

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 września 2012 roku

Sąd Okręgowy w Łodzi, XIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie następującym:

przewodniczący : Sędzia SO Ryszard Badio,
sędziowie: Sędzia SO Mariola Szczepańska (spraw.),

Sędzia SR (del.) Beata Matysik,
protokolant: staż. Bartłomiej Czyżewski,

po rozpoznaniu w dniu 21 września 2012 roku, w Łodzi

na rozprawie sprawy

ze skargi wykonawcy Badawczo - Rozwojowej Spółdzielni Pracy
Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą
w Poznaniu

z udziałem zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna
Spółki Akcyjnej z siedzibą w Bełchatowie

oraz przystępującego po stronie zamawiającego ENERGOTEST Spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2012 roku w sprawie
sygnatura akt KIO 1093/12

1/ oddała skargę;

2/zasądza od Badawczo - Rozwojowej Spółdzielni Pracy
Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”
z siedzibą w Poznaniu na rzecz PGE Górnictwo i Energetyka
Konwencjonalna Spółki Akcyjnej z siedzibą w Bełchatowie kwotę
600,00 zł (sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania
skargowego;

3/zasądza od Badawczo - Rozwojowej Spółdzielni Pracy
Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”
z siedzibą w Poznaniu na rzecz ENERGOTEST Spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach kwotę
600,00 zł (sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania
skargowego. / „y” > „y” Na oryginale właściwe podpisy

• ; ' Za zgodność świadczy.

Sygnatura akt XIII Ga 379/12

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 6 czerwca 2012 roku w sprawie KIO 1093/12 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę Badawczo - Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółkę Akcyjną z siedzibą w Bekchatowie (oznaczonego jako PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Turów w Bogatyni) przy udziale wykonawcy ENERGOTEST Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego, obciążyła kosztami postępowania wykonawcę i zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł uiszczonej przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Powyższe orzeczenie Krajowa Izba Odwoławcza oparła na następujących ustaleniach faktycznych:

Postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na „Wykonanie systemu nadzoru i wizualizacji rozdzielnic 110kV i 20kV w stacji RT 396" prowadzi Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Turów w Bogatyni. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2012/S 5-007610 z dnia 10.01.2012 roku. Termin składania ofert ustalono ostatecznie na dzień 15 marca 2012 roku na godz. 12:00. Przedmiot zamówienia obejmował:

- 1) opracowanie dokumentacji projektowej nawiązującej do istniejącego systemu nadzoru baterii kondensatorów SYNDIS;
- 2) wykonanie (konfiguracja) oraz dostawa systemu nadzoru i sterowania rozdzielnic 110 i 20 kV w stacji RT 396;
- 3) wykonanie i montaż połączeń kablowych do wszystkich urządzeń stacji, przygotowanie stanowiska dyspozytorskiego;
- 4) uruchomienie systemu, próby funkcjonalne i pomiary;
- 5) sporządzenie dokumentacji powykonawczej, w tym: protokołów z przeprowadzonych pomiarów i prób funkcjonalnych.

Przy wyborze oferty zaznaczono, że jedynym kryterium jest cena, waga 100%.

Zgodnie z przepisem 36 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający żądał, aby wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom.

Ustalono, że wykonawca będzie związany ofertą do dnia 7 maja 2012 roku. Bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę brutto, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 2.570.700,00 zł.

W postępowaniu złożono dwie oferty: odwołującego za cenę 1.376.247,00 zł oraz przystępującego za cenę 750.300,00 zł.

W dniu 11 kwietnia 2012 roku zamawiający wezwał wykonawcę ENERGOTEST do złożenia pisemnych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp dotyczących elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość ceny, a więc odnośnie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny.

W odpowiedzi, wykonawca w dniu 17 kwietnia 2012 roku złożył wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny. Wskazał, że jego cena ofertowa jest realna i adekwatna za wykonanie całości dostaw i prac z zakresu realizacji przedmiotu zamówienia (...). Cena zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia (...) i nie występują przesłanki do uznania jej jako rażąco niskiej. (...) Podniesiono, że oferta została skalkulowana w oparciu o sprzęt elektroniczny powszechnie dostępny na rynku produkowany przez światowych liderów w produkcji takiego sprzętu z uwzględnieniem maksymalnych rabatów udzielonych przez poddostawców jako stałemu odbiorcy. Odniesiono się do oferty przeciwnika w postępowaniu, zaznaczając, że prawdopodobnie opiera się ona w tym zakresie na jednostkowych, autorskich rozwiązaniach produktowych dedykowanych dla konkretnego typu obiektów. Podkreślono również, że zaoferowany sprzęt i oprogramowanie są uniwersalne i pozwalają na dowolną ich rekonfigurację i przeprogramowanie według życzeń zamawiającego przy udziale firm trzecich. Natomiast autorskie rozwiązania firmy Mikronika wymagają udziału w tym zakresie wyłącznie specjalistów tej firmy. Zwrócono uwagę, że w piśmie wzywającym do wyjaśnień zamawiający nie określił jakie elementy oferty wzbudzają uzasadnione podejrzenia co do zaoferowania ceny rażąco niskiej, stąd wykonawca nie wie jakie konkretnie elementy cenowe oferty zamawiający poddaje w wątpliwość. Dodatkowo do wyjaśnień załączono rozbieżności cenowe oferty na poszczególne składniki zgodnie z załącznikiem nr 1 do projektu umowy ZP 14/11.

Dodatkowo ustalone, że w dniu 2 maja 2012 roku wykonawca ENERGOTEST poinformował zamawiającego o przedłużeniu ważności oferty do dnia 7 lipca 2012 roku włącznie, składając jednocześnie aneks do gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 2 marca

2012 roku jako zabezpieczenie wadium w postępowaniu przetargowym.

Oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą nie złożył wykonawca odwołujący się (brak dowodu w aktach sprawy). Wadium w wysokości 41.800,00 zł zwrócono temu wykonawcy 23 maja 2012 roku.

W dniu 18 maja 2012 roku zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w dniu 28 maja 2012 roku w postępowaniu wniesiono odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania złożonego przez zamawiającego. Wnioskodawca wskazywał na upływ terminu związania ofertą w przypadku wykonawcy wnoszącego odwołanie i utratę przez niego statusu wykonawcy oraz brak interesu we wniesieniu odwołania. W związku ze zgłoszonym wnioskiem Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, iż interes w uzyskaniu zamówienia, który wykazać należy podczas korzystania ze środków ochrony prawnej, stanowi materialnoprawną przesłankę określoną art. 179 ustawy Pzp, a więc przesłankę merytoryczną, nie zaś formalną, która warunkować mogłaby odrzucenie odwołania. Z tych powodów odwołanie nie podlegało odrzuceniu i skierowano je do merytorycznego rozpoznania na rozprawę.

Odwołanie nie mogło jednak zostać uwzględnione z uwagi na stwierdzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą po stronie odwołującego brak interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody we wniesieniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Z tego względu Izba odstąpiła od merytorycznego

rozpatrzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniesienia lub możliwości poniesienia szkody, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub przewidywana szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi, „który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia” (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11).

Jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 179 ust. 1 Pzp wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący w chwili wniesienia odwołania nie ma i nie miał interesu w rozumnieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z tym, że nie przedłużył terminu związania ofertą co oznacza, że nie wyraził woli dalszego uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji utracił możliwość uzyskania zamówienia.

