

WYROK
z dnia 19 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2012 r. przez wykonawcę **Radio Air Express Spółka z o.o., ul. Szybka 2-10, 50-421 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Chorzowskie Centrum Pediatrii i Onkologii im. dr E. Hankego SPZOZ, ul. Truchana 7, 41-500 Chorzów** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa radiofarmaceutyku” (znak PN/6/2011).

przy udziale wykonawcy **Ecker & Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nicolas – August – Otto Str. 7a, 56357 Holzhausen** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

1

2. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - Chorzowskie Centrum Pediatrii i Onkologii im. dr E. Hankego SPZOZ, ul. Truchana 7, 41-500 Chorzów i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Radio Air Express Spółka z o.o., ul. Szybka 2-10, 50-421 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Chorzowskie Centrum Pediatrii i Onkologii im. dr E. Hankego SPZOZ, ul. Truchana 7, 41-500 Chorzów** na rzecz **Radio Air Express Spółka z o.o., ul. Szybka 2-10, 50-421 Wrocław** kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy)** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 19 marca 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 459/12

Zamawiający – **Chorzowskie Centrum Pediatrii i Onkologii im. dr E. Hankego SPZOZ, ul. Truchana 7, 41-500 Chorzów** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa radiofarmaceutyku” (znak PN/6/2011).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 20.10.2011 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

W dniu 25.10.2011 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod numerem 2011/S 205-333968.

W dniu **28.02.2012 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ze względu na brak ważnych ofert.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **08.03.2012 r.** w związku z dokonaniem czynności unieważnienia niniejszego postępowania przez Zamawiającego, w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Niezgodne z prawem unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
2. Niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego.

Postępowanie Zamawiającego narusza art. 93 ust. 1 pkt 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, 85 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił sekwencję wydarzeń w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał, że dnia 11 stycznia 2012 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i wybrał ofertę wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH. Tego samego dnia przesłał informację o tym rozstrzygnięciu pozostałym wykonawcom. Odwołujący zaskarżył tą decyzję do Krajowej Izby Odwoławczej. Z powodu jednak opóźnienia z wpłynięciem odwołania, uległo ono odrzuceniu (postanowienie KIO z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 146/12). Podobne postępowanie przed KIO z udziałem Odwołującego, Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku, jako Zamawiającego oraz wspomnianego wyżej wykonawcy, którego oferta również w tym postępowaniu została wybrana, zostało zakończone pozytywnym dla Odwołującego rozstrzygnięciem KIO (wyrok z dnia 14 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO/225/12). Stan faktyczny i prawny w obu sprawach był niemal identyczny. Wybrany wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania. Po tym

3

rozstrzygnięciu, w dniu 15 lutego 2012 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o wyroku zapadłym w sprawie KIO 225/12 oraz zwrócił się o wykluczenie pierwotnie wybranego wykonawcy z postępowania oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.

Dowód: pismo odwołującego z dnia 15 lutego 2012 r. wraz z dowodem nadania faksem oraz przesyłką poleconą na adres zamawiającego

Pismem z dnia 24 lutego 2012 r. odwołujący poinformował zamawiającego o przedłużeniu przez niego terminu związania ofertą

Dowód: pismo odwołującego z dnia 24 lutego 2012 r. wraz z dowodem nadania faksem oraz przesyłką poleconą na adres zamawiającego

Dnia 28 lutego 2012 r. Zamawiający dokonał unieważnienia niniejszego postępowania. Jako podstawę takiego rozstrzygnięcia podał art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czyli niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Wybrany pierwotnie wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania, a zatem jego oferta uznana została za odrzuconą. Oferty dwóch pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego, odrzucono z powodu upływu terminu związania ofertą oraz upływu ważności wadium.

Takie postępowanie Zamawiającego jest zdaniem Odwołującego niezgodne z prawem.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, co następuje.

Przesłanki odrzucenia oferty określone są w art. 89 ustawy Pzp. Nie ma jednak w tym przepisie mowy o odrzuceniu oferty z powodu upływu terminu związania ofertą. Jediną przesłanką, na podstawie której można by odrzucić ofertę wykonawcy z powodu upływu terminu związania ofertą, jest art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten mówi jednak, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania m.in. jeśli nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W niniejszej sprawie nie można jednak mówić o braku zgody odwołującego na przedłużenie związania ofertą, albowiem zamawiający z takim wnioskiem do wykonawców w ogóle nie wystąpił. Odmienne, rozszerzająca interpretacja tego przepisu prowadziłaby do nielogicznych i niezgodnych z literalnym brzmieniem tego przepisu

wniosków. Trudno bowiem mówić o braku czyjejs zgody w sytuacji, gdy o taką zgodę nie został zapytany. Gdyby wolą ustawodawcy było usankcjonowanie braku oświadczenia wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą w postaci wykluczenia go z postępowania, określiłby to wyrażnie w powoływanym przepisie. Ponadto art. 85 ust. 2 ustawy Pzp określa dwie możliwe sytuacje, jeśli chodzi o przedłużenie terminu związania ofertą. Pierwsza z nich to samodzielne przedłużenie tego terminu przez wykonawcę poprzez złożenie stosownego oświadczenia. Druga sytuacja zachodzi, gdy zamawiający zwróci się do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą, a wykonawca nie wyrazi na to zgody.

4

Tylko w tej drugiej sytuacji można mówić o braku wyrażenia zgody, przy czym z zasad logiki wynika, że do takiej zgody (lub jej braku) wymagane jest uprzednie zapytanie zamawiającego. Art. 24 ust. 2 pkt 2 ZamPublU stanowi o wykluczeniu z postępowania wykonawcy jedynie w drugiej z przedstawionych wyżej sytuacji. Co więcej, odwołujący pismem przesłanym zamawiającemu faksem w dniu 24 lutego 2012 r. oświadczył, iż czuje się związany ofertą i wyraża chęć zawarcia umowy o dostawę radiofarmaceutyku. Na poparcie przedstawionego wyżej stanowiska Odwołujący powołuje wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2010 r. (KIO 1469/10): *Zdaniem Izby katalog przesłanek wskazanych w art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest zamknięty, co oznacza że Zamawiający nie może go rozszerzać ani zawężyć. Wykluczenie, jeśli zaistnieje do tego podstawa jest obligatoryjne, i nie zależy od woli Zamawiającego. Zdaniem Izby w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczyć z postępowania można wyłącznie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Z powyższego wynika, iż Zamawiający wyklucza takiego wykonawcę jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający wystąpił do niego o przedłużenie terminu związania ofertą. Izba podkreśla, co zostało już wcześniej wskazane, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji beczynności i zaniechania Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca słusznie wskazał, w odwołaniu, iż aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na tej podstawie Zamawiający musi wykazać, że występował do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Zdaniem Izby zwrot „nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą” wyraźnie wskazuje, że przed wykluczeniem z postępowania w pierwszej kolejności Zamawiający musi wystąpić do wykonawców o jego przedłużenie. Dopiero brak zgody wykonawcy bądź nieprzedłużenie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie Zamawiającego powoduje, że istnieją przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Izba przypomina, że przesłanek wykluczenia z postępowania nie można interpretować rozszerzająco, ponieważ w swych skutkach prowadzą do wyeliminowania wykonawców z postępowania i uniemożliwienia im uzyskania zamówienia. Konkludując, należy stwierdzić, iż wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych może nastąpić wyłącznie po uprzednim wezwaniu go przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Inna interpretacja powyższego przepisu w nawiązaniu do treści art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych umożliwiałaby omijanie przepisów ustawy i prowadziłaby do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym samym orzeczeniu KIO stwierdziła, że: (...) z literalnego brzmienia tego przepisu (art. 85 ust. 2) można wywnioskować, iż wystąpienie do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą jest uprawnieniem Zamawiającego, nie zaś obowiązkiem. Jednakże, zdaniem Izby jeśli upływ terminu związania ofertą nastąpił w*

