

**Sygn. akt: KIO 655/13**

**WYROK**  
**z dnia 2 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2013 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Hermes spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łędzinach, w postępowaniu prowadzonym przez Kompanię Węglową SA w Katowicach

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Hermes spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łędzinach, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Hermes spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łędzinach, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego - Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego Hermes spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łędzinach, na rzecz Zamawiającego Kompanii Węglowej SA w Katowicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

I. Zamawiający - Kompania Węglowa SA w Katowicach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług w zakresie prania odzieży dla potrzeb Kompanii Węglowej S.A. Oddziałów KWK „Bolesław Śmiały”, KWK „Brzeszcze”, KWK „Piaś”, KWK „Ziemowit” w okresie 24 miesięcy”, z podziałem na cztery części, odpowiadające czterem oddziałom KWK. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 13 listopada 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 359655-2012. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. W dniu 6 lutego 2013 r. Zamawiający zaprosił do aukcji elektronicznej w zakresie zadania 4 trzech wykonawców, którzy nie podlegając wykluczeniu złożyli oferty: Odwołującego – z ceną w pierwotnej ofercie 3 191 348,16 zł brutto, Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Perfect spółkę z o.o. w Bieruniu – z ceną w ofercie pierwotnej 3 591 993,60 zł brutto oraz Pralmag Serwis Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A..... C..... w Katowicach z ceną w ofercie pierwotnej 3 205 163,52 zł. W dniu 15 lutego 2013 r. przeprowadził aukcję, uznając w jej wyniku za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego.

Pismem z dnia 15 marca 2013 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług w zakresie prania odzieży dla potrzeb Kompanii Węglowej S.A. Oddziałów KWK „Bolesław Śmiały”, KWK „Brzeszcze”, KWK „Piaś”, KWK „Ziemowit” w okresie 24 miesięcy” z podziałem na 4 zadania w zakresie zadania 4 zostało rozstrzygnięte, a za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Odwołującego, z ceną, po dokonanych postąpieniach w aukcji elektronicznej 2 499 999,99 zł brutto.

III. Odwołujący w dniu 21 marca 2013 r. złożył odwołanie wobec udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Perfect spółka z o.o. w Bieruniu w zakresie zadania nr 4 (Świadczenie usług w zakresie prania odzieży dla potrzeb KW S.A Oddział KWK „Ziemowit”) oraz przeprowadzenia aukcji elektronicznej pomimo braku, co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący postawił zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91a ust. 1, 91 b ust. 1 i 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegającego na dopuszczeniu i przeprowadzeniu przez Zamawiającego w toku postępowania, w odniesieniu do zadania 4, aukcji elektronicznej mimo faktu, że nie zostały spełnione przesłanki ustawowe dopuszczającej postępowanie w tym względzie oraz zaproszeniu do aukcji wykonawców nieuprawnionych i zaniechaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem aukcji elektronicznej.

W oparciu o tak wyrażone zarzuty, Odwołujący postawił żądania nakazania Zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności składających się na proces oceny spełnienia przez wykonawców wymogów opisanych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do zadania 4,
- 2) uznanie, że do aukcji elektronicznej, w zakresie zadania oznaczonego nr 4 zaproszono wykonawcę nieuprawnionego tj.: Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Perfect Spółka z o.o.,
- 3) uznanie, że w toku postępowania, w odniesieniu do zadania 4, niedopuszczalne było przeprowadzenie aukcji elektronicznej, ze względu na fakt nie spełnienia przesłanek ustawowych warunkujących jej zastosowanie,
- 4) powtórzenie czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do zadania 4 z pominięciem aukcji elektronicznej,
- 5) wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, w odniesieniu do zadania,
- 6) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania w tym kosztami reprezentacji, zgodnie z przedłożonym spisem kosztów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, iż w myśl art. 91 a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, każdorazowo zamawiający może skorzystać z mechanizmu aukcji elektronicznej w przypadku, gdy łącznie spełnione zostaną trzy przesłanki:

- 1) postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1 przywołanej wyżej ustawy,
- 2) zastosowanie aukcji zamawiający przewidział w ogłoszeniu,
- 3) w toku postępowania złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z treścią art. 91b ust. 1 ustawy, do udziału w aukcji elektronicznej zaprasza się wszystkich wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone. Z kolei w art. 91 ust. 1 ustawy ustawodawca przyjął zasadę ogólną, zgodnie z którą, ofertę najkorzystniejszą wybiera się na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym samym określił tryb wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu klasycznym.

