

>1

Sygn. akt III Ca 177/10

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 marca 2010 r.

Sąd Okręgowy w Łodzi Wydział III Cywilny Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Jacek Kępa

Sędziowie: SO Bogdan Jachowicz, SO Ryszard Badio

Protokolant: Wioletta Mikołowska

po rozpoznaniu w dniu 17 marca 2010 r. w Łodzi
na rozprawie

sprawy z odwołania wniesionego przez Budimex-Drumex S.A. w Warszawie,

od rozstrzygnięcia, przez zamawiającego; Uniwersytet Łódzki w Łodzi protestu
z dnia 27 października 2009 r.,

z udziałem konsorcjum wykonawców Condite - Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Kielcach (lidera konsorcjum) i Marii Potz prowadzącej
działalność gospodarczą w Łodzi pod firmą Mosaicon Maria Potz,

na skutek skargi konsorcjum wykonawców Condite - Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Kielcach (lidera konsorcjum) i Marii Potz prowadzącej
działalność gospodarczą w Łodzi pod firmą Mosaicon Maria Potz na wyrok
Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z
dnia 18 grudnia 2003 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1578/09

I. oddała skargę,

2. zasądza solidarnie od Condite - Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Kielcach (lidera konsorcjum) i Marii Potz
prowadzącej działalność gospodarczą w Łodzi pod firmą Mosaicon
Maria Potz na rzecz Budimex - Drumex Spółki Akcyjnej w Warszawie
kwotę 1,800,00 (tysiąc osiemset) złotych z tytułu zwrotu kosztów

zasłupstwa procesowego w postępowym

uzasadnienie

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 13 grudnia 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych uwzględniła odwołanie Kudimcx Dromex Spółki Akcyjnej w Warszawie od wyboru przez zamawiającego (Uniwersytet Łódzki) oferty konsorcjum wykonawców Conditex Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach oraz Marii Potz prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Mosaicon Maria Potz i nakazała dokonania ponownej oceny ofert i wyboru. Ponadto Izba obciążyła zamawiającego kosztami postępowania.

Przedstawione rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o następujące ustalenia;

Uniwersytet Łódzki ogłosił zamówienie o wartości 5.121,615,91 euro na przebudowę wydziału chemii na wydział filologiczny UŁ ul. Narutowicza 63. Według specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w odniesieniu do wadium;

- każdy wykonawca przystępujący do zamówienia zobowiązany był wnieść wadium w wysokości 300.000,00 zł.

- wadium mogło być wniesione w pieniądzu lub w gwarancjach ubezpieczeniowych, w tym przypadku powinno być złożone w formie oryginału dokumentu (oddzielnie od oferty]

- wadium musiało być wniesione najpóźniej do wyznaczonego terminu składania ofert - tj. do dnia 22 września 2009 r.

- wykonawca, który nie zabezpieczył oferty akceptowalną formą wadium na wymagany okres związania ofertą miał zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona

- w przypadku przedłużenia okresu związania ofertą, wykonawca zobowiązany był jednocześnie przedłużyć okres ważności wadium, albo jeśli nie było to możliwe, wnieść nowe wadium na przedłużony okres związania ofertą.

- proponowana cena miała stanowić jedyne kryterium weryfikacji ofert

Oferta Budimex Dromex Spółki Akcyjnej w Warszawie była najkorzystniejsza cenowo (14.149.139,99 zł). W kolejności była oferta konsorcjum - CONDITEX - spółki z o.o. oraz Marii Potz (14.497.130,93 zł).

W dniu 22 września 2009 r. Budimex Dromex Spółka Akcyjna w Warszawie złożyła w siedzibie zamawiającego wadium w wymaganej kwocie w formie gwarancji ubezpieczeniowej z terminem ważności do dnia 2 listopada 2009 r.

W dniu 3 października 2009 r. zamawiający- powiadomił wykonawców o odrzuceniu ofert Budimex i Mostostal, W przypadku Budimex, z powodu nieprawidłowego terminu wykonania robót. Jednocześnie zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum COIWITE - spółki z o.o. oraz Marii Potz

W dniu 13 października 2009 r. Budimex Dromex Spółka Akcyjna w Warszawie wniosła protest na odrzucenie jego oferty,

Pismem z dnia 13 października 2009 r. zamawiający wezwał Rudimex do przedłużenia ważności wadium w związku z wniesieniem protestu — termin dla tej czynności nie został jednak oznaczony.