Z postanowień SIWZ wynika, że zamawiający określił termin związania ofertą sztywną datą wyznaczając jego koniec na 7 maja 2012 roku. Bieg terminu rozpoczynał się z dniem składania ofert, który wyznaczono na 15 marca 2012 roku. Nawet nie biorąc pod uwagę zapisów SIWZ, które nie odpowiadają w pełni przepisom ustawy Pzp dotyczącym terminu związania ofertą który wynosić może w zależności od wartości postępowań 30 lub 60 dni, w przedmiotowym postępowaniu 60- dniowy termin (do takiej bowiem liczby dni związania ofertą chciał dążyć zamawiający) upłynąłby w dniu 13 maja 2012 roku. W dniu 2 maja 2012 roku drugi z wykonawców, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą złożył oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą do 7 lipca 2012 roku włącznie, przedłużając jednocześnie gwarancję wadialną. W dniu 18 maja 2012 roku wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostali zawiadomieni o wyborze oferty najkorzystniejszej, w dniu 23 maja 2012 roku odwołującemu zostało zwrócone wadium wniesione w formie gotówkowej. Postępowanie odwoławcze wszczęto przez wniesienie odwołania w dniu 28 maja 2012 roku. Do tej daty wykonawca odwołujący się nie złożył jakiegokolwiek oświadczenia w zakresie przedłużenia związania ofertą ani przed upływem tego terminu, ani po wyborze oferty najkorzystniejszej, czy też w postępowaniu odwoławczym.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą (...).

Przepis ten daje wykonawcy prawo do samodzielnego, dowolną ilość razy przedłużenia terminu związania ofertą. To zatem wykonawca wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą bądź samodzielnie przedłużając niniejszy termin, podejmuje decyzję o dalszym udziale w postępowaniu. Na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym zobowiązanym do działania z należytą starannością ciąży podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszym postępowaniu odwołujący nie skorzystał z możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą tym samym utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie legitymuje się więc interesem w uzyskaniu tego zamówienia. Nie wykazał bowiem istnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący bowiem miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia lecz wobec faktu nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie ma możliwości wykazania przesłanki szkody będącej skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy albowiem ewentualna szkoda, którą mógłby ponieść odwołujący byłaby skutkiem zaniedbania powstałego wyłącznie po stronie samego odwołującego. Wykonawca, w tym przypadku odwołujący, chcąc być nadal uczestnikiem postępowania, powinien był przedłużyć termin związania ofertą. Zaniechanie tej czynności rodzi bowiem skutek w postaci upływu terminu związania ofertą tym samym powodując iż odwołujący przestaje być uczestnikiem postępowania, gdyż oferta przestała go wiązać. Nie może więc już ubiegać się o udzielenie tego konkretnego zamówienia, nie może go także uzyskać, nawet w przypadku ewentualnego uwzględnienia odwołania przez Izbę. Tym samym, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, należy uznać, iż ze względu na niepodjęcie przez odwołującego w terminie wymaganym ustawą Pzp i w sposób przez nią określony czynności przedłużenia okresu związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium lub wnieśienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą nie tylko w dacie wnoszenia odwołania nie miał możliwości uzyskania zamówienia, ale już w dacie dokonywania przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, był tej możliwości pozbawiony. Skoro bowiem nie złożył on oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i tym samym nie wyraził - w sposób wymagany przepisami ustawy Pzp - zgody na przedłużenie tego okresu, podlegać powinien wykluczeniu z postępowania.

Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołujący nie legitymuje się istnieniem interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia a w konsekwencji nie wykazał zaistnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Jeżeli więc art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a odwołujący w postępowaniu nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotowe rozstrzygnięcie znajduje potwierdzenie w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, na co wskazują choćby następujące wyroki: wyrok z dnia 28 grudnia 2010 roku, sygn. akt KIO/2678/10; wyrok z dnia 29 czerwca 2011 roku, sygn. akt KIO 1304/11; wyrok z dnia 16 września 2011 roku, sygn. akt KIO 1900/11.

O kosztach postępowania Krajowa Izba Odwoławcza orzekła stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). (wyrok z uzasadnieniem k. 54-61 akt KIO 1093/12).

Skargę od powyższego orzeczenia wniósł wykonawca Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu zaskarżając wyrok w całości.

Skarżąca zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP w zw. z art. 85 ust. 2 PZP poprzez ich błędną wykładnię, tj. przyjęcie, iż brak samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą skutkuje wykluczeniem z postępowania;
- 2) naruszenie art. 179 ust. 1 PZP poprzez bezpodstawne stwierdzenie, iż skarżąca nie legitymuje się istnieniem interesu w uzyskaniu zamówienia i nie wykazała zaistnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy i oddalenie na tej podstawie odwołania skarżącej bez rozpoznania zarzutów merytorycznych odwołania;
- 3) błędne ustalenie stanu faktycznego w sprawie poprzez przyjęcie, iż „wykonawca ENERGOTEST Spółka z o.o. w dniu 2 maja 2012 r. poinformował zamawiającego

o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 7 lipca 2012 roku włącznie, składając jednocześnie aneks do gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 2 marca 2012 roku

a w konsekwencji:

- 4) nierozpoznanie istoty sprawy, tj. zarzutów merytorycznych odwołania.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżąca wniosła o:

- 1) uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy;
- 2) unieważnienie decyzji o wyborze oferty wykonawcy ENERGOTEST Spółki z o.o. jako najkorzystniejszej szej;
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej szej;
- 4) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy ENERGOTEST Spółki z o.o., względnie wykluczenia wykonawcy ENERGOTEST Spółki z o.o. z postępowania,
- 5) zasądzenie na rzecz skarżącej kosztów niniejszego postępowania oraz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu skargi skarżąca podniosła, że w jej ocenie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest nieprawidłowy i winien zostać uchylony jako naruszający przepisy prawa i sprzeczny ze stanem faktycznym.

Zdaniem skarżącej, stanowisko Izby, że brak samodzielnego przedłużenia przez skarżącą terminu związania ofertą oznacza, iż wykonawca taki „nie wyraził woli dalszego uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji utracił możliwość uzyskania zamówienia”, a tym samym „przestaje być uczestnikiem postępowania, gdyż oferta przestała go wiązać, jest sprzeczne z treścią art.24 ust.2 pkt 2 PZP w zw. z art. 85 ust.2 PZP. W konsekwencji Izba nie miała podstaw do oddalenia odwołania skarżącej na podstawie art. 179 ust.1 PZP, co stanowi naruszenie prawa.

Skarżąca miała bowiem interes w uzyskaniu zamówienia i mogła ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, co uzasadniało merytoryczne rozpoznanie odwołania. Skarżąca mogła nadal uzyskać zamówienie i zawrzeć umowę z zamawiającym.

Wbrew stanowisku Izby nie istnieje bowiem w ustawie PZP ani innym akcie prawnym przepis, który uzależniałby możliwość wyboru oferty jako najkorzystniejszej, jak i zawarcia umowy od terminu związania ofertą, co wyraźnie podkreśla się w orzecznictwie i piśmiennictwie.

Skarżąca zacytowała stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przedstawione w odpowiedzi z 17 czerwca 2010r. na zastrzeżenie od wyniku kontroli rozpatrzone uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO/KD

„Stanowisko Zamawiającego, iż nie mógł on dokonać oceny oferty wykonawcy (...) ze względu na upływ terminu związania ofertą uważa za niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Ustawa Pzp wymienia enumeratywne okoliczności, w których oferta wykonawcy nie podlega ocenie wg kryteriów oceny ofert: tj. z powodu uprzedniego wykluczenia wykonawcy oraz uprzedniego odrzucenia jego oferty (...). Zgodnie z stanowiskiem kontrolującego - że po upływie tego 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 siwz 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."

Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 19 października 2009 r. (sygn. akt KIO 1261/09):

„(...) obowiązujący przepis art. 94 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga, by zawarcie umowy nastąpiło w terminie związania ofertą. Tym samym możliwy jest wybór jako najkorzystniejszej oferty, dla której upłynął termin związania, a w konsekwencji, zachowując określone w powołanym przepisie minimalne terminy liczone od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) Izba nie podziela poglądu, jakoby zawarcie umowy z wybranym wykonawcą po okresie związania ofertą stanowiło naruszenie przepisu art. 94 ust. 1 ustawy i skutkowało nieważnością umowy z mocy prawa na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp ponownie wskazując, że przepis art. 94 ust. 1 Pzp de lege lata nie pozostaje w żadnym związku z terminem związania ofertą",

a także w wyroku z 7 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO 1581/09):

„W świetle przepisu art. 146 ust. 1 ustawy Pzp wskazującego przypadki, w których umowa jest nieważna wg regulacji ustawy Pzp, należy stwierdzić, że w rozpatrywanej sprawie nie zachodzi żadna z przesłanek nieważności umowy, w szczególności brak jest wskazania, iż upływ terminu związania ofertą uniemożliwia zawarcie ważnej umowy.(...) W obowiązującym stanie prawnym, mającym zastosowanie do postępowania, którego czynności są rozpatrywane w niniejszej sprawie, żaden przepis ustawy, w tym również art. 94 ust. 1 ustawy, nie obliguje stron postępowania do zawarcia umowy przed upływem terminu związania ofertą. Tym samym przekroczenie tego terminu nie może być ocenione jako wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. W konsekwencji skład orzekający Izby uznaje, że zamawiający nie miał podstaw prawnych unieważniać postępowania i nie ma przeszkód dokonać czynności badania i oceny złożonych ofert (...)"

Skarżąca przytoczyła również treść postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08):

„24 października 2008 r. art. 94 ust. 1 p.z.p. został ponownie znowelizowany (...) Bliższa analiza brzmienia tego przepisu wskazuje, że ustawodawca całkowicie zrezygnował z wyznaczania -kwestionowanego przez skarżącą - maksymalnego terminu, w którym powinna zostać zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, poprzestając jedynie na określeniu terminów minimalnych, przed upływem, których umowa taka nie może zostać zawarta. Obecnie upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego."

Podobne stanowisko możemy znaleźć w artykule Arkadiusza Szyszkowskiego (Mon.Zam.Pub.2009.5.47, Nowe Spojrzenie na umowy. Teza nr 3), w którym dodatkowo podkreśla się, że upływ terminu związania ofertą nie powoduje jej nieważności:

„Jest to [termin związania ofertą] oznaczony czas, w którym wykonawca ma obowiązek, na żądanie zamawiającego, zawrzeć umowę zgodną w treści ze złożoną ofertą. Upływ tego

terminu oznacza wyłącznie ustanie obowiązku po stronie wykonawcy. Jednakże nie jest tożsamy w żadnym przypadku z nieważnością oferty, a co za tym idzie - również z niedopuszczalnością zawarcia umowy. Po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą jednakże różnicą, że działania zgodne z jej treścią (czyli zawarcie umowy na warunkach w ofercie oznaczonych) zależne jest już wyłącznie od suwerennej decyzji wykonawcy."

Zgodnie z powyższym skarżąca nie przestała być uczestnikiem postępowania, a jej oferty nie można uznać za nieważną, co oznacza, że zamawiający mógł i w dalszym ciągu może zawrzeć umowę ze skarżącą. Przesądza to o interesie skarżącej do wniesienia odwołania.

Skarżąca wskazała, że wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ i potwierdzonego w jego ofercie, ale nie dłużej niż przewiduje to art. 85 PZP. Zamawiający powinien rozstrzygnąć przetarg (wybrać najkorzystniejszą ofertę) w terminie związania ofertami. Wskazany art. 85 PZP ogranicza terminy związania ofertą, przy czym dopuszcza możliwość jednorazowego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą (także na ustalony z góry okres). W przypadku, gdy termin związania ofertą minie nie oznacza to jednak - jak wyżej wskazano - że zamawiający nie może zawrzeć umowy. Nie zwalnia to także zamawiającego z obowiązku wyboru oferty najkorzystniejszej, z tym zastrzeżeniem, że wykonawca może w takiej sytuacji uchylić się od zawarcia umowy. W innym przypadku zamawiający mógłby manipulować wynikami przetargu.

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podkreślono, iż wobec upływu terminu związania ofertą skarżąca powinna podlegać wykluczeniu. Nie podano jednak podstawy prawnej takiego stwierdzenia. Wobec tego należy rozważyć zapisy PZP odnoszące się do podstaw wykluczenia, wskutek czego pojęcie „terminu związania ofertą” znajdujemy jedynie w art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP, zgodnie z którym: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) 2) 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”.

Zakres zastosowania cytowanego przepisu nie obejmuje zatem sytuacji, w której zamawiający nie wezwał wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą, a sam wykonawca nie dokonał samodzielnego przedłużenia (tak jak w przypadku skarżącej). Przepisu o charakterze sankcyjnym, jakim jest bez wątpienia uregulowanie dotyczące wykluczania wykonawców, nie można interpretować w sposób rozszerzający. Wobec tego w świetle przepisów PZP nie ma podstaw do wykluczenia skarżącej i odrzucenia jej oferty.

Przy interpretacji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP trzeba pamiętać o treści art. 85 ust. 2 i 3 PZP:

„(...) 2. 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.

3. Odmowa wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 2, nie powoduje utraty wadium. " Pojęcie „zgody na przedłużenie terminu związania ofertą” z art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP trzeba odnosić właśnie do sytuacji wskazanej w art. 85 ust. 2 PZP, tj. przedłużenia terminu na wniosek zamawiającego. Próby interpretacji rozszerzającej trzeba uznać za karkołomne i sprzeczne z zasadą racjonalnego ustawodawcy. Ustawodawca był bowiem w tym zakresie zgodny i użył tego samego pojęcia w obu przepisach. Skoro art. 24 i art. 85 PZP posługują się tymi samymi określeniami (zgoda na przedłużenie terminu) to powinny i muszą nawet być rozumiane - zgodnie z zasadą racjonalnego ustawodawcy - w ten sam sposób. Gdyby zamiarem ustawodawcy było wykluczenie Wykonawcy także w przypadku braku samodzielnego przedłużenia przez wykonawcę zawarłby w art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP zwrot „którzy nie przedłużyli terminu związania ofertą”, a nie zwrot „którzy nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą”. To drugie (obowiązujące) brzmienie wskazuje jednoznacznie na sytuację braku zgody wykonawcy na przedłużenie w przypadku skierowania przez zamawiającego odpowiedniego wezwania.

Ponadto skarżąca wskazała, że celem związania ofertą jest umożliwienie dochodzenia przez zamawiającego spełnienia zobowiązania zawartego w ofercie wykonawcy. Służy to więc głównie zabezpieczeniu interesów zamawiającego, a nie wykonawcy. PZP zawiera w związku z tym ograniczenia w zakresie możliwości żądania dowolnego ustalania okresu związania ofertą. Nie do przyjęcia jest pogląd, iż ustawodawca wprowadzając ograniczenia w ustalaniu terminu związania ofertą jednocześnie wprowadził regulację, która pozwalałaby to ograniczenie z łatwością obejść poprzez brak złożenia wniosku o przedłużenie terminu związania i zmuszanie oferentów do jego samodzielnego przedłużania na nieokreślony przez zamawiającego okres i tym samym przeciągania terminu udzielenia zamówienia. Byłoby to zupełnie nieracjonalne. Możliwość samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą nie można utożsamiać z obowiązkiem wykonawcy celem zapewnienia niepodlegania wykluczeniu, gdyż umożliwiałoby to obchodzenie ograniczeń terminów wyznaczonych w ustawie. Tak istotne i ważne dla wykonawcy kwestie jak przesłanki wykluczenia z postępowania muszą być wyrażone wprost w ustawie i w sposób wyraźny, jednoznaczny. Nie można ich domniemywać ani stwierdzać poprzez wątpliwą i niejasną interpretację, tym bardziej, gdy treść przepisu jest klarowna i znajduje potwierdzenie w innym przepisie.