Odwołujący wskazał, iż wybrany wykonawca - Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Perfect Spółka z o.o. z siedzibą w Bieruniu przy ul. Granitowej 16, w piśmie z dnia 24 stycznia 2013 r. złożył oświadczenie, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą w odniesieniu do zadań oznaczonych numerami 1, 2, 3 i 4, jednakże na mocy pisma z dnia 1 lutego 2013 r. w/w Spółka zmieniła stanowisko w tym względzie i kolejnym pismem datowanym na dzień 1 lutego 2013 r. oświadczyła, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą jedynie w odniesieniu do zadań oznaczonych numerami 1, 2, 3. Tym samym, w ocenie Odwołującego, termin związania ofertą w odniesieniu do wspomnianej Spółki, w zakresie zadania oznaczonego nr 4, wygasł. Okoliczność powyższa rodzi co najmniej dwa skutki: 1) oferta tego wykonawcy nie może być przedmiotem czynności składających się na proces oceny spełnienia przez wykonawców wymogów opisanych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i 2) wykonawca nie może brać udziału w aukcji elektronicznej. Wygaśnięcie związania ofertą wywiera jednak znacznie dalej idący skutek dla całego postępowania; ofertę której termin związania wygasł, traktuje się tak, jakby jej nie było. Wobec powyższego uznać należy, że w toku rzeczzonego postępowania, w odniesieniu do zadania 4, niedopuszczalnym było zastosowanie aukcji elektronicznej. Po pierwsze; w postępowaniu tym nie złożono przynajmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu a jedynie dwie. W wyniku wygaśnięcia terminu związania ofertą, de facto, w postępowaniu złożono tylko dwie oferty, które podlegały analizie pod względem spełnienia wymogów formalno – prawnych a następnie ocenie pod względem wyboru oferty najkorzystniejszej w normalnym, klasycznym, trybie. Brak jednej z przesłanek warunkujących możliwość skorzystania z mechanizmu aukcji elektronicznej uniemożliwia jej zastosowanie. Po drugie; gdyby błędnie przyjąć, że w postępowaniu złożono trzy oferty, to z chwilą wygaśnięcia terminu związania ofertą, Zamawiający nie miałby możliwości sprawdzenia, czy rzeczona oferta podlega odrzuceniu. Także i w tym przypadku nie jest spełniona przywołana wyżej przesłanka. W końcu po trzecie; Zamawiający nie może zaprosić do aukcji elektronicznej wykonawcy, którego termin związania ofertą minął, bowiem nie jest on już uczestnikiem postępowania. Tym samym stwierdzić należy, że Kompania Węglowa S.A., w toku postępowania nie mogła zaprosić do udziału w aukcji elektronicznej, w odniesieniu do zadania oznaczonego nr 4, PPHU Perfect Spółka z o.o., bowiem w chwili jej rozpoczęcia, termin związania ofertą tego Wykonawcy minął i tym samym przestała ona wiązać Strony. W omawianym przetargu, w odniesieniu do zadania oznaczonego nr 4, Zamawiający nie mógł również uruchomić procedury aukcji elektronicznej, ponieważ nie została spełniona jedna z trzech ustawowych przesłanek jej stosowania - w toku postępowania nie złożono co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu. Uznać należy, że w toku postępowania, wobec upływu terminu związania ofertą wobec jednego z Wykonawców, wpłynęły jedynie dwie oferty nie

podlegające odrzuceniu, która to okoliczność uniemożliwia uruchomienie mechanizmu akcji elektronicznej. W tym stanie rzeczy Zamawiający zobowiązany był do wyboru oferty najkorzystniejszej według reguły określonej w art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z pominięciem aukcji elektronicznej.

Odwołujący podał, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie Zamawiającego (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.07.2005 r., sygn. akt: V Ca 592/05).

Odwołujący końcowo podkreślił, że ma interes prawny w złożeniu środka ochrony prawnej, w związku z możliwością uzyskania zamówienia objętego postępowaniem na znacznie lepszych warunkach, bowiem w wyniku naruszenia przepisów, jego interes prawny doznał uszczerbku w uzyskaniu zamówienia, faktycznie pozbawiając go możliwości jego realizacji na zasadach opisanych pierwotnie w ofercie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Perfect spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bieruniu wraz ze złożonymi oświadczeniami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.**