Pismem a dnia 21 października 2009 r. Budimex powiadomił, że na podstawie art. 85 ust 2 pzp przedłuża termin zwracania oferta o 30 dni, jednocześnie powiadomił - powołując się na art- 85 ust 4 pzp}, że termin ważności jego wadium upływa w dniu 2 listopada 2009 r, i przedłużenie ważności wadium lub wniesienie nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą nastąpi do dnia 2 listopada 2009 r.

W dniu 23 października 2009 r. zamawiający uznał w całości zarzuty protestu spółki Budimex DnomicK.

W dniu 26 października 2009 r. zamawiający dokonał powtórnej oceny ofert i ponownie wybrał ofertę konsorcjum wykonawców' CONDITE - spółki z o.o, oraz Marii Pctz. Jednocześnie odrzucił ofertę Budimex, argumentując, że nie została ona zabezpieczona wadium na cały przedłużony okres związania ofertą.

W dniu 27 października 2009 r. Budimex złożył drugi protest od wyboru oferty z dnia 26 października 2009 r.

Przy piśmie z dnia 29 października 2009 r. Budimex przedłożył zamawiającemu aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej - przedłużający ważność gwarancji do 7 grudnia 2009r.

W dniu 30 października 2009 r. do postępowania wywołanego drugim protestem przystąpili; konsorcjum wykonawców CONDITE - spółki z O-O. oraz Marii Potz oraz konsorcjum wykonawców Decorum - Bud, żądając oddalenia protestu.

W dniu 6 listopada 2009 r. zamawiający rozstrzygnął drugi protest Budimex - oddalając ten protest w całości. Zdaniem zamawiającego dobrowolne przedłużenie przez zamawiającego okresu związania ofertą wiązało się koniecznością jednoczesnego przedłużenia ważności wadium na cały przedłużony okres, Budimex tego nie uczynił. Zamawiający uznał jednocześnie, że okoliczność zawieszenia terminu związania ofertą jest bez znaczenia w kontekście złożenia oświadczenia przez Budimex o przedłużeniu terminu związania ofertą. W przekonaniu zamawiającego cci wadium realizuje się wówczas gdy, gdy oferta jest zabezpieczona przez cały okres w jakim wykonawca jest nią związany. Sankcję za nieprawidłowości w tym zakresie przewiduje § 24 ust 2 pkt 4 pzp, zgodnie z którym wykonawca, który nie wnieśli wadium także na przedłużony okres związania ofertą podlega wykluczeniu, jego oferta odrzuceniu. W przeciwieństwie do wadium wniesionego w pieniądzu zamawiający uznał za problematyczne zabezpieczenie swoich interesów w przypadku, gdy przedłużenie wadium wiązało się z uzyskaniem aneksu do gwarancji wadium. Zdaniem zamawiającego wadium w postaci gwarancji jest et wniesiono, gdy zamawiający otrzyma stosowny dokument. Samo zobowiązanie się do przedłużenia ważności wadium równocześnie z upływem terminu wyznaczonego w dokumencie gwarancji zamawiający ocenił jako pozbawione doniosłości prawnej. Tylko posiadanie dokumentu gwarancji daje możliwość uczynienia z niego użytku. Zamawiający podniósł również, że zawarcie umowy powinno nastąpić w okresie związania ofertą zabezpieczoną wadium. Dlatego zamawiający wyznaczając termin podpisania umowy kieruje się terminem związania ofertą. W przedmiotowej sytuacji brak zabezpieczenia wadium na cały okres związania ofertą uniemożliwia zobligowanie wykonawcy do zawarcia umowy poprzez zatrzymanie wadium. Dalej zamawiający podniósł, że literalne brzmienie art. 35 ust 4 pzp. przemawia za. jednoczesnym wniesieniem wadium z oświadczeniem o przedłużeniu terminu związania

nerfą. Celem regulacji zwartej w' art. 24 ust 2 pkt 4 pzp jest bowiem unikniecie sytuacji, W której po wyborze oferty zamawiający byłby pozbawiony możliwości zmuszenia wykonawcy do zawarcia umowy realizacyjnej na przedmiot zamówienia.