Przetarg niesie zobowiązania dla obu stron - wykonawca zobowiązuje się do zawarcia umowy w terminie związania ofertą, a zamawiający do udzielenia zamówienia. Wygaśnięcie zobowiązania jednej ze stron - wykonawcy, nie oznacza zwolnienia drugiej strony (zamawiającego) z wykonania jego zobowiązania, które pozostaje aktualne, czyli wyboru oferty najkorzystniejszej (nawet z ofert już niewiążących).

Na marginesie skarżąca wskazała, iż zachodzi podstawa do rozważenia, czy istnienie różnych interpretacji w przedstawionych kwestiach oraz ich waga dla procesu udzielania zamówień publicznych stanowi istotne zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości i zachodzi konieczność ich rozstrzygnięcia poprzez zadanie pytania prawnego do Sądu Najwyższego.

Ponadto skarżąca zauważyła, że chociaż w dacie wyboru oferty najkorzystniejszej nie była już związana swoją ofertą, to zamawiający wziął ją jednak pod uwagę i uznał za ważną. Zamawiający nie wykluczył skarżącej ani nie odrzucił jej oferty. Można więc przyjąć, iż podzielał stanowisko skarżącej (iż możliwy jest wybór oferty i zawarcie umowy z wykonawcą, którego termin związania ofertą już upłynął). Rozpatrywanie interesu i szkody stanowiącej przesłankę do merytorycznego rozpatrzenia odwołania (art. 179 PZP) powinno następować na podstawie stanu, który istniał w dniu wyboru. Izba nie ma w tym zakresie uprawnienia do zastępowania zamawiającego (nie może wykluczać wykonawców ani odrzucać ofert). Skoro zamawiający nie wykluczył skarżącej (ku czemu zresztą - jak wyżej wskazano - nie miałby podstaw) to miała ona interes w uzyskaniu zamówienia i mogła ponieść szkodę. Izba nie może jednak tego przesądzać, a tym bardziej dokonywać czynności zamiast zamawiającego.

Zamawiający w toku sprawy przed Izbą nie podniósł braku interesu ani szkody po stronie skarżącej.

Powyższe potwierdza zarzut naruszenia przez Izbę art.24 ust. 2 pkt 2 PZP w zw. z art. 85 ust. 2 PZP, co powoduje, iż w konsekwencji Izba nie miała podstaw do oddalenia odwołania skarżącej na podstawie art. 179 ust. 1 PZP, co stanowiło naruszenie prawa. W ocenie skarżącej, wykazała ona posiadanie legitymacji do wniesienia i rozpoznania odwołania. Skarżąca posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem nie została wykluczona (brak było zresztą ku temu podstaw), posiada wiedzę, doświadczenie i zdolności techniczne pozwalające jej na realizację zamówienia, wobec czego złożyła w postępowaniu ofertę, która nie została odrzucona i znalazła się na drugim miejscu w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP - poprzez dokonanie wyboru w dniu 18 maja 2012 r. jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy ENERGOTEST, w postępowaniu publicznym prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na „wykonanie systemu nadzoru i wizualizacji rozdzielni 110kV i 20kV w stacji RT 396”, postępowanie nr ZP14/11, mimo iż oferta ta winna zostać odrzucona, jako niezgodna z SIWZ, a nadto zawierająca rażąco niską cenę - uniemożliwia wybór jako najkorzystniejszej oferty skarżącej (która to oferta znalazła się na drugim miejscu) i w konsekwencji powoduje utratę możliwości udzielenia zamówienia

skarżącej. Jak już przy tym wyżej wskazano, wyborowi i zawarciu ze skarżącą umowy nie stoi na przeszkodzie upływ terminu związania ofertą.

Zdaniem skarżącej, spełnia ona również drugą przesłankę statującą jej uprawnienie do wniesienia odwołania, albowiem w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych na wstępie przepisów ustawy - PZP poniesie szkodę, wyrażającą się w szczególności w utraceniu możliwości uzyskania przychodów z udzielonego zamówienia oraz utraceniu możliwości uzyskania referencji. Jak wskazuje się w piśmiennictwie (J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV), „Szkoda jako przesłanka środka odwoławczego powinna być rozumiana w sposób cywilistyczny, tj. zarówno jako strata, jak i jako utracone korzyści, przy czym w praktyce przeważać będzie ten drugi rodzaj szkody, zaś utracone korzyści to utracone przez wykonawcę (lub inną osobę) przychody z uzyskanego zamówienia. Do wniesienia odwołania wystarczająca jest sama możliwość poniesienia szkody, jako prawdopodobne następstwo naruszenia przez zamawiającego przepisów. Wystąpienie szkody jako takiej nie jest warunkiem sine qua non zasadności środka odwoławczego. Z tego też powodu inna osoba kwestionująca wybór trybu nie musi udowadniać, iż wygrałaby postępowanie, do którego nie została zaproszona, a jedynie możliwość.”

W związku z powyższym właściwy jest wniosek skarżącej o rozpoznanie jej merytorycznych zarzutów wobec decyzji Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu błędnego ustalenia stanu faktycznego w sprawie skarżąca podniosła, że w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Izba przyjęła, iż „wykonawca ENERGOTEST Spółka z o.o. w dniu 2 maja 2012 r. poinformował zamawiającego o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 7 lipca 2012 roku włącznie, składając jednocześnie aneks do gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 2 marca 2012 roku”. Na tej podstawie Izba uznała, iż ENERGOTEST pozostaje związany ofertą.

Skarżąca się z tym nie zgadza. W aktach postępowania udostępnionych przez zamawiającego skarżącej nie było potwierdzenia takiej czynności, a właśnie otrzymanie przez zamawiającego informacji w tym zakresie ma decydujące znaczenie. Od czasu rzekomego przedłużenia terminu związania ofertą przez ENERGOTEST do czasu rozprawy minął ponad miesiąc, a zamawiający pozostawał bez informacji w tym zakresie. Istota terminu związania ofertą, a zwłaszcza zabezpieczenie ważności oferty ważnością wadium, sprowadza się do faktycznego posiadania przez zamawiającego informacji o przedłużeniu. Tymczasem Izba zupełnie o tym zapomniała, co stanowi poważne uchybienie. Na podstawie dysponowanych przez Izbę w trakcie rozprawy informacji i dowodów nie było podstaw do przyjęcia powyższego ustalenia.

Wobec braku możliwości przyjęcia zaskarżonego ustalenia stanu faktycznego Izba powinna uznać, że również ENERGOTEST nie był związany ofertą i należało go traktować tak jak skarżącą.

W związku z wykazaniem we wcześniejszych punktach brakiem podstaw do oddalenia odwołania Skarżącej KIO winna rozpoznać zarzuty merytoryczne odwołania. Z uwagi na nierozpoznanie jednak przez KIO istoty sprawy, zarzuty merytoryczne odwołania powinny zostać rozstrzygnięte w toku rozpatrywania niniejszej skargi. Skarżąca podtrzymała swoje stanowisko przedstawione w tym przedniocie w swoim odwołaniu.

Skarżąca wskazała, że zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty ENERGOTEST mimo to, iż treść wyjaśnień przesłanych pismem z dnia 17 kwietnia 2012r. nie tylko nie usuwała wątpliwości co do rażąco niskiej ceny przyjętej w ofercie ENERGOTEST, ale nadto przede wszystkim jednoznacznie wskazywała, że oferta ENERGOTEST nie odpowiada wymogom SIWZ, wobec czego winna zostać odrzucona.

Zdaniem skarżącej, oferta ENERGOTEST jest niezgodna z wymogami SIWZ, a składający ją wykonawca złożył nieprawdziwe informacje.