## **I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oddalono wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uzasadniony złożeniem odwołania po terminie, który powinien być liczony – w ocenie Zamawiającego – od dnia przeprowadzenia aukcji, co miało miejsce 15 lutego 2013 r. Istotne jest, że w dniu 6 lutego 2013 r. Zamawiający zaprosił w zakresie zadania 4 do aukcji wykonawców, z dokumentacji jednak nie wynika, by odpowiednie informacje o zaproszonych wykonawcach zostały przekazane innym, niż jej adresaci wykonawcom. Także z samego faktu przeprowadzenia aukcji z udziałem określonych wykonawców nie wynika uzyskanie wiedzy o podmiotach, które wzięły w niej udział. Zamawiający w dniu 13 marca 2013 r. przekazał informację o wynikach postępowania oraz o wykonawcach, których oferty nie zostały odrzucone i którzy wzięli udział w aukcji.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 ustawy, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację; wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne; wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę; terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta. Dopiero zatem od daty przekazania informacji o wynikach postępowania, wykonawcy z całą pewnością powzięli wiadomość o podstawie do wniesienia odwołania, którą jest zaniechanie wyeliminowania z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Perfect spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bieruniu.

## **II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

Podkreślenia na wstępie wymaga, że przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Powyższy przepis wskazuje okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze środków odwoławczych, mające charakter przesłanek materialnoprawnych. Ich zaistnienie nie wpływa na możliwość wszczęcia postępowania odwoławczego, lecz warunkuje uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą wniesionego środka. Wskazany przepis wiąże zatem możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy z ochroną interesu wykonawcy, który to interes realizuje się poprzez będącą następstwem wniesienia odwołania możliwość uzyskania zamówienia, tj. statuuje ochronę przed bezprawnymi czynnościami zamawiającego uniemożliwiającymi (mogącymi uniemożliwić) uzyskanie danego zamówienia. Powyższe w żadnym razie nie odnosi się do jakichkolwiek innych, np. majątkowych interesów wykonawców, które mogą doznać szkody w związku z działaniami zamawiającego. Nadto, korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie nie można sprowadzić do ochrony ogólnie pojętej praworządności i korygowania wszystkich

nieprawidłowości, których zamawiający dopuścił się w trakcie postępowania (nieprawidłowości irrelevantnych w stosunku do możliwości uzyskania konkretnego zamówienia przez danego wykonawcę). Nie sposób również upatrywać interesu w uzyskaniu danego zamówienia, o którym mówi powołany art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w kontekście ewentualnego zagrożeniem unieważnienia umowy, która byłaby zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania.

Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, badany jest na moment wniesienia odwołania.

Biorąc pod uwagę brzmienie powołanego przepisu chodzi zatem nie o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienia uzasadnienia dla prowadzenia postępowania odwoławczego, wynikającego z dążenia do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej.

W analizowanej sprawie, w dacie wniesienia odwołania (21 marca 2013 r.), aukcja której przeprowadzenie, wobec zaproszenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Perfect spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bieruniu Odwołujący kwestionuje, została już sfinalizowana z udziałem trzech wykonawców (Odwołującego, wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Perfect spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bieruniu oraz Pralmag Serwis Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A..... C..... w Katowicach), co miało miejsce w dniu 15 lutego 2013 r. Wynik tej aukcji jest znany: Odwołujący złożył w niej kolejne postąpienia, w konsekwencji których Jego oferta uznana została za najkorzystniejszą. Odwołujący uzyskał zatem w następstwie przeprowadzonej aukcji zamówienie, będące przedmiotem postępowania. Stan ten istniał w momencie składania odwołania.

Powyższe czyni zasadnym stwierdzenie, iż po przeprowadzonej aukcji elektronicznej Odwołujący uzyskał zamówienie, co pozbawia Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, skoro jego interes w uzyskaniu zamówienia nie doznał uszczerbku, a przeciwnie – został zrealizowany wygraną aukcją.

Wbrew stanowisku Odwołującego, nie może uzasadniać interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych możliwość – w razie potwierdzenia zasadności zarzutów stawianych w odwołaniu – uzyskania zamówienia na korzystniejszych warunkach, ze względu na niższą cenę zaoferowaną w razie, gdyby do aukcji miało nie dojść z uwagi na złożenie mniej niż trzech ofert (art. 91 a ust. 1 ustawy). Nie stanowi to bowiem o posiadaniu interesu w uzyskaniu danego zamówienia, a co najwyżej interesu w uzyskaniu zamówienia na dogodniejszych dla zainteresowanego warunkach. Dostrzegł to sam



Odwołujący, w części odwołania zawierającej uzasadnienie zaistnienia przesłanej materialnoprawnych, wskazując, iż interesu w uzyskaniu zamówienia upatruje w możliwości jego uzyskania na znacznie lepszych warunkach, określonych w pierwotnie złożonej ofercie. Powyższe jednak nie mieści się w dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tak też: uzasadnienia wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2012 r. w spr. o sygn. KIO 93/12, 10 listopada 2011 r. w spr. KIO 2353/11). Kwestia ta może być rozważana ewentualnie przez pryzmat możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, co jednak nie jest wystarczające w świetle treści powołanego art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stąd odwołanie – wobec niewykazania przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia – podlega oddaleniu.