W dniu 12 listopada 2009 r. Budimex złożył do Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od decyzji zamawiającego podtrzymując zarzuty zawarte w proteście.

W dniu 17 listopada 2009 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum wykonawców CGNDITE - spółki z o.o. oraz Marli Potz, żądając odrzucenia albo oddalenia odwołania. Przy stępujący wskazali, że odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika, który nie był osoba uprawnioną ponieważ do odwołania została dołączona kopia pełnomocnictwa, z zaznaczeniem, że jego oryginał znajduje się w aktach oferty Budimez. na stronie 578.

W oparciu o przedstawiony stan faktyczny Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła wniosków o odrzucenie odwołania na podstawie art. 137 ust 4 pkt. 1 pzp. jako wniesionego przez osobę nieuprawnioną. W oparciu o oryginał oferLy Izja ustaliła, że dokumenr. ten uprawnia |>ełnomocnika między innymi do wnoszenia w imieniu Budimcx środków odwoławczych, a więc ma wymagany przepisami charakter rodzajowy. Ponadto odnosi się ono do konkretnie oznaczonego postępowania. W dacie wniesienia odwołania pełnomocnik dysponował wdęc stosownym pełnomocnictwem podpisanym przez ciscby uprawnione zgodnie z treścią KKS, a zaLeni nie było podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust 4 pzp.

Krajowa Tzba Odwoławcza wskazała Leż, że zgodnie z treścią arr.. 181 ust 1 pzp wniesienie protestu po pływne terminu składania ofert powoduje zawieszenie biegu terminu związania ofertą. Z tego powodu ustawodawca w art. 181 usL 2a pzp nałóżył na zamawiającego obowiązek aby nie później niż 7 dni przed upływem ważności wadiów wezwał wykonawców pod rygorem wykluczenia z postępowania do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego na czas niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Pismem z dnia 13 października 2009 r. zamawiający wezwał Budimjc do przedłużenia ważności wadium, ale nie określił żadnego terminu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w związku z pierwszym protestem termin związania ofertLą trwał do dnia 1 listopada 2009 r. Oferta Budimex była jednak z góry zabezpieczona wadium do dnia 2 listopada 2009 r. włącznie. A zatem w dniu 26 października 2009 r., kiedy to zamawiający dokonał powtórnej oceny i wyboru ofert, oferta Budimeji pozostawła prawidłowo zabezpieczona wadium w' okresie pierwotnego związania oferta i nie zachodziły jakiegokolwiek podstawy do jej odrzucenia z powołaniem się na art. 24 ust 4 pzp. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przedłużony okres związania ofertą w trybie art.. 85 ust 2 pzp liczy się od upływu poprzedniego terminu związania ofertą. Skoro Budimex w dniu 21 października 2009 r. złożył oświadczenie o przedłużeniu tenninu związania ofertą o kolejne 30 dni m oświadczenie te wywierało skutek od dnia 2 listopada 2009 r. do 1 grudnia 2009 r. Przedłużony okres rozpoczyna się bowiem od upływu okresu przedniego, a nie w jego trakcie, 2 wymienionych względów również zabezpieczenie oferty wadium na przedłużony okres związania ofertą należy odnosić do nowego okresu. Ustawodawca w art. 181 ust 2a pzp wyznaczył zamawiającemu ni.nimałny termin 7 dni przed upływem ważności poprzedniego wadium do wystosowania wezwania do wykonawców cclcm przedłużenia terminu wadium - natomiast nie wyznaczył konkretnego terminu samemu wykonawcy na dokonanie tej czynności. Z treści art. 85 ust. 4 pzp nie można wywodzić zbyt daleko idących skutków co do jednoczę sności złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania oferta i przedłużenia