W pkt 4 SIWZ zamawiający określił, iż „Przedmiotem zamówienia jest wykonanie systemu nadzoru i wizualizacji rozdzielnic 110kV i 20kV w stacji RT 396 dla PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA - Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Turów.

Zakres zamówienia obejmuje:

- 1) opracowanie dokumentacji projektowej nawiązującej do istniejącego systemu nadzoru baterii kondensatorów SYNDIS;
- 2) wykonanie (konfiguracja) oraz dostawa systemu nadzoru i sterowania rozdzielnic 110 i 20 kV w stacji RT 396;
- 3) wykonania i montaż połączeń kablowych do wszystkich urządzeń stacji, przygotowanie stanowiska dyspozytorskiego;
- 4) uruchomienie systemu, próby funkcjonalne i pomiary;
- 5) sporządzenie dokumentacji powykonawczej w tym: protokołów z przeprowadzonych pomiarów i prób funkcjonalnych.

Kod wg Wspólnego Słownika Zamówień (CPV): 38810000, 72212100.", przy czym zamawiający wskazał jednocześnie, iż „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji."

W treści załącznika nr 1 do umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, zamawiający postawił w szczególności następujące wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia:

- Pkt 1) Zakresu dostaw: „wykonanie projektu systemu sterowania i nadzoru R 110 kV /

R20kV, nawiązującego do istniejącego systemu nadzoru baterii kondensatorów SYNDIS, wraz z adaptacją istniejących i projektami nowych obwodów wtórnych i pomocniczych na potrzeby systemu (projekt musi być przyjęty do realizacji przez PGE GiEK SA Oddział KWB Turów) - 3 egz. w wersji papierowej + CD".

- Pkt 14) Zakresu dostaw: „wykonanie uzupełnienia istniejącego systemu nadzoru baterii kondensatorów SYNDIS-RV o obsługę kolejnych baterii kondensatorów poprzez urządzenia USP-115 (uruchomienie i wykonanie prób funkcjonalnych dla 1 stacji trzysiekcyjnej, 2 stacji dwusekcyjnych i 2 stacji jednosekcyjnych)."

- Pkt 4 Specyfikacji systemu i sprzętu: „Serwer systemu zapewni wzajemne rezerwowanie (także w zakresie transmisji GPRS) z istniejącym serwerem systemu SYNDIS-RY

nadzorującym baterie kondensatorów."

- Pkt 7 Specyfikacji systemu i sprzętu: „System sterowania i nadzoru R110 kV/ R20kV powinien być zintegrowany na poziomie bazy danych i ekranów z istniejącym systemem nadzoru baterii kondensatorów SYNDIS."

- Pkt 11 Specyfikacji systemu i sprzętu: „Wizualizacja w czasie rzeczywistym stanów pracy rozdzielni R110 kV/ R20kV na istniejącym stanowisku nadzoru baterii kondensatorów (Dział Głównego Elektryka)."

Zdaniem skarżącej, spełnienie powyższych wymagań możliwe jest wyłącznie we współpracy ze skarżącą (firmą MIKRONIKA), albowiem to skarżąca jest autorem systemu SYNDIS. Wykonawca ENERGOTEST nie jest w stanie samodzielnie wykonać wyżej wymienionych prac zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Przykładem są prace wynikające z cytowanego wyżej postanowienia SIWZ, a mianowicie pkt 4 Specyfikacji systemu i sprzętu (załącznik nr 1 do umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ), polegające na zapewnieniu tzw. funkcji redundancji: „Serwer systemu zapewni wzajemne rezerwowanie (także w zakresie transmisji GPRS) z istniejącym serwerem systemu SYNDIS-RV nadzorującym baterie kondensatorów." Wymóg zapewnienia funkcji redundancji powoduje konieczność prac w istniejącym systemie SYNDIS (autorstwa MIKRONIKI), a prac tych ENERGOTEST samodzielnie nie może wykonać.

Skarżąca podkreśliła, iż powyższe potwierdził również sam wykonawca ENERGOTEST wskazując w skierowanym do zamawiającego piśmie z dnia 17 kwietnia

2012r., iż „autorskie rozwiązania firmy MIKRONIKA wymagają udziału w tym zakresie wyłącznie specjalistów tej firmy.”

Tymczasem wykonawca ENERGOTEST nie zwrócił się do skarżącej z żadnym wnioskiem dotyczącym współpracy w powyższym zakresie. Wykonawca ENERGOTEST nie wskazał również powyższego zakresu prac jako prac, które zamierza powierzyć podwykonawcy, jak również nie wskazał takiego podwykonawcy, co jest sprzeczne z wymogami SIWZ.

Stosownie bowiem do pkt 6.2 SIWZ: „Ofertę należy przygotować zgodnie z treścią formularza stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji. Zgodnie z przepisem art. 36 ust. 4 ustawy zamawiający żąda, aby wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom”. Natomiast we wzorze umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ, zamawiający zamieścił w § 5 postanowienie: „Wykonawca może zlecić wykonywania usług lub ich części podwykonawcom wskazanym w ofercie wykonawcy. Zmiana podwykonawcy jest możliwa po uzyskaniu zgody zamawiającego wyrażonej na piśmie pod rygorem nieważności”, z którego wynika że w ofercie należało nie tylko podać zakres prac, który zostanie powierzony podwykonawcom, ale też wskazać podwykonawców. Treść wyjaśnień przesłanych pismem z dnia 17 kwietnia 2012 r., wespół z treścią oferty, jednoznacznie zatem wskazywała, że oferta ENERGOTEST nie odpowiada wymogom SIWZ. Skoro bowiem ENERGOTEST nie jest w stanie samodzielnie wykonać wymienionych prac, a jednocześnie nie wskazał, aby prace w tym zakresie zamierzał powierzyć podwykonawcy, oczywistym jest, że wymienione prace nie będą wykonane zgodnie z wymogami zamawiającego zawartymi w SIWZ.

Co więcej, brak podania podwykonawcy dla wymienionych prac w połączeniu ze sporządzeniem kalkulacji bez uwzględnienia cen sprzętu MIKRONIKI, zaoferowaniem sprzętu i oprogramowania uniwersalnego z pominięciem produktów MIKRONIKI, wskazaniem braku własnej kompetencji do konfiguracji urządzeń i oprogramowania produktów MIKRONIKI (co wynika a contrario ze stwierdzenia, że przy rozwiązaniach MIKRONIKI mogą wykonywać czynności jedynie jej pracownicy), skutkuje nadto koniecznością uznania, że oferent ten złożył nieprawdziwe informacje co do dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Z uwagi na powyższe uznać należy, że oferta wykonawcy ENERGOTEST nie zapewnia realizacji prac określonych w cytowanych powyżej punktach, a zatem jest niezgodna z SIWZ.

W tym stanie rzeczy skarżąca uznała, że zamawiający naruszył zarówno art. 82 ust. 3 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ENERGOTEST, która nie odpowiada treści SIWZ, jak i art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy ENERGOTEST, mimo iż oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, względnie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3) PZP poprzez niewykluczenie wykonawcy ENERGOTEST, mimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W ocenie skarżącej, cena oferty ENERGOTEST jest rażąco niska.

Zgodnie z informacją podaną przez zamawiającego przy otwarciu ofert, zamawiający przewidział na realizację zadania kwotę ponad 2.500.000,00 zł brutto. Z uwagi na to, że zamawiający jest podmiotem profesjonalnym, korzystającym z systemu, którego m.in. dotyczy niniejsze zamówienie, przyjąć należy, że wartość ta została oszacowana z należytą dbałością.

