

WYROK
z dnia 13 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2013 r. przez wykonawcę **Agencję Ochrony Osób i Mienia Reflex Sp. z o.o., ul. Wałowa 45, 26-600 Radom** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, Aleja Kraśnicka 25, 20-718 Lublin**,

przy udziale wykonawcy **Miejska Korporacja Komunikacyjna Spółka z o.o., ul. Antoniny Grygowej 56, 20-260 Lublin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Agencję Ochrony Osób i Mienia Reflex Sp. z o.o., ul. Wałowa 45, 26-600 Radom i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Agencję Ochrony Osób i Mienia Reflex Sp. z o.o., ul. Wałowa 45, 26-600 Radom tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Agencji Ochrony Osób i Mienia Reflex Sp. z o.o., ul. Wałowa 45, 26-600 Radom na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie, Aleja Kraśnicka 25, 20-718 Lublin kwotę 3 200 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. 1

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

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, ul. Kraśnicka; 20-718 Lublin, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Usługę prowadzenia kontroli dokumentów przewozu i dokumentów poświadczających uprawnienia do ulgowych albo bezpłatnych przejazdów w pojazdach komunikacji miejskiej realizujących przewozy zlecane przez ZTM w Lublinie*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907).

Zamawiający dnia 23 października 2013 roku przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 31 października 2013 roku wykonawca Agencja Ochrony Osób i Mienia Reflex sp. z o.o., ul. Wałowa 45; 26-600 Radom (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego,
2. art. 85 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez celowe zaniechanie wezwania odwołującego do ponownego wniesienia wadium oraz zaniechanie wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie uznania za najkorzystniejszą oferty najtańszej, spełniającej wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. oferty złożonej przez odwołującego,
4. art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do ponownego wniesienia wadium,
5. innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 3) nakazanie uznania, że ofertę najkorzystniejszą złożył odwołujący.

Odwołujący wskazał, że poprzez uznanie, że ofertę najkorzystniejszą złożył wykonawca Miejska Korporacja Komunikacyjna sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, mimo że to odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę, zamawiający pozbawił odwołującego mającego interes w uzyskaniu zamówienia możliwości uzyskania tego zamówienia. Odwołujący złożył 3

najkorzystniejszą ofertę, spełniającą wszystkie wymagania s.i.w.z., jednakże zamawiający celowo zaniechał wezwania odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą i nie wezwał odwołującego do ponownego wniesienia wadium, a w konsekwencji bezpodstawnie wykluczył odwołującego pozbawiając go tym samym możliwości uzyskania zamówienia. Spowodowało to bowiem, że oferta odwołującego nie została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym zamawiający poprzez naruszenie przepisów ustawy naraża odwołującego na możliwość poniesienia szkody.

Zamawiający dnia 31 października 2013 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania.

Dnia 4 listopada 2013 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Miejska Korporacja Komunikacyjna sp. z o.o., ul. A. Grygowej 56; 20-260 Lublin.

Zamawiający, dnia 7 listopada 2013 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz złożone w pismach uczestnika postępowania odwoławczego, procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Odwołujący wskazał, iż działania zamawiającego podejmowane w stosunku do odwołującego w przedmiotowym postępowaniu należało uznać za kuriozalne. Po otwarciu ofert, kiedy okazało się, że odwołujący złożył korzystniejszą cenowo ofertę niż miejscowa spółka z Lublina zamawiający rozpoczął dążenia do wyeliminowania odwołującego z postępowania. Nieprawidłowość tych działań zamawiającego potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 października 2013 r. W wyroku tym Izba unieważniła czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Miejską Korporację Komunikacyjną sp. z o.o. z siedzibą we Lublinie i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Jednakże zamawiający zamiast wykonać wyrok, który z dniem ogłoszenia stał się wykonalny, odczekał kilkanaście dni nie podejmując żadnych czynności w postępowaniu, po czym wykluczył odwołującego, z powodu tego, że odwołujący nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą.