5

loku prowadzonej przez Zamawiającego procedury, a postępowanie nie zostało przez Zamawiającego w tym terminie rozstrzygnięte, Zamawiający ma obowiązek w świetle przepisu art. 85 ust. 2 ustawy zwrócić się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty. To w interesie Zamawiającego powinno leżeć wyłonienie wykonawcy oraz udzielenie mu zamówienia publicznego zgodnie z procedurami przewidzianymi w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Izby przyjęcie odmiennej interpretacji art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych mogłoby prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający w sposób nieuprawniony przerzucałby na wykonawców obowiązki związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby w zaistniałym stanie faktycznym w związku z upływem terminu związania ofertą zaistniały uzasadnione przesłanki do wystąpienia do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Zdaniem Izby w opisanym stanie faktycznym Zamawiający wręcz miał obowiązek zwrócić się do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Zamawiający prowadząc postępowanie z zamiarem wyłonienia wykonawcy nie może zapominać o ciążących na nim obowiązkach. W niniejszej sprawie, zdaniem Odwołującego, również zaistniały uzasadnione przesłanki do wystąpienia przez zamawiającego do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą. Wskazuje na to fakt, że w momencie pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej żadna z pozostałych ofert nie podlegała odrzuceniu. Ponadto, na skutek skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej w niniejszym, jak i innym postępowaniu oraz przesłanej przez niego informacji o wyniku tego innego postępowania (orzeczenie KIO z dnia 14 lutego 2012 r., sygn. akt KIO/225/12), zamawiający wstrzymał się z zawarciem umowy z pierwotnie wybranym wykonawcą, gdyż powziął wątpliwości co do zgodności jego oferty z ustawą. W tym momencie, zamawiający dążąc do zawarcia ważnej umowy, powinien był zwrócić się do pozostałych wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą. Potwierdza to powołane wyżej orzeczenie KIO: Zdaniem Izby Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji bezczynności Zamawiającego w toku prowadzonej przez niego procedury. Ponadto bezczynność Zamawiającego polegająca na niezwróceniu się do wykonawców w toku prowadzonej procedury z formalnym wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą prowadzić może do niebezpiecznych praktyk omijania przepisów ustawy w postaci np. powiadamiania tylko wybranych wykonawców drogą nieformalną o konieczności przedłużenia okresu związania ofertą, eliminując jednocześnie z postępowania innych wykonawców, którzy samodzielnie nie dokonają niniejszej czynności. Powyższy proceder doprowadzić może jedynie do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych, do jakich zalicza się zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W obecnym stanie prawnym brak jest, w ocenie Odwołującego, przepisu, który nakazywałby zawarcie umowy przed upływem terminu związania ofertą. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie zawarciu umowy po upływie terminu związania ofertą. Tym bardziej, że odwołujący oświadczył, że czuje się nadal związany ofertą jeszcze zanim zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania, a wadium, jako wpłacone w gotówce - nie wygasło. Nic nie stało na przeszkodzie zawarciu z odwołującym ważnej umowy, czego jednak zamawiający zaniechał. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 15 czerwca 2010 r. (KIO 1070/10) *ustawa Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym, w tym również jej art. 94 ust. 1. nie obliguje stron postępowania do zawarcia umowy przed upływem terminu związania ofertą. W konsekwencji zatem przekroczenie tego terminu nie może być ocenione jako wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. W stanie faktycznym sprawy, w której wydano powyższe orzeczenie, zamawiający unieważnił postępowanie również z powodu upływu terminu związania ofertą, podając jednak inną podstawę prawną takiego rozstrzygnięcia, a mianowicie art. 93 ust. 1 pkt 7 ZamPublU, czyli niemożliwość do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Mimo, że podstawa prawna powołana przez zamawiającego jest w niniejszej sprawie inna, skutek oraz jego przyczyna są w obu sprawach takie same: unieważnienie postępowania z powodu upływu terminu związania ofertą. Takie postępowanie zamawiającego jest, zgodnie z orzecznictwem KIO bezprawne. Tak - wskazane wyżej orzeczenie KIO: Izba nie podziela poglądu, jakoby zawarcie umowy z wybranym wykonawcą po okresie związania ofertą stanowiło naruszenie przepisu art. 94 ust. 1 ZamPublU i skutkowało nieważnością umowy z mocy prawa na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, wskazując, że przepis art. 94 ust. 1 ZamPublU nie pozostaje w żadnym związku z terminem związania ofertą oraz biorąc pod uwagę fakt, iż podstawowym celem postępowania jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne, a Odwołujący wyraził wolę zawarcia umowy m. in. składając odpowiednie oświadczenie w tym zakresie na rozprawie, a także przedłużając okres związania ofertą oraz przedłużając okres ważności wadium.*

W niniejszej sprawie odwołujący nie miał obowiązku przedłużenia ważności wadium. Zostało ono wpłacone w gotówce i do dnia dzisiejszego nie zostało zwrócone odwołującemu. Pozostałe zatem w dyspozycji zamawiającego wadium skutecznie zabezpieczało jego interesy.

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Okręgowego z dnia 6 kwietnia 2009 r. (XIX Ga 102/2009): *Mając na uwadze istotę wadium i cel jego wnoszenia należy stwierdzić, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji określonej w art. 45 ust. 1 Pzp oferta musi być zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Ustawodawca przewidział rygor wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy na wezwanie Zamawiającego nie dokonali przedłużenia ważności wadium lub nie wnieśli nowego wadium.*

7

(...) *W ocenie Sądu Okręgowego przepis art. 181 ust. 2a Pzp (aktualnie art. 184 - przyp. red.) nie dotyczy wadium wniesionego w formie pieniężnej. Zabezpieczenie interesów Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego trwa bowiem przez cały czas dysponowania środkami pieniężnymi wpłaconymi na jego rachunek przez Wykonawcę. Zdaniem Sądu Okręgowego wywodzenie obowiązku złożenia oświadczenia o przedłużeniu ważności wadium wniesionego w formie pieniężnej z tej przyczyny, że ustawodawca nie dokonał wyraźnego wyłączenia tej formy wadium w przepisie art. 181 ust. 2a Pzp (aktualnie 184 - przyp. red.) jest niezasadne, gdyż w istocie stałoby to w sprzeczności z celem, jakiemu ma służyć wezwanie Zamawiającego skierowane do wykonawców do przedłużenia ważności wadium. Cel ten, to dalsze zabezpieczenie oferty. W przypadku wadium wniesionego w pieniądzu wezwanie to zatem jest bezprzedmiotowe, gdyż kwota pozostająca w dyspozycji Zamawiającego bez wątpienia zabezpiecza jego interesy.*