Jakkolwiek nawet znaczna różnica pomiędzy oferowaną ceną a kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia sama w sobie nie przesądza o rażąco niskiej cenie oferty, to jednak stanowi ona wystarczającą przesłankę do uruchomienia procedury wyjaśniającej. Mając zatem na uwadze dysproporcję pomiędzy kwotą przewidzianą na realizację zamówienia (jak również ceną wskazaną przez drugiego oferenta - skarżącą) a ceną przyjętą przez ENERGOTEST, zamawiający prawidłowo zażądał od ENERGOTEST udzielenia na podstawie art. 90 ust. 1 PZP wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

1 niezasadnie uznał, iż treść wyjaśnień przesłanych przez ENERGOTEST pismem z dnia 17 kwietnia 2012r. usuwa wątpliwości co do rażąco niskiej ceny przyjętej w ofercie ENERGOTEST.

Skarżąca podkreśliła, że wyjaśnienia ENERGOTEST były niepełne i niedostateczne. Przede wszystkim wykonawca ENERGOTEST nie wskazał w swoich wyjaśnieniach

w zasadzie żadnych obiektywnych cenników cenotwórczych. Tymczasem w myśl art. 90 ust.

2 PZP „Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.”

Tymczasem ENERGOTEST - zamiast złożyć wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie elementów swojej oferty mających wpływ na wysokość podanej przez siebie ceny, tj. elementów cenotwórczych - w znacznej części odnosi się do oferty MIKRONIKI (skarżącej), snując przypuszczenia na temat prawdopodobnych czynników cenotwórczych dotyczących oferty MIKRONIKI. Taki zakres wyjaśnień udzielanych na podstawie art. 90 ust. 1 PZP uznać należy za niedopuszczalny.

Skarżąca dodatkowo wskazała, że nawet gdyby poddać analizie przedstawione wywody ENERGOTEST - w porównaniu z domniemaną kalkulacją cenową oferty MIKRONIKI - to argumentacja ENERGOTEST prowadzi zgoła do odmiennych wniosków, niż zaprezentowane przez ENERGOTEST:

- Logicznym bowiem jest, iż skoro oferowane przez ENERGOTEST rozwiązanie realizowane jest przy „udziale firm trzecich”, a „autorskie rozwiązania firmy MIKRONIKA wymagają udziału w tym zakresie wyłącznie specjalistów tej firmy”, to okoliczność taka stanowi czynnik cenotwórczy przemawiający na niekorzyść ENERGOTEST (a nie MIKRONIKI), albowiem to ENERGOTEST musi uwzględnić w swojej kalkulacji koszt wynagrodzenia firm trzecich, jako kolejna firma w łańcuchu producent- dystrybutor- wykonawca, w którym każde ogniwo nalicza swój zysk.

- MIKRONIKA jest producentem oferowanych produktów, wobec czego ma z natury niższe ceny niż wykonawca zakupujący produkty innego producenta, ponieważ w takim przypadku

łańcuch podmiotów przy realizacji dostaw i usług jest najkrótszy.

- Nadto wywody ENERGOTEST - świadczące o rzekomej przewadze cenowej uniwersalnego sprzętu i oprogramowania nad rozwiązaniami dedykowanymi - są o tyle niewłaściwe, że rozwiązania dedykowane do określonego zakresu są zasadniczo tańsze, albowiem taki jest cel tworzenia rozwiązań dedykowanych. Zastosowanie rozwiązań uniwersalnych wymaga natomiast poniesienia dodatkowych kosztów i nakładów zmierzających do dopasowania ich do danego celu oraz do zapewnienia wymaganych w danym sektorze funkcjonalności, których uniwersalne rozwiązania nie posiadają. Jednocześnie rozwiązania uniwersalne posiadają nadmiarowe wyposażenie i funkcjonalności, nie wymagane w danym zastosowaniu, które powodują również niepotrzebne koszty, które musi opłacić końcowy odbiorca.

- Z powyższych względów własne, kompleksowe rozwiązania MIKRONIKI są z natury tańsze niż rozwiązania ENERGOTEST, który korzysta z producentów rozwiązań uniwersalnych innych producentów. Dowodzą tego wyniki wielu przetargów w PSE i spółkach dystrybucyjnych, o których wspomina ENERGOTEST w swoich wyjaśnieniach i w których jest zwykle przegrywającym z firmami oferującymi własne dedykowane rozwiązania (w tym również z MIKRONIKĄ).

W pozostałym zakresie „wyjaśnienia” ENERGOTEST ograniczały się do prostego podziału zaoferowanej ceny pomiędzy poszczególne elementy oferty. Poza dokonaniem „podziału” łącznej kwoty na poszczególne pozycje, ENERGOTEST nie przedstawił jednak

w dalszym ciągu ani sposobu kalkulacji tak podzielonych kwot, ani czynników, które wpłynęły na przyjęte stawki cenowe.

Skarżąca podkreśliła przy tym, że podział ten został przeprowadzony dość dowolnie i przypadkowo. Suma bowiem poszczególnych pozycji odpowiada łącznej kwocie podanej przez ENERGOTEST w ofercie (tj. 750.300,00 zł brutto). Tymczasem wymienione pozycje nie wyczerpują zakresu prac związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia; jak bowiem wskazano na stronie 4 załącznika nr 1 do umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, zakres prac obejmuje „w szczególności” prace wymienione w poz. 1-7. Katalog prac wskazany w poz. 1-7 nie jest zatem zamknięty, a pracami, które wchodzi w zakres zamówienia, a nie zostały ujęte w tychże pozycjach są przykładowo prace w systemie SYNDIS, z którym zamawiany system ma być powiązany i prace związane z integracją obu systemów. Podzielenie przez ENERGOTEST ceny wyłącznie pomiędzy wskazane pozycje, bez pozostawienia kwoty na pozostałe „inne” prace (ceny przyporządkowane zostały przez ENERGOTEST do podanego przez zamawiającego wykazu przedstawiającego, jakie prace należy wykonać w szczególności, a nie wymieniającego wszystkie prace) wprost potwierdza, że cena oferty ENERGOTEST została niedoszacowana. Cena oferty ENERGOTEST nie obejmuje bowiem ceny całego przedmiotu zamówienia, skoro podane ceny częściowe, których suma jest równa cenie oferty, nie pokrywają wszystkich dostaw i usług wymaganych przez zamawiającego.

Na zaniżenie ceny oferty ENERGOTEST wskazuje również analiza cen jednostkowych pozostałych pozycji, w tym pozycji nr 14) Zakresu dostaw (załącznik nr 1 do umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ): „wykonanie uzupełnienia istniejącego systemu nadzoru baterii kondensatorów SYNDIS-RV o obsługę kolejnych baterii kondensatorów poprzez urządzenia USP-115 (uruchomienie i wykonanie prób funkcjonalnych dla 1 stacji trzysekcyjnej, 2 stacji dwusekcyjnych i 2 stacji jednosekcyjnych)”. Cena podana przez ENERGOTEST to łącznie 25.953,00 zł brutto za 9 sztuk wymaganych przez zamawiającego urządzeń USP-115. Tymczasem -jak wynika z wcześniej realizowanych zamówień przez MIKRONIKĘ - cena z pracami za 9 sztuk wyniosłaby co najmniej 128.564,20 zł brutto według cen wcześniejszych realizacji, a więc ponad 100 tys. zł więcej, przy czym podana cena uwzględniła rabat dla stałych partnerów handlowych skarżącej, do których ENERGOTEST nie należy.

Zdaniem skarżącej, podobnie wyraźnie zaniżona została cena pozycji nr 4 zakresu dostaw. Zgodnie z pkt 4 specyfikacji systemu i sprzętu (załącznik nr 1 do umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ): „Serwer systemu zapewni wzajemne rezerwowanie (także w zakresie transmisji GPRS) z istniejącym serwerem systemu SYNDIS-RV nadzorującym baterie kondensatorów.” Jak już wyżej wskazywano, powyższy wymóg dotyczy m.in. zapewnienia funkcji redundancji, co powoduje konieczność prac w istniejącym systemie SYNDIS (autorstwa MIKRONIKI), a prac tych ENERGOTEST sam nie może wykonać. ENERGOTEST wycenił dostawę całości (za cały system) na kwotę 51.291,00 zł brutto, podczas gdy wynagrodzenie MIKRONIKI za samo uruchomienie funkcji redundancji stanowi koszt ok. 70 tys. (samo oprogramowanie).