Niezależnie od powyższego, w zakresie postawionych w odwołaniu zarzutów, nie uchylając się od rozpoznania istoty sprawy, poddano analizie zarzuty postawione w odwołaniu (za uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08).

W analizowanej sprawie, wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Perfect spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bieruniu pismem z dnia 24 stycznia 2013 r., dotyczącym przedłużenia terminu związania ofertą w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 331200883 dotyczącego: *„Świadczenie usług w zakresie prania odzieży dla potrzeb Kompanii Węglowej S.A. Oddziałów KWK „Bolesław Śmiały”, KWK „Brzeszcze”, KWK „Piaś”, KWK „Ziemowit” w okresie 24 miesięcy*” z podziałem na 4 zadania, złożył oświadczenie o treści: *„Zarząd PPHU „Perfekt” Sp. z o.o. w Bieruniu wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu o okres 60 dni, tj. do 04.04.2013 roku. Oświadczamy, że wyrażamy zgodę na przedłużenie ważności wadium do 04.04.2013 roku.”*. Następnie, pismem z dnia 1 lutego 2013 r., nr 38/2013, dotyczącym pisma z dnia 24 stycznia 2013 r. dotyczącego przedłużenia terminu związania ofertą w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 331200883 dotyczącego: *„Świadczenie usług w zakresie prania odzieży dla potrzeb Kompanii Węglowej S.A. Oddziałów KWK „Bolesław Śmiały”, KWK „Brzeszcze”, KWK „Piaś”, KWK „Ziemowit” w okresie 24 miesięcy*” z podziałem na 4 zadania, wykonawca oświadczył: *„Zarząd PPHU „Perfekt” sp. z o.o. w Bieruniu wycofuje nasze pismo z dnia 24.01.2013 roku dotyczące wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania z ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu”*. Kolejnym pismem z tej samej daty, oznaczonym nr 39/2013, dotyczącym przedłużenia terminu związania ofertą w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 331200883 dotyczącego: *„Świadczenie usług w zakresie prania odzieży dla potrzeb*

*Kompanii Węglowej S.A. Oddziałów KWK „Bolesław Śmiały”, KWK „Brzeszcze”, KWK „Piast”, KWK „Ziemowit” w okresie 24 miesięcy” z podziałem na 4 zadania, wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Perfect spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bieruniu oświadczył, że: „Zarząd PPHU „Perfekt” Sp. z o.o. w Bieruniu wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania z ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu o okres 60 dni, tj. do 04.04.2013 roku w zakresie zadania I, II i III. Oświadczamy, że wyrażamy zgodę na przedłużenie ważności wadium do 04.04.2013 roku w zakresie zadania I, II i III”.*

Odwołujący stawia w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ustawy, upatrując niedopuszczalnego przeprowadzenia aukcji w zakresie zadania czwartego z udziałem wykonawcy, który na moment tego zaproszenia nie był związany ofertą w zakresie tego zadania.

Tak wyartykułowane zarzuty nie zasługują na aprobatę.

Po pierwsze, nie sposób uznać za skuteczne odwołania oświadczenia woli z dnia 24 stycznia 2013 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą o dalsze 60 dni (do 4 kwietnia 2013 r.) dla wszystkich czterech zadań, jakie składają się na przedmiotowe zamówienie. Oświadczenie woli składane jest drugiej stronie w sposób stanowczy i poważny, na serio, ze wszystkimi skutkami, jaki wiążą z tym przepisy prawa cywilnego. Tymczasem, wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Perfect spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bieruniu w dniu 24 stycznia 2013 r. oświadczył drugiej stronie czynności cywilnoprawnej, jaką jest Zamawiający, że jest związany oświadczeniem woli wyrażonym w ofercie do dnia 4 kwietnia 2013 r. To oświadczenie dotarło do Zamawiającego; wykonawca jest nim zatem związany aż do upływu tego terminu. Ustawa Prawo zamówień publicznych wyraża zasadę trwałości i stabilności wzajemnych oświadczeń; zawiera regulacje służące zapewnieniu bezpieczeństwa kontraktowania. Z jednej strony, zamawiający nie ma pełnej, nieograniczonej swobody zakończenia postępowania, zależnie od swojej woli i ewentualnej zmiany planów i priorytetów, tak jak ma to miejsce w konwencjonalnych stosunkach cywilnoprawnych pomiędzy równorzędnymi partnerami, ale ma prawo unieważnić postępowanie tylko w sytuacjach enumeratywnie wymienionych i wyraźnie opisanych w ustawie (art. 93 ust. 1 i 1 a ustawy), z drugiej zaś wykonawca jest związany złożonym oświadczeniem na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ofercie aż do upływu terminu związania ofertą, podanego w ofercie jak również przez siebie przedłużonego. Zgodnie z treścią art. 84 ust. 1 ustawy, wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Przedłużenie terminu związania ofertą stanowi oświadczenie woli, które złożone skutecznie wobec zamawiającego, wiąże wykonawcę. Zgodnie z przepisem art. 61