Jak wskazał Odwołujący zamawiający w niniejszym postępowaniu nie zastosował się do art. 46 ust. 1 ustawy Pzp i nie zwrócił wadium niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej. Wadium przez cały czas pozostawało w jego dyspozycji, a zatem najwidoczniej upatrywał on swój interes w zatrzymaniu wadium jako zabezpieczenia ewentualnego zawarcia umowy z jednym z pozostałych wykonawców. Abstrahując od powyższego Odwołujący nadmienia, że nawet jeśli wadium by wygasło lub zostało zwrócone odwołującemu, zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp nie miałby on obowiązku przedłużenia ważności wadium, albowiem przedłużenie przez niego terminu związania ofertą nastąpiło po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z powyższym, zdaniem odwołującego, decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania z powodu upływu terminu ważności wadium, jak i terminu związania ofertą, jest bez wątpienia niezgodnym z prawem nadużyciem instytucji unieważnienia postępowania. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22 marca 2010 r. (KIO/UZP 210/10) *niewątpliwie nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszakże sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i złożenie w danym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z postępowania powinno skutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie, ze względu na podstawę unieważnienia przedmiotowego postępowania, istotne jest wskazanie, iż wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji błędów i zaniedbań zamawiającego, zaś w przypadku ich wystąpienia winny być one każdorazowo odczytywane i interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.*

8

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno nastąpić jedynie w sytuacji, gdy nie ma możliwości zawarcia ważnej umowy. Przesłanki unieważnienia postępowania są ściśle określone - przepis art. 93 ust. 1 określa ich zamknięty katalog (zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 11 stycznia 2008 r., KIO/UZP 54/07: *unieważnienie postępowania jest czynnością obligatoryjną po stronie Zamawiającego, w sytuacjach ściśle określonych w art. 93 ust. 1 ustawy, co nie daje Zamawiającemu jednocześnie prawa do nadużywania tej instytucji*). W niniejszej sprawie zamawiający mógł osiągnąć cel postępowania o udzielenie zamówienia. Powinien dokonać tego poprzez zwrócenie się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą oraz zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta była najkorzystniejszą ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Wobec powyższego Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego
- wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz zawarcia z Odwołującym umowy.

Odwołujący wskazał, iż legitymuje się interesem w uzyskaniu danego zamówienia, jako przedstawiający najkorzystniejszą ofertę, która w niniejszym postępowaniu powinna zostać wybrana. Ponadto wskazał, że Odwołujący poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, ponieważ naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych spowodowało jego wykluczenie z postępowania, uniemożliwiając Odwołującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W dniu **09.03.2012 r.** Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania kopię odwołania.

W dniu **12.03.2012 r.** swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania skutecznie zgłosił po stronie Zamawiającego wykonawca Eckert & Ziegler F-con Deutschland GmbH. W piśmie zawierającym przystąpienie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

9

w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, złożonymi w postępowaniu ofertami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Zdaniem Izby w przypadku odwołania dotyczącego unieważnienia postępowania prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej przysługuje każdemu wykonawcy, który złożył w postępowaniu ważną ofertę i wyraża wolę zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba uznała, iż do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania swoje przystąpienie skutecznie zgłosił po stronie Zamawiającego wykonawca Eckert & Ziegler F-con Deutschland GmbH. Izba nie uwzględniła opozycji Odwołującego wniesionej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15.03.2012 r.

Izba uznała, iż zgłaszający przystąpienie posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść strony, do której przystępuje. W ocenie Izby interes wskazany w art. 185 ustęp 2 ustawy należy oceniać w szerokim zakresie, tym samym Izba postanowiła oddalić opozycję zgłoszoną przez odwołującego.

W odniesieniu do kwestii związanych z brakiem statusu wykonawcy Izba wskazuje, iż w tym zakresie zamawiający ma możliwość w każdym czasie dokonania samoistnej konwalidacji czynności i może przywrócić każdego z wykonawców do postępowania. Wszakże zaskarżone przez Odwołującego niniejszym odwołaniem czynności były wynikiem samoistnego działania Zamawiającego w wyniku konwalidowania wadliwych czynności. Tym samym Izba nie widzi podstaw na tym etapie postępowania do przesądzenia o braku statusu

wykonawcy w odniesieniu do zgłaszającego przystąpienie.

Powyższe nie może zatem stanowić o braku legitymacji do zgłoszenia przystąpienia. Tym samym Izba postanowiła dopuścić w charakterze uczestnika postępowania wykonawcę 10

Eckert & Ziegler F-con Deutschland GmbH zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielnie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 10.2 SIWZ oraz w pkt IV.3.4 ogłoszenia o zamówieniu określił termin składania ofert na dzień 30.11.2011 r. na godzinę 10.00.

Po drugie Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 8.1 SIWZ oraz w pkt IV.3.7 ogłoszenia o zamówieniu określił minimalny okres związania ofertą na 60 dni.

Po trzecie Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 7.1. SIWZ określił, że wymaga wniesienia wadium w kwocie 30.000,00 zł, zaś w pkt 7.3 wskazał numer rachunku bankowego, na który należy wpłacić wadium w formie gotówki..

Izba ustaliła również, że Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę opatrzoną przez Zamawiającego numerem 3 z ceną ofertową wynoszącą 3.242.592,00 zł brutto pozwalającą zakwalifikować tego wykonawcę na drugim miejscu w oparciu kryteria oceny ofert (kryterium cena - 99,86%). W pkt 7 formularz ofertowego Odwołujący wskazał, iż czuje się związany ofertą przez okres 60 dni od upływu terminu składania ofert. Jak wynika ze str. 19 oferty Odwołujący wniósł w dniu 29.11.2011 r. w formie gotówki wadium w kwocie 30.000,00 zł.

W dniu 11.01.2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazując, iż dokonał wyboru oferty wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH z ceną brutto wynoszącą 3.237.926,40 zł (100% w oparciu o kryterium cena). Wskazał również, iż oferta złożona przez wykonawcę IASON GmbH, Austria uzyskała 95,72%, zaś oferta Odwołującego – Radio Air Express Spółka z o.o. uzyskała 99,86%.

W ramach przedmiotowego postępowania w dniu 24.01.2012 r. wykonawca Radio Air Express Spółka z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie o sygn. akt KIO 146/12. W dniu 8 lutego 2012 r. powyższe odwołanie zostało odrzucone postanowieniem

Krajowej Izby Odwoławczej, ogłoszonym w tym samym dniu, na podstawie 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła ponadto, iż w dniu 24.02.2012 r. Odwołujący (wpływ faksem) oraz w dniu 29.02.2012 r. (wpływ bezpośredni) poinformował Zamawiającego, iż „Działając jako wykonawca biorący udział w powyższym postępowaniu oświadczam że na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca przedłuża termin związania ofertą o 90 dni licząc od dnia upływu pierwotnego terminu związania ofertą. Tym samym Wykonawca pozostaje w gotowości do zawarcia z Zamawiającym umowy jako przedstawiający najkorzystniejszą, niepodlegającą odrzuceniu ofertę”. Powyższe oświadczenie zostało podpisane przez Jarosława Misterka – Prezesa Zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji spółki. Powyższe ustalono na podstawie aktualnego odpisu KRS z dnia 23.12.2011 r.