ENERGOTEST nie uwzględnił zatem dostaw sprzętu i oprogramowania produkcji MIKRONIKI oraz usług związanych z tymi dostawami, zaniżając w ten sposób oferowaną cenę produktów i usług o co najmniej o 200 tys. zł brutto (tj. istotnie do oferowanej ceny) i to tylko z tytułu nieuwzględnienia właściwej wielkości cen urządzeń USP-115, oprogramowania serwera rezerwowego systemu SYNDIS koniecznego do umieszczenia na serwerze zamawianego systemu, rekonfiguracji i przeprogramowania elementów systemu SYNDIS, istniejących i dostarczonych w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, co dowodzi podanie przez ENERGOTEST rażąco niskiej ceny (poniżej koniecznych do poniesienia kosztów).

W ocenie skarżącej, wyjaśnienia ENERGOTEST zawarte w piśmie z dnia 17 kwietnia 2012r. należy uznać za niepełne i niedostateczne, a przedłożone szacunkowe wywody i dane nie tylko nie usuwają wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie ENERGOTEST, ale wprost potwierdzają że jest ona rażąco niska.

Skarżąca podkreśliła, że ENERGOTEST nie ma obecnie możliwości uzupełnienia

złożonych wyjaśnień. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r. (sygn. akt: X Ga 127/08) istnieje wykształcona w orzecznictwie zasada odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 PZP. Wobec tego - jak zauważył Sąd - powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania czynności składania wyjaśnień naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy uznać należy, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP nie odrzucając oferty wykonawcy ENERGOTEST, mimo iż istniały uzasadnione podejrzenia wskazujące na zastosowanie w ofercie ENERGOTEST rażąco niskiej ceny, a wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 PZP były niepełne i niedostateczne dla uznania, iż oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem skarżącej, zasadny jest jej wniosek o unieważnienie decyzji zamawiającego o wyborze oferty wykonawcy ENERGOTEST Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy ENERGOTEST Spółka z o.o.

Skarżąca wniosła wpis od skargi w wysokości 68.813,00 zł, a kopię dowodu jego uiszczenia dołączyła do niniejszej skargi. Przy obliczaniu wysokości wpisu skarżąca jako wartość przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 34 ust.2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t. jedn. Dz. U. 2010 r., nr 90, poz. 594 z późn. zm.) przyjęła wartość brutto swojej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 lipca 2011 r. sygn. akt. XII GA 315/11). (skarga k. 3- 20).

Przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca ENERGOTEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania skargowego według norm przepisanych.

(pismo przystępującego k. 72-79).

Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania. Jako nową

okoliczność wskazał zawarcie umowy między zamawiającym, a przystępującym w dniu 3 września 2012r. (protokół z rozprawy apelacyjnej k. 134-135).

Skarżąca, wobec nowej okoliczności w postaci zawarcia umowy, wniosła aby Sąd Okręgowy w przypadku uwzględnienia skargi stwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy prawo zamówień publicznych art. 192 ust. 3 pkt. 3 w zw. z art. 198 fust. 2 PZP oraz art. 82 ust. 3 PZP, art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP, względnie art. 24 ust. 2 pkt. 3 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP. Wniosła o zasądzenie na rzecz skarżącej kosztów niniejszego postępowania i kosztów postępowania odwoławczego, (protokół z rozprawy apelacyjnej k. 134-135).

Sąd Okręgowy, Sąd Gospodarczy zważył, co następuje:

Skarga Badawczo - Rozwojowej Spółdzielni Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu jest bezzasadna. W ocenie Sądu Okręgowego zarzuty podniesione przez skarżącą nie zasługują na uwzględnienie. Rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej pozostaje w zgodzie z poczynionymi ustaleniami w zakresie stanu faktycznego i obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. nr 113, z 2010 r.,

poz. 759 ze zm.). W tym zakresie Sąd Okręgowy w pełni podziela argumentację faktyczną Krajowej Izby Odwoławczej, a poczynione ustalenia faktyczne przyjmuje za własne.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma formalistyczny charakter, który przejawia się w szczególności w tym, że dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, zamawiający nie może wyjść poza zakres opisanego w ogłoszeniu i SIWZ sposobu dokonywania oceny spełniania warunków oraz w większości bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy prawo zamówień publicznych.

W ocenie Sądu Okręgowego, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 179 ust. 1 prawa zamówień publicznych(dalej PZP) poprzez bezpodstawne stwierdzenie, iż skarżący nie legitymuje się istnieniem interesu w uzyskaniu zamówienia i nie wykazała zaistnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy i oddalenie na tej podstawie odwołania skarżącej bez rozpoznania zarzutów merytorycznych odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 PZP, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP. Są to przesłanki materialno-prawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Badanie przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy PZP następuje na moment wniesienia odwołania, a zatem ustaleniu Izby podlega okoliczność, czy w dacie wniesienia odwołania odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz czy poniósł lub może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy PZP środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, który wykazuje interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Odwołujący musi więc wykazać, iż miał lub ma interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy poniósł lub mógł ponieść szkodę. Chodzi zatem o zaistnienie chociażby potencjalnej możliwości uzyskania przez odwołującego tego konkretnego zamówienia, przy czym nie może to być interes hipotetyczny, odnoszący się do innego, przyszłego zamówienia, ale o to, konkretne, toczące się aktualnie postępowanie.

Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym odwołujący nie wykazał istnienia interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia ponieważ na skutek tego, że nie przedłużył terminu związania ofertą, nie wyraził woli dalszego uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji uzyskania zamówienia. Izba ustaliła bowiem, iż zamawiający w SIWZ wskazał, iż będzie związany ofertą do 7 maja 2012r., a bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, który wyznaczył na 15 marca 2012r. Uwzględniając przepisy ustawy PZP - 60 dniowy termin związania ofertą upłynąłby w dniu 13 maja 2012r. W dniu 18 maja 2012r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, a wadium w formie gotówkowej zostało zwrócone odwołującemu w dniu 23 maja 2012r.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy PZP wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, (...). Tym samym to wykonawca wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą bądź samodzielnie przedłużając niniejszy termin podejmuje decyzję o swoim dalszym udziale w postępowaniu. Wykonawca, jako podmiot profesjonalny zobowiązany jest do działania z należytą starannością poprzez podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W niniejszym postępowaniu odwołujący nie skorzystał z możliwości samodzielnego

przedłużenia terminu związania ofertą na co pozwalała mu dyspozycja art. 85 ust. 2 ustawy PZP, tym samym tracąc możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie legitymuje się więc interesem w uzyskaniu tego zamówienia. Nie wykazał bowiem istnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący bowiem miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, lecz wobec faktu nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie ma możliwości wykazania przesłanki szkody będącej skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy albowiem ewentualna szkoda, którą mógłby ponieść odwołujący byłaby skutkiem zaniedbania powstałego wyłącznie po stronie samego odwołującego. Przepis art. 85 ust. 2 PZP umożliwiał wykonawcy samodzielne przedłużenie terminu związania ofertą przy czym winno to nastąpić przed upływem terminu związania ofertą. Wykonawca, w tym przypadku odwołujący, chcąc być nadal uczestnikiem postępowania, powinien był przedłużyć termin związania ofertą. Zaniechanie tej czynności rodzi bowiem skutek w postaci upływu terminu związania ofertą tym samym powodując iż odwołujący przestaje być uczestnikiem postępowania, gdyż oferta przestała go wiązać. Nie może więc już ubiegać się o udzielenie tego konkretnego zamówienia.