§ 1 kodeksu cywilnego, stosowanego po myśli art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią; odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Natomiast oświadczenie wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Perfect spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bieruniu stanowiące odwołanie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą dla wszystkich czterech zadań do 4 kwietnia 2013 r. zostało wyartykułowane przez tego wykonawcę po ponad tygodniu, to jest 2 lutego 2013 r. W tych okolicznościach, nie sposób uznać za jednocześnie złożone oświadczenia o odwołaniu oświadczenia z dnia 24 stycznia 2013 r. o związaniu ofertą do 4 lutego w zakresie wszystkich czterech zadań, a tym samym, że to odwołanie oświadczenia jest złożone skutecznie.

Po drugie, wyrażany jest pogląd, iż upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany jako nie skutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z tego postępowania. Wskazuje się również, że upływ terminu związania ofertą, rodzi ten skutek, że wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy na warunkach podanych w ofercie, a jedynie jest do tego uprawniony. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje bowiem utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ograniczenie związania ofertą terminem określonym w myśl art. 85 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych służy ochronie interesów wykonawcy i ma na celu zapewnienie mu możliwości uchylenia się od podpisania umowy w sytuacji, gdy na skutek upływu czasu może on już nie być zainteresowany podpisaniem umowy na warunkach zaproponowanych w ofercie. A zatem, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jest na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczalne. Wyraz takiego stanowiska dawała Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z dnia 7 stycznia 2010 r. (sygn. KIO/UZP 1581/09), gdzie

stwierdzono, iż „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” oraz z dnia 10 października 2009 r. (sygn. KIO/UZP 1261/09): „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. Należy przy tym wskazać, że oferta Przystępującego mimo upływu terminu związania ofertą, jest zabezpieczona wadium, co stanowi zabezpieczenie zawarcia umowy przez wykonawcę”. W uzasadnieniu wyroku z 15 czerwca 2010 r. w spr. KIO 1070/10 podkreślono, iż „(...) Ustawa w brzmieniu obowiązującym, w tym również jej art. 94 ust. 1, nie obliguje stron postępowania do zawarcia umowy przed upływem terminu związania ofertą. W konsekwencji zatem przekroczenie tego terminu nie może być ocenione jako wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Izba nie podziela poglądu, jakoby zawarcie umowy z wybranym wykonawcą po okresie związania ofertą stanowiło naruszenie przepisu art. 94 ust. 1 Pzp i skutkowało nieważnością umowy z mocy prawa na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, wskazując, że przepis art. 94 ust. 1 Pzp nie pozostaje w żadnym związku z terminem związania ofertą oraz biorąc pod uwagę fakt, iż podstawowym celem postępowania jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne, a Odwołujący wyraził wolę zawarcia umowy m.in. składając odpowiednie oświadczenie w tym zakresie na rozprawie a także przedłużając okres związania ofertą oraz przedłużając okres ważności wadium.” Pogląd dopuszczający zawarcie umowy z wykonawcą mimo upływu terminu związania ofertą wyrażają także uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie KIO/KD 44/11, a także z dnia 2 listopada 2012 r. w sprawie KIO/KD 85/12, dotyczące zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wobec informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Podzielając powyższe poglądy, przede wszystkim nie sposób pomijać tej okoliczności, że na gruncie analizowanej sprawy, wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Perfect spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bieruniu złożył w dniu 24 stycznia 2013 r. oświadczenie woli wyrażające uczestnictwo w postępowaniu w odniesieniu do każdego z czterech zadań. Oświadczeniem tym jest związany w zakresie każdego z zadań do 4 kwietnia 2013 r.

Powyższa ocena determinowała wniosek, iż Zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Perfect spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bieruniu dla zadania 4, w zakresie kwestionowanym

w odwołaniu. Nie potwierdziły się zatem stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych a także art. 91 oraz 91 a ust. 1 i 91 b ustawy.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:**