Izba ustaliła, iż kwestią pozostającą poza sporem była okoliczność złożenia przez Odwołującego w dniu 24.02.2012 r. oświadczenia na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp po upływie terminu związania ofertą. Jednakże z ustaleń Izby wynika, iż termin ten upłynął w dniu 13.02.2012 r. – a nie jak wskazał Przystępujący w dniu 18.02.2012 r. Izba ustaliła, iż zgodnie z treścią pkt 8.1. SIWZ oraz pkt IV.3.7. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający

określił okres związania ofertą na 60 dni. Zgodnie z pkt 10 SIWZ oraz pkt IV.3.8. ogłoszenia o zamówieniu termin składania ofert upływał dnia 30.11.2011 r. W związku z odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania w dniu 24.01.2012 r. (sygn. akt KIO 146/12) – a nie jak wskazał Przystępujący w dniu 20.01.2012 r., w myśl art. 182 ust. 6 ustawy Pzp, uległ zawieszeniu bieg terminu związania ofertą i rozpoczął ponownie bieg od dnia 09.02.2012 r., tj. po ogłoszeniu postanowienia z dnia 8 lutego 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 146/12. Tym samym ostatni dzień związania ofertą Odwołującego upłynął dnia 13.02.2012 r.

Następnie Izba ustaliła, iż pismem z dnia 28.02.2012 r. (znak ChCPiO/ZP/47/2012) Zamawiający poinformował wykonawców o dokonanych przez siebie w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czynnościach – przedstawiając jednocześnie następującą sekwencję zdarzeń. Wskazał, iż w związku z otrzymana informacją dotyczącą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 225/12) z dnia 14.02.2012 r. Zamawiający unieważnia wybór najkorzystniejszej oferty, powtarza czynność badania i oceny ofert, oraz unieważnia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp gdyż nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. Następnie wskazał, że w dniu 11.01.2012 r. powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wybrano ofertę firmy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, która była najkorzystniejsza pod względem kryteriów określonych w SIWZ (cena). Zamawiający w SIWZ na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu żądał przedstawienia

12

przez Wykonawcę zezwolenia na transport źródeł promieniotwórczych oraz obrót tymi źródłami. Firma Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH w swojej ofercie powierzyła wykonanie transportu przedmiotu zamówienia podwykonawcy oraz przedłożyła kopię zezwolenia podwykonawcy.

W dalszej części Zamawiający wskazał, iż w dniu 24.01.2012 r. do KIO wpłynęło odwołanie firmy Radio Air Express, które zostało odrzucone postanowieniem KIO (sygn. KIO 146/12) z dnia 08.02.2012 r. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W dniu 15.02.2012 r. wpłynęła do Zamawiającego informacja o wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.01.2012 r. (sygn. KIO 225/12), w którym stan faktyczny w analogicznym postępowaniu był jednakowy jak w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego (PN/6/2011). Następnie Zamawiający wskazał, że mając na uwadze powyższy wyrok powziął wątpliwość odnośnie zasadności wyboru najkorzystniejszej oferty i postanowił zweryfikować swój wybór. Podniósł również, iż takie działanie Zamawiającego znajduje uzasadnienie w praktyce, jak również zostało potwierdzone wyrokami KIO (wyrok KIO 1689/11 z dnia 22.08.2011 r.)

Następnie Zamawiający wskazał, iż w wyniku powtórnego badania i oceny ofert Zamawiający postanowił unieważnić wybór najkorzystniejszej oferty, wykluczyć ofertę wykonawcy Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH w związku posłużeniem się w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego posiadania uprawnień, uprawnieniami podmiotu trzeciego, a jego ofertę uznać za odrzuconą. Z uwagi na upływ terminu związania ofertą, jak również upływ terminu ważności wadium w przypadku pozostałych Wykonawców a w konsekwencji brak ważnych ofert w postępowaniu, Zamawiający postanowił unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 – ustawy Pzp.

W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, iż znajduje się w posiadaniu wadium wniesionego przez Odwołującego w formie przelewu na rachunek bankowy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uznała, iż zarzut powyższy zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że pod pojęciem związania ofertą należy rozumieć formalne ujęcie obowiązku zawarcia umowy przez składającego ofertę w przypadku przyjęcia oferty przez jej adresata (oblata). Jej cywilistyczna konstrukcja wyraża się tym, że składający ofertę w określonym przez siebie terminie nie może zapobiec zawarciu umowy bez

13

poniesienia negatywnych tego konsekwencji (np. konsekwencji utraty wadium). Związanie ofertą pozostaje bowiem niczym innym jak gotowością zawarcia umowy przez oferenta w przypadku przyjęcia oferty. Okres związania obejmuje pewien wycinek czasu, w ciągu którego obowiązek taki funkcjonuje, obejmujący termin początkowy i termin końcowy obowiązywania.

Instytucja związania ofertą uregulowana została w ustawie Pzp w sposób specyficzny, gdyż termin związania ofertą określa Zamawiający – a więc adresat oferty. Generalnie jednak instytucja ta odnosi dwojaki skutek. Do momentu upływu końcowego terminu związania chroni oblata (zamawiającego) i przyznaje mu prawo przyjęcia oferty i prawo żądania zawarcia umowy, zaś w przypadku uchylenia się składającego ofertę (wykonawcy) uprawnia oblata do zatrzymania wadium. Po upływie terminu związania ofertą instytucja ta chroni składającego ofertę, tj. daje mu prawo do uchylenia się od zawarcia umowy bez możliwości poniesienia tego negatywnych konsekwencji – nawet w przypadku przyjęcia oferty przez jej adresata i istnienia po jego stronie woli zawarcia umowy. Nie oznacza to jednak, iż po upływie terminu związania ofertą nie może dojść do zawarcia umowy, gdyż w takim przypadku brak jest jedynie po stronie składającego ofertę (wykonawcy) takiego obowiązku. Jeżeli po upływie terminu związania ofertą istnieje zgodna wola stron zawarcia umowy wola ta może zostać zmaterializowana poprzez jej podpisanie.

Należy również wskazać, iż instytucja związania ofertą w ustawie Pzp jest ściśle powiązana z zabezpieczeniem oferty wadium. Współistnienie tych dwóch elementów oferty umożliwia zamawiającemu ochronę jego interesów przez wyposażenie go w skuteczne ekonomiczne narzędzie sankcjonujące działania lub zaniechania wykonawcy zmierzające do pozbawienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jego zasadniczego celu, tj. zakończenia postępowania zawarciem umowy.

Kwestią niesporną w doktrynie i orzecznictwie jest uznanie zawarcia umowy jako zasadniczego celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym podmiot zamawiający jest zobligowany w ramach swoich działań do realizacji tego celu, tj. dążenia do wyboru najkorzystniejszej oferty i tym samym zawarcia z wykonawcą, który taką ofertę złożył, umowy. Cel taki również winien przyświecać organom stosującym prawo w ramach wykładni celowościowej przepisów ustawy Pzp. Tak też zostało wskazane w uzasadnieniu postanowienia Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10), w którym czytamy, że: *„Interpretacja norm prawnych zawartych w Prawie zamówień publicznych winna być dokonywana przede wszystkim w świetle celu tego postępowania, to jest, jak zasadnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc wydatkowania pieniędzy publicznych w sposób racjonalny i celowy poprzez uzyskanie za jak najniższą cenę ekwiwalentu w postaci usługi, towaru. To temu*

14

celowi służyło wprowadzenie przez ustawodawcę unormowania Prawo zamówień publicznych”.