terminu wadium. Wykonawca posiadający ofertę zabezpieczoną wadium na okres dłuższy od pierwotnego związania, który przedłuża następnie okres związania ofertą, w czasie gdy pierwotny okres ważności wadium nie upłynął nie jest w ocenie Izby zobowiązany jednocześnie dokonać przedłużenia ważności wadium. Skoro odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą już w^p dniu 21 października 2009 r. zapowiadając przedłużenie wadium przed upływem jego ważności, a w dniu 29 października 2009 r. złożył zamawiającemu dokument - aneks do gwarancji wadtalnej - to nie może być karany za skutki swojej zapobiegliwości, a więc aa to, że nie odczekał ze swymi działaniami do końca pierwotnych terminów', albo nie czekał na wezwanie zamawiającego do przedłużenia wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła też uwagę, że to od zamawiającego zależy w jakim terminie dokona wyboru oferty. Wykonawca nie ma na to najmniejszego wpływu, Zamawiający winien zadbać o wybór oferty w^t takim terminie aby mógł zawrzeć umowę w okresie związania ofertą i obowiązywania wadium, a więc wtedy gdy oferty zostałyby zabezpieczone wadium na przedłużony okres związania ofertą. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że w dacie wyboru oferty w^r dniu 26 października 2009 r. oferta Budimex pozostawała zabezpieczona wadium aż do dnia 1 listopada 2009 r., a więc nie zachodziła podstawa do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 4 pzp. ani do odrzucenia oferty na podstawie art. 24 ust 4 pzp. Zdaniem Izby nie może znaleźć zrozumienia argumentacja zamawiającego, że w dacie wyboru oferty nie miał pewności, czy odwołując^c rzeczywiście dostarcz^e przedłużenie gwarancji wadialnej. Wykonawca z własnej woli mógł przecież przedłużyć okres związania ofertą nawet w dniu 1 listopada 2009 r. przedstawiając jednocześnie przedłużenie ważności wadium.

W dn 15 stycznia 2010 r, za pośrednictwem Urzędu Zamówień Publicznych konsorcjum wykonawców CONDITE Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach i przedsiębiorcy Marii Potz wniosło skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2009 r. zarzucając mu,

- 1, naruszenie przepisów^r postępowania mające wpływ na treść rozstrzygnięcia tj. art. 187 ust 4 pkt 3 pzp, a także §1 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów^r z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U., Nr 3 87, poa. 1327) przez niedokonanie czynności odrzucenia odwołania pomimo, że do przedmiotowego odwołania nie załączono oryginalnego pisemnego pełnomocnictwa,
2. naruszenie przepisów^r prawa materialnego tj.
 - a) art. 24 ust 2 pkt 4 pzp przez błędną jego wykładnię i uznanie, że w niniejszym postępowaniu nie zachodziła podstawa do wykluczenia z postępowania odwołującego i odrzucenia jego oferty, w sytuacji gdy odwołujący nie wniósł wadium na cały okres związania przedłużonej oferty, a tym samym uznanie, że wadium nie musi być ważne przez wszystkie dni związania ofertą, podczas gdy oferta winna być zabezpieczona w całym okresie jej trwania,
 - b) art. 35 ust 4 pzp poprzez błędną jego wykładnię i uznanie, że dopuszczalne jest przedłużenie okresu związania ofertą bez jednoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium na cały okres związania ofertą,
 - c) art. 94 ust 1 pzp poprzez błędną wykładnię i uznanie, że zawarcie umowy pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą po wyborze oferty tego wykonawcy winno na stopie siódmego

dnia od dnia wyboru oferty, podczas gdy nie istnieje norma nakazująca wykonawcy dokonanie takiej czynności w tym czasie, Analiza powołanego wyżej przepisu na gruncie przedmiotowej sprawy wskazuje, że w dniu ewentualnego wyboru oferty odwołującego tj. dniu 26 października 2009 r., pierwszym możliwym dniem zawarcia umowy byłby dzień 2 listopada 2009 r., a po tym dniu oferta nie byłaby zabezpieczona, Przyjmując zatem rozumowanie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający mu siałby zawrzeć umowę z odwołującym w ciągu jednego dnia, albowiem po tym dniu oferta jego nie byłaby już zabezpieczona wadium, Obowiązek taki po stronie zamawiającego nie wynika jednak z obowiązujących przepisów,

W związku z powyższym skarżący wniósł o;

J, uchylenie zaskarżonego wyroku i odrzucenie odwołania Budimex

Dromoc Spółki Akcyjnej w Warszawie , ewentualnie o,

2. zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania

Sąd Okręgowy w Łodzi zważył co następuje:

Skarga jest bezzasadna i podlega oddaleniu,

W pierwszej kolejności Sąd nie podzielił stanowiska skarżącego, przedstawionego na gruncie przepisu art. 137 ust. 4 pkt 3 pzp. Odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wniesione bowiem zostało przez podmiot uprawniony, czyli Budimex Dromex Spółkę Akcyjną w Warszawie. Fakt, że odwołanie w imieniu tej spółki podpisał pełnomocnik nie wpływa na zmianę tej oceny skoro legitymował się on prawidłowo wystawionym pełnomocnictwem rodzajowym. Niewątpliwie §1 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 187, poz. 1327) wymienia oryginalne pełnomocnictwo jako załącznik do odwołania, ale należy pamiętać, że z istoty pojęcia oryginału wynika, iż może on istnieć wyłącznie w jednym egzemplarzu. W przedmiotowej sprawie, oryginalne pełnomocnictwo zamieszczone na karcie 57S oferty spółki Budimex Dromex upoważniało pełnomocnika do podejmowania szeregu czynności w imieniu tego wykonawcy. Wśród tych czynności było także wniesienie odwołania od rozpoznania protestu i popieranie tego odwołania przez Krajową izbę Odwoławczą. Pełnomocnictwo wykraczające poza ramy postępowania odwoławczego siłą rzeczy nie mogło być wyłączone z oferty Budimex i załączone do odwołania tej spółki ponieważ prowadziłoby to do podważenia legalności czynności pojętych w postępowaniu ofertowym. W tej sytuacji należało uznać, że praktyka zastosowana przez Budimex polegająca na powołaniu się na oryginał pełnomocnictwa załączony do oferty była całkowicie prawidłowa, szczególnie że Krajowa Izba Odwoławcza miała możliwość zapoznania się z ofertą Budimex i skontrolowania prawidłowości oryginalnego pełnomocnictwa. System prawa zamówień publicznych opiera się wprawdzie na dużym formalizmie, ale formalizm ten musi służyć określonym celom. W przypadku art. 137 ust. 4 pkt 3 pzp chodzi o zapobieżenie wszczęciu postępowania odwoławczego przez podmiot nieuprawniony. W sytuacji objętej przedmiotowym stanem faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza miała możliwość kontroli pełnomocnictwa udzielonego przez Budimex i dokonania oceny, czy odwołanie zostało złożone przez podmiot uprawniony. Czynności te były uprawnione bowiem w żaden sposób nie wpłynęły na przedłużenie postępowania odwoławczego lub wypaczenie jego celu. Dołączenie przez odwołującego do odwołania kopii

pełnomocnictwa nie naruszyło przepisów' dotyczących sporządzania odpisów dokumentów ponieważ kopia pełnomocnictwa nie miała w tej sprawie zastąpić odpisu, a wyłącznie uwierzygodnić istnienie oryginału pełnomocnictwa, na który powoływał się odwołujący. Ponieważ Krajowa Izba Odwoławcza miała możliwość zbadania całej oferty Budimex Drmex mogła też ocenić oryginał pełnomocnictwa. Oceny pełnomocnictwa *nie* zmienia

także fakt, naniesienia na jego kopii nadruku wskazującego, gdzie znajduje się oryginał. Oczywistym jest, że nadruk ten został wykonany po sporządzeniu kopii i nie mógł znajdować się na oryginale. Przy obecnych technikach poligraficznych sporządzenie takiego nadruku na kopii wykonanej z oryginału nie nastręcza żadnych trudności.

' Sąd nie podzielił także zasadności pozostałych zarzutów. Przedstawiona przez Krajową Izbę Odwoławczą interpretacja przepisu art. 85 ust 4 pzp, jest całkowicie poprawna z punktu widzenia wykładni systemowej i celowościowej, które nie przeczą także w sprzeczności z wykładnią

literalną.