Jako podstawę wykluczenia odwołującego zamawiający wskazał przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego zamawiający najpierw powinien wykonać wyrok tj. dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a dopiero potem - jeżeli w wyznaczonym terminie wadium nie zostanie wniesione - ma prawo dokonać czynności wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego, drugą przesłanką wskazaną w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jest niewyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Jednakże literalne brzmienie tego przepisu wyraźnie wskazuje, że dyspozycja normy wynikającej z tego przepisu odnosi się do sytuacji, w której zamawiający występuje do wykonawców w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. 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. Oświadczenia takiego nie można domniemywać, brak jest bowiem podstaw ku temu, a w szczególności brak jest podstawy prawnej, który stanowiłby uprawnienie do przyjęcia takiego domniemania o takiego domniemania. Tymczasem w przypadku tego postępowania wezwania takiego nie było, a więc bezpodstawne jest twierdzenie zamawiającego, że zaistniała przesłanka określona w tym przepisie, bo odwołujący samodzielnie nie dokonał przedłużenia okresu związania 5

ofertą. Odwołujący zauważył, iż przepisy powyższe pozostają ze sobą w związku, co słusznie zauważa KIO w wyroku KIO 124/13: „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.” Na brak możliwości wykluczenia wykonawcy w sytuacji, jaka zaistniała w tym postępowaniu wskazała również KIO w innym orzeczeniu: „W odniesieniu do drugiego powodu, który przyświecał Zamawianemu w zakresie wykluczenia Odwołującego, to jest braku oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą na okres po 12 kwietnia 2013 r., uznano, że powyższe także nie może być podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania. Podzielono w powyższym zakresie pogląd, jaki jest wyrażany w orzecznictwie oraz doktrynie, że upływ terminu związania ofertą bez jego wyraźnego 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 (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2013-05-21, KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13).

Odwołujący wskazał, iż błędne jest stanowisko zamawiającego, że po upływie terminu związania ofertą oferta staje się nieważna i nie ma możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że upływ terminu związania ofertą nie powoduje, że umowa nie może być zawarta. Rozważyć bowiem należy jaki jest cel instytucji związania ofertą i jakie znaczenie ma ta instytucja dla obu stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak słusznie wskazuje KIO w jednym z orzeczeń: „Instytucja związania ofertą uregulowana została w ustawie Pzp w sposób specyficzny, gdyż termin związania ofertą określa Zamawiający - a więc adresat oferty. 6

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.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2012-03-19, KIO 459/12).

Stanowisko to jest całkowicie słuszne i zgodne nie tylko z przepisami pzp, ale odpowiada również prawu cywilnemu, które znajduje w pzp zastosowanie na podstawie art. 14 ustawy. Odwołujący podkreślił, iż utrwalony w orzecznictwie jest pogląd, iż upływ terminu związania ofertą nie wyklucza możliwości zawarcia ważnej umowy: „Ustawa - Prawo zamówień publicznych, nie zawiera przepisu, który wprost by stanowił o tym, że wybranie oferty co do której wykonawca nie posiada aktualnego oświadczenia o związaniu jej treścią jest nieważne, a umowa zawarta z takim wykonawcą jest nieważna lub podlega unieważnieniu. Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o ważności i skuteczności złożonej oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, która nie wiąże wykonawcy, straciła cechy oferty i w związku z tym winna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2013 r., KIO 124/13). Wyrażany jest pogląd, iż upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany, jako nieskutkujący 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 7

z powyższym zamawiający, na którym ciąży obowiązek wybrania oferty najkorzystniej wg. kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu, powinien zwrócić się do wykonawcy niezwiązanego 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 (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2011 r. o sygn. akt KIO/KD 44/11).