Powyższe stanowisko jest prezentowane konsekwentnie w kilku orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 16 września 2011 r., sygn. akt KIO 1900/11, LEX nr 964350; wyrok z dnia 28 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 2678/10, LEX nr 707583, wyrok z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10, LEX nr 585378.

Przepisy ustawy PZP, poza faktycznym złożeniem stosownego oświadczenia, nie przewidują możliwości dopuszczenia innego sposobu przedłużenia terminu związania ofertą. Nie może być więc mowy o sposobie „dorozumiewania” złożenia oświadczenia. Oświadczenia takiego nie może zastąpić fakt wniesienia odwołania.

Zdaniem Sąd Okręgowego przedłużenie terminu związania ofertą jest niezbędne, gdyż w przeciwnym przypadku ocenie i porównaniu z innymi ofertami podlegałaby oferta, co do której wykonawca mógłby bez konsekwencji odmówić podpisania umowy.

Ponadto za prezentowanym wyżej stanowiskiem przemawia również wykładnia systemowa art. 85 ust. 2 PZP. Zgodnie z art. 85 ust. 1 PZP wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż 30, 60 i 90 dni w zależności od wartości zamówienia.

Na gruncie przepisów prawa cywilnego zasada związania ofertą została wyrażona w art. 66 k.c. Zgodnie z nią oferent jest związany stanowiącym ofertę oświadczeniem woli zawarcia umowy złożonym drugiej stronie i w oznaczonym w ofercie terminie nie może zwolnić się z obowiązku zawarcia umowy na warunkach przedstawionych w ofercie. Okres związania mija wraz z upływem oznaczonego terminu. Prawo zamówień publicznych modyfikuje tę cywilistyczną konstrukcję, wprowadzając rozwiązanie, zgodnie z którym co do zasady to nie oferent (według prawa zamówień publicznych wykonawca) - składając ofertę, wskazuje termin, w którym oczekuje odpowiedzi - ale zamawiający w SIWZ określa, jak długo będzie trwał okres związania ofertą wykonawców, którzy złożą oferty w postępowaniu. Przy oznaczaniu terminu związania ofertą jest zobowiązany przestrzegać nieprzekraczalnych terminów związania określonych w prawie zamówień publicznych. Ustawa nie wskazuje natomiast żadnych minimalnych terminów związania ofertą, które musiałby stosować zamawiający, pozostawiając to do jego uznania. Określając ten termin, zamawiający musi jednak wziąć pod uwagę terminy wskazane w prawie zamówień publicznych dla niektórych czynności w postępowaniu. W szczególności powinien uwzględnić termin, który musi upłynąć pomiędzy przekazaniem zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty a zawarciem umowy (art. 94 PZP).

Poza uprawnieniem zamawiającego polegającym na zwróceniu się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą, również wykonawca z własnej inicjatywy może złożyć oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania własną ofertą. Wymogiem w takiej sytuacji jest, aby oświadczenie takie zostało złożone w terminie związania ofertą, tj. aby zachowana była ciągłość związania ofertą. Wykonawcy nie muszą jednak zachować 3-dniowego terminu przed upływem związania ofertą dla złożenia takiego oświadczenia. Przedłużenie terminu związania ofertą z inicjatywy wykonawcy może być dokonywane

wielokrotnie i na dowolny okres. Może być więc złożone nie na określoną ilość dni, ale np. na czas oznaczony poprzez wskazanie czynności, do której wykonawca czuje się związany ofertą. Wskazanie, że wykonawca może przedłużyć termin związania „samodzielnie”, oznacza, że przysługuje mu prawo dokonania takiej czynności niezależnie od zachowań zamawiającego. Przepis ten, jako kierowany do wykonawców, nie ogranicza jednak zamawiającego. Jeśli więc zamawiający zwrócił się już do wykonawców z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą i mimo to nie udało mu się zakończyć postępowania, to jedynie wykonawcy z własnej inicjatywy mogą przedłużyć terminu związania ofertą.

Gdyby podzielić pogląd prezentowany przez skarżącą to przyznanie wykonawcy w art. 85 ust. 2 PZP prawa do przedłużenia terminu związania ofertą byłoby zbędne, ponieważ i tak zamawiający byłby zobowiązany do oceny tej oferty.

Reasumując stwierdzić należy, iż Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu nie legitymuje się istnieniem interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia a w konsekwencji nie wykazał zaistnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. A ponieważ art. 179 ust. 1 ustawy PZP wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP, a skarżąca w postępowaniu nie wykazała spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo oddaliła wniesione odwołanie.

Skoro skarżąca nie złożyła oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, stanowiącego o podtrzymaniu przez wykonawcę swojej woli złożenia oferty w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to zbędnym jest rozważanie problemu przedłużenia okresu ważności wadium. Warto jedynie podkreślić, że w sytuacji gdy wadium zostało złożone w pieniądzu a wykonawca nie złożył wniosku do zamawiającego o zwrot takiego pieniężnego zabezpieczenia oferty, wadium pozostaje w dyspozycji zamawiającego i prawidłowo zabezpiecza ofertę także na przedłużony okres związania ofertą. Nie ma w takiej sytuacji potrzeby składania w tym zakresie odrębnych oświadczeń przez wykonawcę o woli przedłużenia tak wpłaconego wadium.

W świetle powyższych rozważań chybił zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP w zw. z art. 85 ust. 2 PZP poprzez ich błędną wykładnię, tj. przyjęcie, iż brak samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą skutkuje wykluczeniem z postępowania;

Sąd Okręgowy nie mógłby badać sprawy pod kątem, czy zachodzi podstawa do wykluczenia skarżącej na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 PZP skoro zamawiający nie zastosował tego przepisu i nie wykluczył wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia.

Nie jest zasadny również zarzut błędnego ustalenia stanu faktycznego w sprawie poprzez przyjęcie, iż wykonawca ENERGOTEST Spółka z o.o. w dniu 2 maja 2012 r. poinformował zamawiającego o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 7 lipca 2012 roku włącznie, składając jednocześnie aneks do gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 2 marca 2012 roku.

Ustalenia Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie są prawidłowe i są oparte na dokumentach załączonych do akt postępowania: pismo wykonawcy ENERGOTEST Spółki z o.o. z dnia 2 maja 2012r., aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

Brak legitymacji do wniesienia środka ochrony prawnej skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpoznawania podniesionych w nim zarzutów.

W tej sytuacji nie jest zasadny zarzut nierozpoznanie istoty sprawy, tj. zarzutów merytorycznych odwołania.

Na marginesie jedynie podkreślić należy, że ze względu na specjalistyczny charakter przedmiotu zamówienia dla oceny zasadności podniesionych zarzutów merytorycznych niezbędna jest wiedza specjalna i bez dowodu z opinii biegłego sądowego ich ocena jest

nieważna.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ustęp 2 zdanie pierwsze ustawy prawo zamówień publicznych oddalił skargę.

Na podstawie art. 198f ustęp 5 ustawy prawo zamówień publicznych Sąd Okręgowy zasądził od skarżącego na rzecz zamawiającego i przystępującego po stronie zamawiającego kwoty po 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego. Zasądzone kwoty stanowią wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego będącego radcą prawnym, którego wysokość została określona zgodnie z § 2 ust. 1 i 5, § 10 ustęp 1 punkt 4 w zw. z § 12 ust. 1 punkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163 z 2002 r. poz. 1349 ze zmianami) oraz pełnomocnika przystępującego po stronie zamawiającego będącego adwokatem, którego wysokość została określona zgodnie z § 2 ust. 1 i 5, § 11 ustęp 1 punkt 4 w zw. z § 13 ust. 1 punkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163 z 2002r. poz. 1348 ze zmianami).