Istota problemu w tym przypadku sprowadza się do wyjaśnienia terminu

przedłużenie okresu związania ofertą'^ Sąd akceptuje stanowisko zaprezentowane w zaskarżonym orzeczeniu, że przedłużenie okresu związania ofertą wywołuje skutek dopiero z upływem okresu poprzedniego. Złożenie oświadczenia nie jest jednoznaczne z przedłużeniem terminu związania ofertą, &aden przepis prawa zamówień publicznych nie wskazuje, że złożenie oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą powoduje automatyczne zniwelowanie pierwotnego okresu związania. Do momentu upływu poprzedniego okresu związania ofertą pozostała ona wszakże zabezpieczona wadium i nie ma potrzeby dublowania tego zabezpieczenia, przedłużenie ważności wadium lub wniesienie nowego wadium dotyczy przecież tylko przedłużonego okresu związania ofertą - co wprosi wynika z

treści art. 85 ust 4 pzp. Reasumując, złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą w trakcie biegu okresu poprzedniego pozostaje w stanie skuteczności zawieszony aż do upływu pierwotnego okresu związania. Przedłużenie okresu związania ofertą rozpoczyna bowiem bieg z upływem okresu poprzedniego. Dopiero zatem z obowiązkowego rozpoczęcia biegu okresu przedłużonego możliwa jest więc ocena, czy wykonawca przedłużył ważność wadium lub wniósł nowe wadium na cały przedłużony okres. Użyte w powołanym przepisie sformułowanie Jednocześnie przedłużenie ważności wadium,..'' odnosi się do przedłużonego okresu związania ofertą. Skoro jednak okres przedłużony zaczyna się z upływem okresu poprzedniego, to ocena jednoczesności zabezpieczenia musi brać pod uwagę tę okoliczność ■■ w taki sposób, aby oferta pozostawała zabezpieczona zarówno w^T starym okresie związania jak i przez wszystkie dni okresu nowego.

Przedstawiona przez skarżącego interpretacja art. 85 ust 4 pzp. prowadziłaby do sytuacji, że wykonawca, który nie przedłużył ważności wadium lub nie wniósł nowego wadium już w chwili złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą musiałby zostać ukarany za swoją zapobiegliwość. Na tę sprzeczność zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza. Gdyby w przedmiotowej sprawie Bud i mes nie złożył oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą to zamawiający nie miałby żadnych podstaw do jego wykluczenia w dniu 25 października 2009 r. W tym bowiem dniu jego oferta pozostawała jeszcze ważna i była prawidłowo zabezpieczona. Nie bez znaczenia jest przy tym, że złożenie przez Budimex oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą w dniu 21 października 2009 r. było skutkiem wezwania przez zamawiającego do przedłużenia ważności wadium w^T związku z wniesieniem przez Budimex pierwszego

protestu. Wezwanie to dokonane w trybie art. 151 ust 2a było jednakże wadliwe skoro zamawiający nie wskazał protestującemu okresu niezbędnego do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Po wtóre, należy przypomnieć, że wezwanie do przedłużenia ważności wadium było związane z pierwszym protestem spółki Budimex. Protest ten został uwzględniony w dniu 23 października 2009 r. Na dzień Uwzględnienia protestu do końca okresu związania ofertą Budimex pozostało 9 dni. Zamawiający miał więc wysłarczająco dużo czasu aby dokonać wyboru oferty i wyznaczenia daty zawarcia umowy w z uwzględnieniem dyspozycji art. 94 ust 1 pzp.

Można się zgodzić ze stanowiskiem skarżącego, że wybór oferty Budimex w dniu 25 października 2009 r. i wyznaczenie daty zawarcia umowy na dzień 2 listopada 2009 r. doprowadziłby do tego, że podpisanie umowy nastąpiłoby przez upływem terminu siedmiodniowego wskazanego w art. 94 ust 1 pzp. Okoliczność ta nie ma jednak znaczenia dla rozpoznania przedmiotowej skargi. Jeśli bowiem zamawiający nie zdołał doprowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej cenowo przed dniem 26 października 2009 r., to pozostawały mu dwa rozwiązania. Pierwsze polegało na unieważnieniu postępowania. Zgodnie bowiem z obowiązującą interpretacją art. 94 pzp. jeżeli zamawiający zawiadomi wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej na mniej niż 10 albo 7 dni przed upływem terminu związania ofertą, to powinien unieważnić postępowanie, gdyż nie jest możliwe dotrzymanie terminu wskazanego w tym przepisie. Bardziej racjonalne było jednak rozwiązanie drugie wynikające z przepisu art. 85 ust 2 pzp, który stanowi, że zamawiający może tylko raz co najmniej na 3 to przed