Zamawiający wskazał, iż dokonując analizy prawnej w niniejszej sprawie, nie można pominąć istnienia art. 85 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje, iż oferty, jakie składają wykonawcy, są wiążące przez określony czas. Artykuł ten jest niezbędnym dla chroniąc go zamawiającego, przed możliwością przedwczesnej rezygnacji przez wykonawców z udziału w postępowaniu. Z drugiej strony przepis ten chroni również wykonawców, gdyż są oni związani swoimi ofertami jedynie przez określony czas, a po jego upływie mogą zrezygnować z udziału w postępowaniu bez żadnych negatywnych dla siebie konsekwencji. Przepis ten chroni więc wykonawców w sytuacji, gdy przedłużające się postępowanie i zmiany na rynku czynią niekorzystnym dalsze pozostawanie wykonawców w postępowaniu. Stąd ustawodawca przewidział porozumienie się pomiędzy zamawiającym i wykonawcą oraz wykonawcą i zamawiającym w celu uzyskania zgody na pozostawanie wykonawcy w postępowaniu przez kolejny określony czas. W tym miejscu warto również zwrócić uwagę, że zarówno ustawa Prawo zamówień publicznych, jak i przepisy Kodeksu cywilnego mówią, iż oferta wiąże przez czas określony. Zatem przepisy prawa, zarówno ogólne, jak i szczególne, wprowadzają zasadę, iż oferta nie wiąże w nieskończoność, ale wiąże przez czas oznaczony: w treści oferty albo wynikający z ustawy, albo wynikający z zachowania stron potencjalnego stosunku zobowiązaniowego (np. art. 66 § 2 Kodeksu cywilnego). Oferta zatem nie wiąże w nieskończoność, a prawo przewiduje konieczność określonego zachowania się.

Nie budzi zatem wątpliwości, iż wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym wykonawca był swoją ofertą związany wygasa. Tym samym staje się ona ofertą jedynie w znaczeniu historycznym lub substratem materialnym oferty, a nie wiążącym oferenta oświadczeniem woli o gotowości zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach.

Zamawiający podkreślił, że przesłanką możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nie jest uprzednie wezwanie wykonawcy przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Z treści artykułu 24 ustawy Pzp nie wynika aby brak zgody wykonawcy, o którym mowa w tym przepisie, musiał być poprzedzony wezwaniem zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Fakt, iż ustawodawca nie zawarł sformułowania w art. 24 ust. 2 pkt 2 „na wezwanie Zamawiającego”, 8

a jedynie „nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą” potwierdza, że w tym artykule jest także przesłanka do wykluczenia wykonawcy, który samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą (czyli nie wyraził zgody na przedłużenie związania ofertą), a nie tylko tego, który po wezwaniu zamawiającego nie przedłużył terminu związania ofertą (na wezwanie).

Powyższa teza znajduje odzwierciedlenie w treści uzasadnienia wyroku KIO 1924/12 z dnia 24 września 2012 r., gdzie Izba wskazała, iż „*Odwolujący na skutek własnych działań (lub zaniechań) doprowadził do wygaśnięcia ważności oferty w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W niniejszym postępowaniu brak już oferty, rozumianej jako wywierające skutki prawne i wiążące oferenta oświadczenie woli, zmierzające do wywołania i nawiązania, określonych w adekwatnych przepisach, dalszych skutków i stosunków prawnych - oferta ta nie może już zostać wybrana. Powyższa konkluzja wynika z braku przedłużenia okresu związania ofertą, czego następstwą związane są ze znaczeniem tej instytucji, ustalonym na gruncie przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego.*”. „*Należy wskazać, iż Pzp nie jest swoistą oderwaną od całego porządku prawnego, regulacją i zupełnie normującym stosunki danego rodzaju. Przeciwnie, ustawę należy potraktować jako lex specialis w stosunku do regulacji Kodeksu cywilnego, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów*”. (...) „*W przypadku wygaśnięcia związania ofertą, którego skutki definiować i rozpoznawać należy na gruncie Kodeksu cywilnego, których przepisy ustawy w tym zakresie nie modyfikują, ale pozostają z nimi w pełnej zgodności i korelacji. Oferta może więc być uznana za wygasłą czy niewiążącą, nawet bez jej formalnego odrzucenia lub wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepisy art. 89 i 24 Pzp. W tym zakresie należy w pełni poprzeć i powelić stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 7 września 2012 r. (sygn. akt KIO 1817/12 i 1822/12). Sprzecznym z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji byłoby jednakowe traktowanie wykonawców związanych złożoną ofertą (wobec których zamawiający zachowywałby wszelkie roszczenia wynikające ze związania ofertą) oraz wykonawców ofertą swoją niezwiązanych, którzy mogą zawrzeć umowę wyłącznie na zasadzie dobrowolności, co do których zamawiający nie ma żadnej pewności, że ofertą są związani, i którzy mogą w tym przedmiocie wielokrotnie zmieniać zdanie*”.

