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W ocenie Izby zarówno działania wykonawcy jaki i zamawiającego jako podmiotów prowadzących działalność na określonym rynku należy traktować jako działania profesjonalistów i przykładać do nich takąż właśnie miarę należytej staranności. Stąd Izba podziela w pełni pogląd Izby wyrażony w wyroku z dnia 30 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2529/15, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji niewypełnienia przez zamawiającego ciężących na nim obowiązków ustawowych w tym przypadku wezwania z art. 85 ust. 2 ustawy, jednakże Izba nie uważa, że wykonawca jest zwolniony z dbałości o prawidłowe złożenie i funkcjonowanie w postępowaniu jego własnej oferty. Tym samym skoro art. 85 ust. 2 ustawy zezwala wykonawcy na możliwość samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, to w ocenie Izby niedopuszczalne jest działanie wykonawcy, który nie dbając o ciągłość związania, raz reaguje na wezwania zamawiającego i przedłuża termin oraz wnosi wadium, a następnie nie uzewnętrznia woli pozostawania w postępowaniu po upływie terminu wskazanego przez zamawiającego jako okres związania ofertą, a wręcz konsekwentnie uważa, że nie ma potrzeby wiązać się ofertą w przedmiotowym postępowaniu. 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 oferta, 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

17

szczególności w sytuacji, gdy wykonawca świadomie dopuszcza do tego, aby stan związania ofertą upadł. 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 wykonawca związany złożoną ofertą musi zawrzeć umowę z zamawiającym, natomiast wykonawca nie związany swą ofertą takiego obowiązku nie ma i może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego wyłącznie na zasadzie dobrowolności, co nie mieści się w ramach prawnych przetargu nieograniczonego. Dobrowolność zawarcia umowy z zamawiającym dotyczy trybu udzielenie zamówienia z wolnej ręki, a ten nie został zastosowany przez zamawiającego. Ponadto 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 wygaś, 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 25 lutego 2015r. W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu sytuacja faktyczna, w której znalazł się odwołujący była taka, że nie wykazał on związania ofertą do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Skoro nie pozostawał w związaniu i zamawiający nie mógł przymusić go do zawarcia umowy, to odpadła możliwość poniesienia szkody po stronie odwołującego. Taka możliwość odpadła także z tego powodu, że odwołujący nie wniósł wadium, a zatem i w tym zakresie nie mógł ponieść szkody. Oznacza to, że odwołujący nie wykazał zaistnienia drugiej z obligatoryjnych przesłanek dopuszczalności odwołania. Odwołanie zatem podlegało oddaleniu z powodu nie wykazania

18

przesłanek materialnoprawnych z art. 179 ust. 1 ustawy. Zdaniem Izby 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. Biorąc pod uwagę, że odwołujący nie wykazał materialnoprawnej przesłanki dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy nie było podstaw do merytorycznego rozpoznania zarzutów postawionych w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy w związku z art. 179 ust. 1 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. tj. kosztów zastępstwa prawnego oraz kosztów 567,20zł. kosztów dojazdu, zgodnie z przedłożoną przez zamawiającego fakturą VAT oraz biletami i rachunkami.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

19