terminu związania ofertą zwrócić się do wykonawców na wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Należy też pamiętać, że rozwiązanie wynikające z przedstawionego rozwiązania nie jest tożsame z rozwiązaniem określonym w art. 161 ust 2a pzp. STS bowiem przypadku wezwania do przedłużenia ważności wadium jest Owiązane z wniesieniem protestu i wynikającym, a tego efektu zawieszeniem biegu terminu związania ofertą. Zastosowanie art. 151 u. a pzp nie wyklucza więc późniejszego zastosowania instytucji określonej w art..

85 'Jeżeli zgodzić się ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, że gdyby nawet Budimex nie złożył w dniu 21 października 2009 r. o przedłużeniu okresu związania ofertą to jego oferta pozostawałaby ważna aż do upływu okresu związania i zgodnie z dyspozycją art. 85 ust - pzp. mógłby on samodzielnie ją przedłużyć składając oświadczenie nawet w dniu 2 listopada 2009 r. Wykonawcy nie dotyczy bowiem termin trzech dni przed upływem terminu związania ofertą, zastrzeżony w tym przepisie dla Zamawiającego. Ocena zabezpieczenia oferty na cały przedłużony okres nie mogłaby zostać dokonana przed rozpoczęciem biegu tego

Przedsiębiorstwa Budimex nie złożył w ogóle takiego oświadczenia to postępowanie winno zostać unieważnione ponieważ nie istniała możliwość zawarcia umowy w terminie określonym w art. 94 ust. 1 pzp. ■- chyba. v^d

pierwotnego okresu związania ofertą pozostało więcej niż 3 dni. W takim bowiem przypadku zamawiający mógłby zwrócić się do wykonawców w trybie art. 85 ust 2 pzp. o wyrażenie zgody na przedłużenie przedterminu związania ofertą na wyznaczony okres - umożliwiając zabezpieczenie oferty w dniu zawarcia umowy. . . .

Argumentacja przedstawiona powyżej na gruncie art. 85 ust 4 pzp. jest

aktualna do oceny przedstawionego w skardze zarzutu naruszenia 3. ust 2 pkt 4 pzd Skoro bowiem ocena zabezpieczenia oferty w przedłużonym okresie nie mogła być dokonana skutecznie przed upływem przedterminu

okresu związania to także przed upływem tego okresu nie mogła zostać
podjęta decyzja a wykluczeniu wykonawcy.

Argumentacja przedstawiona powyżej na gruncie art. 85 ust - pzp jest

natomiast aktualna do oceny zarzutu naruszenia przez KTMK^o
Odwoławczą przepisu art. 94 ust 1 pzp. W tym jednak wypadku należy
podkreślić za izbą, że to od zamawiającego zalew w jakim °

wyboru oferty. Powinien to zrobić w takim terminie aby móc zawrzeć umowę w
okresie związania ofertą zabezpieczoną wadium. Powinien przy tym
wykorzystać instrumenty określone w art. 85 ust 2 pzp aby do

przedłużenia okresu związania ofertą, która jest n3JkDr\^s^ eJ5ZaJ_r^
widzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym bardziej! «
sytuacji, gdy oferta najkorzystniejsza nie została wcześniej wybrana

przyczyn^ które nie mogą obciążać wykonawcy, który ją złożył.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy w Łodzi zdecydował

oddaleniu skargi - na podstawie art. 198 ust 2 pzp. _ ,

O kosztach Sąd Orzekł na podstawie art. 198 ust o pzp. pozostając

błędym przekonaniu, że Budimex Drenie* Spółka Akcyjna w Warszawie

nie stanowiła pełnomocnika do reprezentowania jej przed Sądem w trakcie
postępowania wywołanego skargą. Korzystając z dobrodziejstwa art. 394 §1
pkt 2 k.p.c. w związku z art. 194 ust 2 pzp. skarżący może doprowadzić do
uchylenia orzeczenia o kosztach zawartego w pkt 2 wyroku z dnia 17 marca
2010 r.