Zamawiający wskazał, że w prowadzonych przez siebie postępowaniach opiera się przede wszystkim na stosowaniu zasady równego traktowania uczestniczących w postępowaniu wykonawców. W zakresie okresu związania ofertą równą i taką samą zasadę w stosunku do wszystkich wykonawców również stosuje, że termin związania z ofertą powinien być nieprzerwany. Wiąże się nie tylko z zasadą równego traktowania wykonawców, ale i z sytuacją pozostałych wykonawców w postępowaniu, którzy chcieliby wiedzieć, czy konkurujący podmiot pozostaje w postępowaniu, czy wycofał się z niego. Zgodnie 9

z orzeczeniem KIO z dnia 19 kwietnia 2013 r. w sprawie o sygn. akt 776/13 „*Sprzecznym z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji byłoby jednakowe traktowanie wykonawców związanych złożoną ofertą, wobec których zamawiający zachowałby wszelkie roszczenia wynikające ze związania ofertą oraz wykonawców, ofertą swoją nie związanych, którzy mogą zawrzeć umowę na zasadzie dobrowolności, co do których zamawiający nie ma żadnej pewności, że ofertą są związani, i którzy mogą w tym przedmiocie zmieniać wielokrotnie zdanie.*”. Podobne stanowisko zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzeczeniu z dnia 31.01.2013r. w sprawie sygn. akt KIO 109/13.

W kolejnym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 23.12.2011 roku, w sprawie o sygn. akt KIO 2651/11 Izba stanowczo podkreśliła, iż „*z uwagi więc na artykuł 85 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż oferta wiąże jedynie przez określony w ustawie czas oraz na fakt, iż Odwołujący nie przedstawił dowodu, z którego wynika, iż przedłużył okres związania swojej oferty, należy uznać, iż Odwołujący nie jest związany ofertą. Brak jest dowodów na to, aby Odwołujący przedłużył okres związania ofertą. Odwołujący nie wyraził zatem (w przewidzianej prawem formie) woli co do pozostawania w toczącej się procedurze przetargowej. Nie zgodził się więc na przedłużenie okresu związania ofertą, co wypełnia przesłankę do wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dalsze więc pozostawanie przez wykonawców w postępowaniu zależy od ich działania wyrażonego w przewidzianej prawem formie, a w niniejszej sprawie działanie to nie zostało przez Odwołującego podjęte. (...) Fakt, iż ustawodawca nie zawarł sformułowania w art. 24 ust. 2 pkt 2 "na wezwanie Zamawiającego", a jedynie "nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą" potwierdza, że w tym artykule jest także przesłanka do wykluczenia wykonawcy, który samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą (czyli nie wyraził zgody na przedłużenie związania ofertą), a nie tylko tego, który po wezwaniu zamawiającego nie przedłużył terminu związania ofertą (na wezwanie).*”.