Zatem dla realizacji tego celu istotne jest bowiem aby w momencie zawierania umowy istniała zgodna wola stron jej zawarcia oraz aby przed wyborem oferty najkorzystniejszej wykonawca uzewnętrznił Zamawiającemu swoją wolę – w tym również odnoszącą się do przedłużonego okresu związania.

Specyfika postępowania prowadzonego w oparciu o ustawę Pzp wymaga również aby doszło do podpisania umowy z wykonawcą nie podlegającym wykluczeniu z postępowania, który złożył niewadliwą ofertę, jak również aby czynności podmiotu zamawiającego zmierzające do wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej były zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Tym samym w postępowaniu winno dojść do podpisania umowy z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Należy również wskazać, iż brak możliwości poddania złożonej w postępowaniu oferty ocenie, w oparciu o kryteria oceny oferty, może nastąpić jedynie wskutek odrzucenia takiej oferty. Zarówno w przypadku bezpośredniego odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 – 8 oraz art. 90 ust. 3, jak również w przypadku uznania ją za odrzuconą na mocy art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie dochodzi do oceny takiej oferty w oparciu o kryteria oceny ofert. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nie zna innych mechanizmów eliminacji takiej ofert z postępowania.

Ustawa Pzp nie zawiera instytucji umożliwiających „pominięcie” oferty nie podlegającej odrzuceniu. Eliminacja oferty z postępowania ze względu jej jakąkolwiek wadę winna nastąpić przez jej odrzucenie w oparciu o normy prawne wyrażone w przepisach ustawy Pzp. Wszakże ustawodawca nawet z wykluczeniem wykonawcy z postępowania wiąże domniemanie, że ofertę taką uznaje się za odrzuconą.

Izba wskazuje, że w ramach niniejszego postępowania sam Zamawiający miał trudności z kwalifikacją i określeniem podstaw do wyeliminowania oferty Odwołującego. Na powyższe wskazuje uzasadnienie dokonanej w dniu 28.02.2012 r. przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania. Choć w pierwszym akapicie wskazał, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu w dalszej części pisma z dnia 28.02.2012 r. wskazał, iż: „Z uwagi na upływ terminu związania ofertą jak również upływ terminu ważności wadium w przypadku pozostałych Wykonawców a w konsekwencji brak ważnych ofert w postępowaniu, Zamawiający postanowił unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 – ustawy Pzp”. W ocenie Izby powyższe uzasadnienie nie wyjaśnia powodu uznania, iż w

15

postępowaniu brak jest ważnych ofert w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Należy zatem domniemywać, iż braku ważnych ofert Zamawiający upatrywał w upływie terminu związania oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę treść art. 93 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający winien o unieważnieniu postępowania zawiadomić równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty – w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W ocenie Izby jeżeli wskazana przez Zamawiającego przesłanka unieważnienia jest czynnością wynikową (następczą) – winien on podać uzasadnienie faktyczne i prawne czynności stanowiących podstawę do jej zastosowania. Wszakże to całokształt czynności Zamawiającego w toku postępowania stanowi podstawę do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej i tym samym stawianie zarzutów nie może zostać pozostawione domnianiom wykonawcy. Stoi temu na przeszkodzie zasada jawności postępowania wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasada pisemności, która odnosi się również do obowiązku wykazania podstaw faktycznych oraz prawnych czynności przedsięwziętych w toku postępowania przez zamawiającego. Wszakże, co wynika z treści odwołania, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp został podniesiony przez Odwołującego w oparciu o jego domniemania i przypuszczenia związane z informacją o unieważnieniu postępowania.

W tym zakresie Izba ten element uzasadnienia dla czynności Zamawiającego, przy uwzględnianiu jego oświadczenia zawartego w toku rozprawy o dysponowaniu wadium wniesionym w formie gotówki przez Odwołującego, ogranicza jedynie do kwestii upływu terminu związania ofertą Odwołującego. Należy zatem wskazać, iż podniesiona przez Zamawiającego w piśmie z dnia 28.02.2012 r. kwestia upływu terminu ważności wadium odnosi się do wykonawcy IASON GmbH.

Odnosząc się do powyższego Izba widzi konieczność obszernego przytoczenia fragmentu uzasadnienia wspomnianego wyżej postanowienia Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10), w którym zostało wskazane, że: „Przechodząc więc do dalszych zarzutów skargi zamawiającego, w szczególności interpretacji art. 24 ustęp 2 pkt 2 Pzp, to Sąd Okręgowy również podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dokonanej przez nią interpretacji tejże normy prawnej. Stosownie do treści art. 24 ustęp 2 punkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy (...) nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost, iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się na przedłużenie okresu

16

związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał, brak jest podstaw dla

stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody, nie zgodził się, na przedłużenie okresu związania ofertą. Za powyższym przemawia również dokonana przez Sąd Okręgowy wykładnia systemowa, to jest odczytanie treści art. 24 ustęp 2 pkt 2 Pzp w świetle powoływanego zresztą przez skarżącego art. 85 ustęp 2 Pzp. Zgodnie z tą normą wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na trzy dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Norma ta wskazuje więc na dwie możliwości. Pierwsza to kiedy wykonawca samodzielnie przedłuża termin związania ofertą, druga kiedy to zamawiający zwróci się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu. W korelacji właśnie z drugą z tych możliwości, posługując się zresztą dokładnie tym samym określeniem (odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie terminu) pozostaje możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego. Gdyby bowiem ustawodawca chciał, aby podstaw wykluczenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ustęp 2 Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 24 ustęp 2 pkt 2 nie zastosowałby z pewnością odnośnika do wyrażenia zgody, a to określenia nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, ale określenia typu nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą, nie przedłużyli okresu związania ofertą i tym podobne. Ustawodawca użył natomiast wyraźnego określenia „nie zgodzili się: odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ustęp 2 Pzp.

Interpretacja ta pozostaje również odzwierciedleniem dokonania analizy niniejszego w świetle wykładni celowościowej. Jak bowiem już wskazano na wstępie, to zamawiający odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne przeprowadzenie postępowania przetargowego. To on w istocie decyduje o dacie wyboru oferty, stąd posiada możliwość kontroli czy termin wynikający z art. 85 ustęp 1 Pzp upłynie przed czy po terminie wyboru oferty. Ograniczenie, iż zamawiający może zwrócić się tylko raz o przedłużenie terminu związania ofertą ma na celu właśnie mobilizację zamawiającego do sprawnego i racjonalnego prowadzenia postępowania przetargowego i nienarażania wykonawcy na zbyt długi termin związania ofertą. Należy wskazać, iż przedłużenie tego terminu leży w interesie zamawiającego. To on bowiem dzięki temu ma pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu. Czas ten jednak, jeżeli chodzi o inicjatywę zamawiającego jest ograniczony przez ustawodawcę, co zważywszy na zmieniające się warunki rynkowe znajduje swoje praktyczne podstawy. Termin trzydniowy przed upływem