Podobne stanowisko zostało również wyrażone przez Izbę w wyrokach: z dnia 4 maja 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 856/11, z dnia 2 kwietnia 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 655/13, z dnia 9 maja 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 863/11, z dnia 9 lutego 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 163/12, z dnia 28 lutego 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 314/12.

Jednocześnie zamawiający wskazał, iż o ile ustawa dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, to wybranie oferty, którą wykonawca nie jest związany, narusza prawo. Należy odróżnić zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty poprzedzającej udzielenie zamówienia. Wybór oferty najkorzystniejszej musi nastąpić w terminie związania ofertą, a wykonawca winien być związany złożoną ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert.

Podobnie skład Izby wypowiedział się w wyroku KIO z dnia 31.01.2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 109/13 „*Należy odróżnić zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty poprzedzającej udzielenie zamówienia. Wybór oferty najkorzystniejszej musi wystąpić w terminie związania ofertą, a wykonawca winien być związany złożoną ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert (...) przyjęcie oferty która wygasła (...) będzie przyjęciem nowej oferty. O ile p.z.p. dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, to wybranie oferty, którą wykonawca nie jest związany, nie jest możliwe.*”.

Zamawiający nie zgodził się z argumentami strony odwołującej, iż wniesienie przez odwołującego odwołania w sprawie sygn. akt: KIO 2325/13, narażenie się na ryzyko kosztów w wysokości kilkunastu tysięcy złotych, po to aby odwołanie zostało rozpoznane może stanowić przesłankę do uznania, że ma on wolę przedłużenia okresu związania z ofertą. Jak

jednoznacznie wynika z rozstrzygnięć, jakie zapadają przed Krajową Izbą Odwoławczą, patrz między innymi wyrok KIO z dnia 24.09.2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1924/12 „Oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą winno być złożone w sposób wyraźny i jasny, w formie w siwz przewidzianej i dopuszczanej w art. 27 p.z.p. Nie podlega ono ustaleniu na podstawie innych czynności wykonawcy - korespondencji z zamawiającym, wnoszenia środków ochrony prawnej, wykonywania czynności faktycznych lub prawnych związanych z przedłużaniem ważności wadium.”.

Podobne stanowisko KIO zaprezentowało w swoim orzeczeniu z dnia 09.05.2011 r. w sprawie sygn. akt: KIO 1815/11, w którym KIO wskazuje, że „Nie można domniemywać, że wykonawca złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Oświadczenie to powinno zostać złożone w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości i w formie pisemnej. W świetle brzmienia przepisu art. 9 ust. 1 p.z.p. za całkowicie niewystarczające należy uznać oświadczenia składane bez zachowanie formy pisemnej, np. w formie dorozumianej lub konkludentnej. Rozmowom telefonicznym prowadzonym przez pracownika zamawiającego i wykonawcy nie można przyznać charakteru czynności złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Milczenie lub brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oznacza, że termin związania ofertą nie ulega przedłużeniu. Z uwagi na fakt, iż oferta nie może wiązać bezterminowo, w oświadczeniu o przedłużeniu terminu związania ofertą wykonawca powinien wskazać termin, do którego przedłuży okres związania ofertą (chyba, że termin ten wynika z zapytania skierowanego przez zamawiającego). Z treści art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. nie wynika, aby brak zgody wykonawcy, o którym mowa w tym przepisie, musiał być poprzedzony wezwaniem zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. W tym przepisie jest także przesłanka do wykluczenia wykonawcy, który samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą (czyli nie wyraził zgody na przedłużenie związania ofertą), a nie tylko tego, który po 11

wezwanie zamawiającego nie przedłużył terminu związania ofertą (na wezwanie). W p.z.p. istnieje instytucja związania ofertą, w związku z tym skutek prawny jej istnienia polega na tym, że nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, której termin związania upłynął”, czy w orzeczeniu z dnia 19.10.2010 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 2204/10: „P.z.p. nie pozwala na pozostawienie bez rozpatrzenia oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Każda oferta podlega rozpatrzeniu pod względem wymagań formalnych, a następnie merytorycznych, co w konsekwencji może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania lub odrzuceniem oferty. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, w każdym przypadku nie przedłużenia okresu związania ofertą. Dotyczy to zarówno sytuacji, gdy wykonawca odmawia przedłużenia tego okresu, składając na piśmie oświadczenie tej treści, jak też gdy wykonawca takiej zgody nie wyraża nie składając stosownego oświadczenia w sytuacji, gdy to zamawiający zwraca się do wykonawców o przedłużenie tego okresu, a także w przypadku, gdy z uwagi na brak takiej inicjatywy ze strony zamawiającego, wykonawca - nie wyraża takiej zgody samodzielnie. Przepis art. 85 ust. 2 p.z.p. nie formułuje nakazu, lecz zezwala zamawiającemu na zwrócenie się z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą, ograniczając to uprawnienie do jednorazowego wezwania w ściśle określonym terminie. Uprawnionym do przedłużenia terminu związania ofertą jest także wykonawca, który taką zgodę, co do zasady powinien wyrazić z upływem tego terminu. Taka zgoda nie może mieć charakteru dorozumianego, tęcz winna być oświadczeniem wykonawcy złożonym w formie pisemnej lub innej formie, dopuszczonej przepisami p.z.p., zgodnie z wyborem zamawiającego. Złożenie oświadczenia przez wykonawcę po upływie terminu związania ofertą i wyborze najkorzystniejszej oferty jest nieskuteczne.”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba podziela stanowisko zamawiającego wskazując, na następujące okoliczności faktyczne w sprawie. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 października 2013 roku, sygn. akt KIO 2325/13, uwzględniając odwołanie nakazała zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnić czynność wykluczenia odwołującego z postępowania oraz nakazała ponowić czynność badania i oceny ofert. Z uwagi na okoliczność, iż zgodnie z przepisem art. 182 ust. 6 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia, oferta odwołującego wiązała w przedmiotowym postępowaniu do dnia 14 października 2013 roku. Okoliczność powyższa

jest bezsporna.

Zamawiający, po ogłoszeniu orzeczenia, nie wszczynał czynności w postępowaniu, gdyż czekał do momentu otrzymania wyroku wraz z uzasadnieniem, która to okoliczność nastąpiła 12

w dniu 22 października 2013 roku. Dnia następnego, tj. 23 października 2013 roku, zamawiający dokonał powtórnej czynności badania i oceny ofert, stwierdzając, iż odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą, tj. ziściła się przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 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.

Jak literalnie wynika z wyżej cytowanego przepisu zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą. Dyspozycja powyższego przepisu nakłada jedynie obowiązek na zamawiającego, jeżeli zamawiający zdecyduje się wystąpić z takim wnioskiem do wykonawców, aby po pierwsze takie wystąpienie nastąpiło tylko raz, po drugie aby wystąpienie takie było wystosowane na co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający z uprawnienia powyższego nie skorzystał, pozostawiając w tym zakresie swobodę po stronie wykonawców. Jedynie na marginesie wskazać należy, że inny wykonawca z takiego obowiązku się wywiązał w terminie. Jak wynika z akt przedmiotowego postępowania, zgodnie z przepisem art. 85 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, termin związania ofertą został określony przez zamawiającego na 60 dni, liczonego od dnia wyznaczonego na składanie ofert.

W ocenie Izby, skoro zatem ustawodawca określił, w przepisie art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, terminy związania ofertą, uzależniając powyższe od wartości szacunkowej zamówienia, to w ramach tych terminów wykonawca, ubiegający się o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest zadbać o to, by oferta złożona w postępowaniu wiązała przez cały okres trwania procedury udzielenia zamówienia publicznego.