terminu związania ofertą jest to termin zastrzeżony przede wszystkim na rzecz wykonawcy, aby miał możliwość podjęcia decyzji w tym przedmiocie nie będąc stawianym w sytuacji konieczności zbyt rychłego podjęcia decyzji. Albo zamawiający z możliwości przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 skorzysta chcąc zapewnić sobie pewność co do aktualności treści oferty i w przypadku braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą otworzy sobie możliwość wykluczenia oferenta – na zasadzie art. 24 ustęp 2 pkt 2, albo też zaniedbując upływ przedmiotowego terminu pozbawi się możliwości jego wykluczenia, a tym samym uznania oferty takiego wykonawcy za odrzuconą. Art. 24 Pzp stanowi bowiem katalog zamknięty, a ze względu na charakter zawartego w nim uregulowania wykluczonym jest jakkolwiek rozszerzającą jego interpretację”. W podsumowaniu Sąd Okręgowy wskazał, iż: „Reasumując, tylko więc, jeżeli o przyczyny, których dotyczy art. 24 Pzp, to tylko w przypadku spełnienia przesłanek przewidzianych właśnie w art. 24 Pzp możliwym jest odrzucenie oferty. Konkretnie rzecz biorąc, w przypadku upływu okresu związania ofertą możliwe jest odrzucenie tej oferty tylko w przypadku, kiedy zostaną spełnione przesłanki z art. 24 ustęp 2 punkt 2, a więc w przypadku braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, a więc – jak wskazano powyżej w wywodzie prawnym – po uprzednim wezwaniu. W braku wezwania, pomimo upływie tego terminu, brak jest podstaw dla odrzucenia oferty”.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie miał zatem podstaw do unieważnienia postępowania. W niniejszym stanie faktycznym Izba ustaliła, iż Zamawiający nie uznał oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, nie dokonał zwrotu wadium na rzecz Odwołującego, jak również nie wystosował w odniesieniu do niego wezwania odnoszącego się do przedłużenia okresu związania ofertą. Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie znalazła podstaw do pominięcia

oferty Odwołującego i tym samym uznania, iż postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wszakże uregulowana w powyższym przepisie przesłanka jest uwarunkowana brakiem złożenia w postępowaniu jakiegokolwiek oferty niepodlegającej odrzuceniu, tj. warunku, którego spełnienia nie sposób doszukać się w przedmiotowym stanie faktycznym.

Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym nie tylko wprost nie wykluczył Odwołującego, jak również nie odrzucił złożonej przez niego oferty ale, w ocenie Izby, nie miał podstaw prawnych do dokonania takich czynności. W tym zakresie Izba w całości podzieliła argumentację Sądu Okręgowego w Rzeszowie obszernie zacytowaną w poprzedzającym akapicie.

W dalszej kolejności Izba wskazuje na ścisłe powiązanie instytucji związania ofertą z kwestią zabezpieczenia oferty wadium. Powyższe odnosi ten skutek, iż możliwość

18

zatrzymania przez zamawiającego wadium w przypadku odmowy przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, podpisania umowy stanowi sankcję ekonomiczną i tym samym stanowi skuteczne i dotkliwe finansowo narzędzie w rękach zamawiającego mające na celu realizację uprawnień mających swoje źródło w instytucji związania ofertą. Wszakże brak zabezpieczenia oferty wadium powoduje ten skutek, iż podmiot zamawiający nie dysponuje w odniesieniu do wykonawcy, który odmówił w okresie związania ofertą podpisania umowy żadnym innym tak skutecznym i łatwym do wykorzystania narzędziem przymuszającym takiego wykonawcę do wypełnienia swojego zobowiązania. Powyższe powiązanie wadium i pojęcia związania ofertą znajduje swoje źródło w treści art. 85 ust. 4 ustawy Pzp.

Analizując kwestię ciągłości związania ofertą należy wskazać, iż ustawodawca w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza w odniesieniu do wadium możliwość jego powtórnego wniesienia. Możliwość wniesienia nowego wadium dopuszcza również, wspomniany wyżej, art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Wszakże zamawiający w toku postępowania jego zobligowany do zawezwania wykonawcy do złożenia nowego wadium w oparciu o art. 46 ust. 3 ustawy Pzp – a więc od wykonawcy, któremu wadium zostało zwrócone w oparciu o art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powiązanie obu tych instytucji, tj. związania ofertą oraz zabezpieczenia wadium dopuszczenie przez ustawodawcę możliwości wniesienia nowego wadium – a więc tym samym dopuszczalność „luki czasowej” w jego funkcjonowaniu przełożyć można również na element związania ofertą.

Izba nie podzieliła podniesionego w toku rozprawy przez Przystępującego argumentu, że z treści art. 85 ust. 2 ustawy Pzp należy wyprowadzić wniosek, że za skuteczne przedłużenie terminu związania ofertą należy uznać jego dokonanie przed upływem tego terminu. Przystępujący wskazał ponadto, że oferta dla której upłynął termin związania przestaje istnieć, zaś wznowienie tego terminu po jego upływie należałoby uznać za złożenie nowej oferty.

Przeciwko takiemu stanowisku przemawia szereg ważkich argumentów. Po pierwsze pojęcie związania ofertą jest kwestią woli a nie faktów. Kwestia, czy wykonawca wyraża wolę zawarcia umowy po upływie okresu związania ofertą stanowi jego wyłączną domenę związaną z zasadą swobody umów. Jak każde oświadczenie woli wymaga ono jedynie uzewnętrznienia.

Biorąc pod uwagę cel i znaczenie pojęcia związania ofertą moment jego uzewnętrznienia, w odniesieniu do możliwości zawarcia z wykonawcą ważnej umowy, należy oceniać w sposób elastyczny. Powyższe stanowisko zostało zaprezentowane w przywołanej w toku rozprawy przez Odwołującego uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2011 r. o sygn. akt KIO/KD 44/11, której zasadnicze tezy w tym zakresie Izba, w niniejszym

19

składzie, w całości podziela. W powyższej uchwale zostało bowiem wskazane, że:
„Wyrażany jest pogląd, iż upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany jako nie skutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia

podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z tego postępowania. Wskazuje się, że po upływie terminu związania ofertą, oferta nadal pozostaje ofertą a to nie uprawnia zamawiającego do automatycznego nierozpatrywania takiej oferty i uważa że brak związania ofertą oznacza tylko brak obowiązku zrealizowania treści oferty po stronie wykonawcy, ale nie oznacza braku prawa tegoż wykonawcy do zrealizowania treści oferty. Skoro zatem żaden przepis prawa nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest, nie ma podstaw, aby nie dokonywać oceny tej oferty. W związku z powyższym Zamawiający, na którym ciąży obowiązek wybrania oferty najkorzystniejszej wg kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu, powinien zwrócić się do wykonawcy nie związanego ofertą z pytaniem, czy ten jest gotowy mimo braku związania ofertą, zawrzeć umowę na warunkach wskazanych w tej ofercie. Gotowość wyrażona przez wykonawcę obliguje Zamawiającego do zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę”.

Przy przyjęciu zasady elastycznego podejścia do momentu zmaterializowania się w toku postępowania konieczności wyrażenia woli zawarcia umowy, przez czynność przedłużenia okresu związania ofertą, Izba widzi konieczność indywidualnego podejścia do tego zagadnienia. Dynamika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może wszakże prowadzić do zmiany sytuacji poszczególnych wykonawców. Tym samym wykonawca, który nie widział szansy uzyskania zamówienia może na skutek działań innych uczestników postępowania taką szansę uzyskać. Powyższa okoliczność została zasygnalizowana w dalszej części uzasadnienia uchwały Krajowej Izby Odwoławczej podjętej w sprawie o sygn. akt KIO/KD 44/11, gdzie zostało wskazane, że: „Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że istotne dla dalszego udziału w postępowaniu danego wykonawcy czynności, takie jak oświadczenie o związaniu ofertą oraz terminie tego związania, jak również zadbanie o zabezpieczenie oferty wadium przez okres trwania postępowania są, co do zasady, czynnościami podlegającymi dyspozycji wykonawcy, bowiem to on ma interes w wyrażaniu i podtrzymywaniu woli zawarcia umowy z zamawiającym, przy czym intencja ta może ulec zmianie wraz z upływem czasu, co pozostaje tylko w gestii zainteresowanego wykonawcy”.

Jak wskazano w powyższej uchwale oraz jak wskazał Odwołujący w treści odwołania, który to pogląd w ocenie Izby należy w całości podzielić, w obecnym stanie prawnym brak

jest przepisu, który nakazywałby zawarcie umowy przed upływem terminu związania ofertą. Zatem wyrażenie przez wykonawcę woli w przedmiocie związania ofertą po upływie okresu związania nie stoi na przeszkodzie do zawarcia umowy i tym samym nie uprawnia do uznania, że oferta przestała istnieć. Powyższe nie uprawnia również Zamawiającego do pominięcia takiego oświadczenia w toku trwającego nadal postępowania.

Ponadto ustawodawca możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania i tym samym uznania złożonej przez takiego wykonawcę oferty za odrzuconą wiąże jedynie z brakiem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą – a więc wiąże jedynie z negatywnym oświadczeniem w tym zakresie. Powyższe wynika jednoznacznie z przywołanego wyżej postanowienia Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10). W takim bowiem wypadku wykonawca oświadcza *pro futuro*, iż nie posiada woli zawarcia z zamawiającym umowy – a więc nie czuje się ofertą związany. Złożenie przez wykonawcę, na którymkolwiek etapie postępowania, oświadczenia akceptującego (nie zaś negatywnego) powoduje, iż istnieje możliwość zawarcia umowy, gdyż istnieje w tym zakresie po jego stronie wola jej podpisania oraz wykonania.

Biorąc pod uwagę analizowany stan faktyczny, tj. okoliczności niniejszej sprawy oraz ich specyfikę, nie sposób odmówić Odwołującemu wymaganego dla wykonawców braku staranności. Należy bowiem wskazać, iż w ramach niniejszego postępowania doszło już do wyboru oferty najkorzystniejszej i za taką ofertą została uznana oferta złożona przez Przystępującego. Choć nie doszło do skutecznego zaskarżenia tej czynności przez Odwołującego należy wskazać, iż podjął on działania zmierzające do utrzymania swojej oferty w postępowaniu. Prowadził nadal korespondencję z Zamawiającym, jak również nie złożył wniosku o zwrot wadium. Ponadto, choć po upływie okresu związania ofertą, złożył oświadczenie, że nadal czuje się związany złożoną w postępowaniu ofertą. Przy uwzględnieniu powyższych okoliczności zasługuje na uwagę stanowisko wyrażone w

komentarzu do art. 85 ustawy Pzp (M. Stachowiak, J. Jerzykowski. W. Dzierżanowski – Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX 2010 wydanie IV), gdzie zostało wskazane, że: „Zasada przedłużania terminu związania ofertą wraz z jednoczesnym przedłużeniem terminu ważności wadium komentowana w tezie 6 nie znajduje w pełni zastosowania, gdy do przedłużenia terminu związania ofertą dochodzi po wyborze oferty najkorzystniejszej. Przy czym zwrot „po wyborze oferty najkorzystniejszej” użyty w art. 85 ust. 4 należy rozumieć jako po otrzymaniu przez wykonawców zawiadomienia o tym wyborze najkorzystniejszej oferty. Brak wiedzy o tym, że zamawiający dokonał już takiej czynności, upoważnia wykonawców do zachowania właściwego dla czasu przed wyborem oferty. Dokonując czynności przedłużenia terminu związania ofertą po otrzymaniu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcy mogą wyrazić zgodę na dalsze związanie ofertą, nie przedłużając ważności

wadium. Obowiązek ten dotyczy wyłącznie wykonawcy, którego oferta została wybrana. Brak wniesienia (przedłużenia) wadium nie będzie jednak przesłanką wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2. Wybór najkorzystniejszej oferty bowiem już nastąpił, a tym samym czynności wykluczania miały miejsce. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 dotyczący obowiązku wykluczania należy więc interpretować w taki sposób, który uwzględni wyjątek opisany w komentowanym przepisie. Inna interpretacja prowadziłaby do wykluczania z postępowania ze względu na brak wadium tych wykonawców, którzy nie wnosząc wadium, nie naruszyli żadnego przepisu prawa. Wykluczanie z postępowania za zachowanie zgodne z prawem byłoby bez wątpienia działaniem sprzecznym z podstawowymi zasadami prawa”.

Powyższe wskazuje, iż nawet wniosek o zwrot wadium przez Odwołującego, po dokonaniu przez Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, nie stanowiłby przeszkody do zawarcia z Odwołującym w przyszłości umowy.

W tym miejscu na aprobatę zasługuje założenie, iż Odwołujący, przy uwzględnieniu istniejącego etapu postępowania, nie miał obowiązku dochowania staranności właściwej dla wykonawcy, który widzi możliwość zawarcia umowy. Wszakże Zamawiający nie dokonał wyboru oferty Odwołującego, jak również nie komunikował zamiaru unieważnienia dotychczasowych czynności i ich konwalidacji. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący niejako z ostrożności w dniu 24.02.2012 r. złożył oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą. Zachowanie powyższe należy uznać za szczególnego rodzaju staranność Odwołującego w zakomunikowaniu Zamawiającemu woli zawarcia umowy. Wszakże dotychczasowe czynności Zamawiającego nie stanowiły jakichkolwiek podstaw pozwalających zakładać, iż może dojść do zawarcia umowy z Odwołującym.

Biorąc pod uwagę cywilistyczne znaczenie oferty, w ocenie Izby, trudno jest przychylić się do stanowiska Przystępującego o jej braku albo jej nieważności w przypadku, gdy podmiot, który złożył ofertę oświadcza oblatowi, iż nadal czuje się nią związany i wyraża wolę zawarcia umowy. Pominięcie takiego oświadczenia stałoby wszakże w sprzeczności z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszakże złożenie takiego oświadczenia przez Odwołującego powoduje, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia przynajmniej z jedną ważną ofertą, która dotychczas nie została odrzucona przez Zamawiającego i nie uległa jakiegokolwiek zmianie.

W ocenie Izby nie zasługuje również na uznanie argumentacja Przystępującego, który wskazał w toku rozprawy, iż treść art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, że jedynie złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą w okresie jego obowiązywania należy uznać za skuteczne. W powyższym przepisie brak jest bowiem wymogu, aby czynność przedłużenia terminu miała swoje miejsce w okresie związania ofertą. W ocenie Izby użycie w powyższym przepisie zwrotu „przedłużyć termin” jest wynikiem skutków takiej czynności, tj.

skutku w postaci przeciągnięcia związania o kolejny okres – dłuższy niż pierwotny. Wówczas bowiem dochodzi do związania ofertą przez kolejny okres czasu oznaczony zazwyczaj terminem końcowym lub pewnym okresem czasu, o który pierwotny okres ulega przedłużeniu. Wszakże końcowy termin, a więc data do której wykonawca jest związany ofertą, zamyka określony okres czasu i stanowi ona zamknięcie okresu związania. Jak

stanowi powyższy przepis zgoda na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres odnosi się do okresu, zaś zwrot „przedłużenie terminu” stanowi jedynie zwyczajowo przyjęte sformułowanie, którego użycie przez ustawodawcę nie zmienia faktu, iż czynność ta dotyczy okresu związania ofertą (obejmującego określoną ilość następujących po sobie jednostek czasu), a nie terminu związania. Okres ten obejmuje zatem dwa terminy – termin początkowy oraz termin końcowy. Należy w tym miejscu wskazać, iż ustawodawca w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdzie jest również mowa o czynności przedłużenia, posługuje się pojęciem „okres związania ofertą”. Ponadto należy wskazać, iż przedłużenie związania ofertą może nastąpić również przed jego rozpoczęciem. Wszakże w postępowaniach prowadzonych w oparciu o przepisy ustawy Pzp rozpoczęcie biegu związania ofertą następuje, zgodnie z art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, wraz z upływem terminu składania ofert. Okoliczność, że wykonawca może złożyć ofertę w dowolnym czasie przed terminem składania ofert powoduje, iż w dowolnym czasie do rozpoczęcia biegu terminu związania ofertą może ten okres również wydłużyć. Wobec powyższego wykonawca nie ma obowiązku wskazywania terminu początkowego i końcowego tego okresu, gdyż powyższe elementy każdorazowo można ustalić w oparciu o unormowania ustawy Pzp. Wystarczy, że wskaże okres (ilość dni), o który ma wolę przedłużyć związanie. Ma to na celu wyeliminowanie niepożądanych następstw w sytuacji, gdyby po złożeniu oferty przez wykonawcę a przed terminem składania ofert doszło do przedłużenia terminu składania ofert przez Zamawiającego. W oparciu o powyższe można również przyjąć, iż oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą o określoną liczbę dni odnosi ten skutek, iż początkiem biegu nowego okresu związania jest dzień po upływie okresu pierwotnego. Zatem czynność odnosząca się do przedłużenia okresu związania ofertą może być dokonana zarówno przed rozpoczęciem jego biegu, jak również po jego upływie.

Odnosząc się do zaprezentowanego na rozprawie stanowiska Przystępującego należy również wskazać na istotną zmianę treści art. 66 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, który w pierwotnym brzmieniu wskazywał, że: *„Kto oświadczył drugiej stronie wolę zawarcia umowy, określając w oświadczeniu jej istotne postanowienia (oferta), i oznaczył termin, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, ten jest ofertą związany aż do upływu oznaczonego terminu”*. Wprowadzona z dniem 25.09.2003 r. zmiana powyższego przepisu ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2003 r. Nr 49, poz. 408) nadała jego pierwszemu paragrafowi

następujące brzmienie: *„Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”*. Dopiero drugi paragraf art. 66 ustawy Kodeks cywilny traktuje o związaniu ofertą stanowiąc, że: *„Jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie; złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia”*. Powyższa zmiana ogranicza istotne składniki oferty do istotnych postanowień umowy i kwestię terminu związania czyni odrębnym elementem uregulowanym poza definicją oferty.

Izba nie widzi podstaw do uznania, iż upływ terminu związania ofertą powoduje, iż oferta taka przestaje istnieć lub wygasa, na co wskazał w toku rozprawy Przystępujący. Na rolę instytucji związania wskazano w komentarzu do art. 66 ustawy Kodeks cywilny (Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna. LEX 2009 pod redakcją A. Kidyby), gdzie czytamy, że: *„Stan związania ofertą wyraża się tym, że po jej złożeniu oferent w zasadzie nie ma wpływu na dojście umowy do skutku. Zawarcie umowy następuje na skutek złożenia przez oblata jednostronnego oświadczenia woli o przyjęciu oferty, a więc zależy wyłącznie od decyzji oblata”*. Oznacza to, iż stan związania odnosi się jedynie do skutku złożenia oferty, a nie jej bytu jako oświadczenia woli. Oświadczenie o dalszym związaniu ofertą precyzujące przedmiot tego oświadczenia nie powoduje złożenia nowej oferty ale rozciąga skutki tego oświadczenia na dalszy okres czasu. Ponadto, jak wyżej wskazano, na mocy art. 85 ust. 5 ustawy Pzp bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, co przy przyjęciu słuszności stanowiska Przystępującego i uzależnienia istnienia oferty od obowiązywania okresu związania powodowałoby założenie, iż o ofercie możemy dopiero

mówić od momentu upływu terminu otwarcia ofert. Przeciwnie takiemu stanowisku przemawia wykładnia systemowa przepisów ustawy Pzp. Wszakże zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może, przed upływem terminu składania ofert (a więc przed rozpoczęciem biegu terminu związania ofertą), zmienić lub wycofać ofertę.

Tym samym Izba uznała, iż nie sposób uznać za istniejącą tylko taką ofertę, którą wykonawca był związany nieprzerwanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy uwzględnieniu okoliczności niniejszej sprawy Izba uznała, iż brak było podstaw do pominięcia przez Zamawiającego oferty Odwołującego w ramach niniejszego postępowania ze względu na złożenie oświadczenia o związaniu ofertą po upływie pierwotnego okresu związania. Izba nie znalazła także podstaw dla pominięcia przez

24

Zamawiającego złożonego przez Odwołującego w dniu 24.02.2012 r. oświadczenia woli odnoszącego się do przedłużenia okresu związania ofertą. Tym samym biorąc pod uwagę powyższe uznać należy, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wskutek unieważnienia przedmiotowego postępowania.

II. Biorąc pod uwagę podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 85 ust. 2 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż podzieliła w tym zakresie argumentację Zamawiającego o uprawniającym charakterze tego przepisu. Uwzględniając argumentację zawartą w cytowanym obszernie postanowieniu Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. o sygn. akt VI Ga 192/10 Izba uznała, iż ewentualne zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp przez Zamawiającego zmaterializowało się już po upływie okresu związania ofertą, co dostrzegł również sam Odwołujący składając w dniu 24.02.2012 r. stosowne oświadczenie. Z ustaleń Izby wynika bowiem, iż okres związania ofertą Odwołującego upłynął w dniu 13.02.2012 r., zaś jak wynika z treści odwołania Odwołujący poinformował Zamawiającego o pozytywnym rozstrzygnięciu odwołania o sygn. akt KIO 225/12, które zostało wydane w zbliżonym stanie faktycznym, w dniu 15.02.2012 r. Tym samym podstawa do podjęcia przez Zamawiającego decyzji zmierzającej do konwalidacji dotychczasowych czynności mogła zapaść w terminie uniemożliwiającym zwrócenie się do Odwołującego z wnioskiem na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób zarzucić Zamawiającemu naruszenie powyższego przepisu.

III. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż Odwołujący przepis ten uczynił przedmiotem zarzutu niejako z ostrożności, gdyż z informacji Zamawiającego zawartej w piśmie z dnia 28.02.2012 r. brak jest wprost wskazania tego przepisu jako podstawy jego działania.

W toku rozprawy Przystępujący wskazał, iż Odwołujący słusznie doszukuje się w tym przepisie podstawy czynności Zamawiającego. Izba wskazuje w tym miejscu, iż z treści odwołania wynika, iż Odwołujący, choć formalnie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wskazywał jednak raczej na brak możliwości zastosowania wyrażonej w powyższym przepisie normy prawnej w istniejącym w postępowaniu stanie faktycznym.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż brak jest podstaw do uznania jako podstawy działań Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i tym samym brak jest podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu.

25

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

26

27