Biorąc powyższe pod uwagę, w szczególności mając na względzie okoliczność, iż wykonawca samodzielnie (jako profesjonalista) winien, dochowując należytej staranności, zadbać o to by jego oferta wiązała w określonym czasie, by mogła zostać (ewentualnie) wybrana, jako najkorzystniejsza, stwierdzić należało, że odwołujący należytej staranności nie dochował (vide: wyrok KIO z dnia 21 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 1060/13 „*To bowiem wykonawca, jako podmiot profesjonalny zobowiązany jest do działania z należyłą starannością poprzez podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.*”).

Jak wynika bowiem z przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może samodzielnie dokonać czynności, złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, bez obowiązku oczekiwania na stosowne wezwanie ze strony zamawiającego. Przepis powyższy, w ocenie Izby, został celowo przez ustawodawcę w taki sposób określony, aby 13

uniknąć sytuacji, która mogłaby wywoływać negatywne skutki w sferze działania wykonawców. Ustawodawca dał bowiem „oręż” wykonawcom, który pozwala na ochronę interesów gospodarczych wykonawców, wynikający bezpośrednio z faktu złożenia oferty, tym samym chęcią uzyskania i realizowania przedmiotu zamówienia.

Z uprawnienia takiego odwołujący nie skorzystał.

Skoro zatem odwołujący samodzielnie, w myśl przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, nie przedłużył terminu związania ofertą o określony czas, to zamawiający nie miał innej możliwości, jak tylko wykluczyć odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Przepis powyższy stanowi bowiem o obowiązku wykluczenia wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Odnosząc się do ostatniej części dyspozycji wskazanego przepisu wskazać należy, iż w ocenie Izby, znajduje on swoje zastosowanie w dwóch przypadkach i zakresie tych dwóch przypadków może zachodzić okoliczność do wykluczenia wykonawców. Powyższy przepis znajduje bowiem swoje odniesienie (nie wprost) do sytuacji opisanej w przepisie art. 85 ust.

2 ustawy Pzp i sytuacje te należy traktować identycznie. Skoro bowiem wykonawca może przedłużyć termin związania ofertą samodzielnie lub na wezwanie zamawiającego, to brak wyraźnego oświadczenia wykonawcy w powyższym zakresie skutkuje taką samą sankcją. Nie jest bowiem możliwa sytuacja różnego traktowania wykonawców, uzależniona od dokonania czynności przez zamawiającego. Ustawodawca dopuszczając alternatywny sposób przedłużania terminu związania ofertą nie dopuścił alternatywnego wykluczenia wykonawców z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp). Sankcja przewidziana przez ustawodawcę jest bowiem jedna. Dlatego też, w ocenie Izby, sytuację braku samodzielnego (przez wykonawcę) przedłużenia terminu związania ofertą należy utożsamić z sytuacją braku wyrażenia zgody (przez wykonawcę) na przedłużenie terminu związania ofertą. Obydwie sytuacje prowadzą bowiem do ostatecznego efektu – braku związania ofertą.

Brak związania ofertą uniemożliwia zamawiającemu dokonania jej oceny, a tym samym ewentualnego wyboru, jako najkorzystniejszej.

Izba podziela ugruntowane już orzecznictwo, iż odmienna sytuacja występuje, gdy oferta już wybrana przestaje wiązać, co nie wyklucza możliwości zawarcia umowy z wykonawcą składającym taką ofertę, oczywiście po wyrażeniu przez tego wykonawcy zgody, na zawarcie umowy na warunkach określonych w ofercie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny, gdyż w przedmiotowym 14

postępowaniu, w wyniku rozstrzygnięcia odwołania (sygn. akt KIO 2325/13) oferta odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, tym samym zamawiający nie miał obowiązku wzywania odwołującego do ponownego wniesienia wadium.

Reasumując stwierdzić należało, iż odwołujący nie dochowując należytej staranności utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż nie jest dopuszczalne, aby zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która to oferta nie została podtrzymana własnym oświadczeniem przez wykonawcę – odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: