

WYROK

z dnia 19 marca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 marca 2015 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2015 roku przez **Odwołującego** – Z. Ć. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć. z siedzibą w Biszczy

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** –Gminę Maków

przy udziale **Wykonawcy** – A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowy Zakład Usługowy A. S. z siedzibą we Włocławku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – Z. Ć. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć. z siedzibą w Biszczy, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Z. Ć. prowadzącego

działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć. z siedzibą w Biszczy, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** – Z. Ć. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć. z siedzibą w Biszczy, na rzecz **Zamawiającego** - Gminy Maków, kwotę **4195 zł 24 gr** (słownie: cztery tysiące sto dziewięćdziesiąt pięć złotych dwadzieścia cztery grosze) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika, koszt przejazdu w jedną stronę oraz nocleg.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Łodzi**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 09 marca 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2004 r. Nr 19 poz.177. (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył Z. Ć. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć. z siedzibą w Biszczy, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Maków - etap II” prowadzi Zamawiający: Gmina Maków.

Odwołanie złożono wobec czynności dokonanych przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów prawa, podczas oceny ofert w prowadzonym postępowaniu, a polegających na:

- wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz uznaniu oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp;
- bezprawnym dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp;
- ewentualnie z ostrożności procesowej unieważnienie postępowania.

Wskazanym czynnościom zarzucono naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o nakazanie: anulowanie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, anulowanie decyzji o wykluczeniu Odwołującego, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Z ostrożności procesowej wnoszono o unieważnienie postępowania, gdyż Zamawiający w wyniku błędnego opracowania SIWZ w zakresie kryterium skrócenia terminu wykonania zamówienia doprowadził (swym żądaniem wydłużenia terminu związania ofertą) do niemożności spełnienia świadczenia przez wykonawcę, który przedstawił ofertę najkorzystniejszą w oparciu o zapisy SIWZ - albowiem po zgodzie na to przedłużenie związania ofertą w oferowanym terminie końcowym świadczenie stało się niemożliwe do wykonania.

Odwołujący podkreślił, że jego interes prawny doznał uszczerbku, gdyż Zamawiający dokonał oceny oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co w konsekwencji uniemożliwiło wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Przysługujący termin na wniesienie odwołania został zachowany, gdyż informacja o wyborze najkorzystniejszej ofert i odrzuceniu oferty Odwołującego została nadana za pośrednictwem faksu w dniu 4 marca 2015 r.

Zamawiający poinformował Odwołującego o jego wykluczeniu oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 pkt 2 pkt 2 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp podając w uzasadnieniu faktycznym, że:

„Zamawiający wezwał oferentów do wyrażenia zgody na przedłużeniu terminu związania ofertą oraz do przedłużenia okresu ważności wadium. Wykonawca Z. Ć. wyraził zgodę, na przedłużenie terminu związania ofertą, z zastrzeżeniem jednak, że termin wykonania zadeklarowany w ofercie ulega wydłużeniu (o ilość dni, która upłynie od pierwotnego okresu związania ofertą, do ostatecznej daty wyboru najkorzystniejszej oferty)”.

Zamawiający stwierdził, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyłącza możliwość prowadzenia między Zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących treści złożonej oferty powołując w tym zakresie wyrok KIO z dnia 11.10.2014r. (sygn. akt KIO 2012/14). W związku z powyższym ewentualna zgoda Zamawiającego na wydłużenie zadeklarowanego przez wykonawcę w formularzu ofertowym terminu wykonania, zamówienia stanowiłby niedopuszczalną w świetle prawa zamówień publicznych zmianę treści oferty. Równocześnie Zamawiający wskazał, że omawiana sytuacja nie wyczerpuje znamion omyłki o której mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym warunek postawiony przez wykonawcę (co do zmiany terminu wykonania zamówienia) nie ziści się - co za tym idzie należy uznać, że wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenia terminu związania ofertą. Dlatego Odwołujący podlega wykluczeniu i jego oferta została uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Równocześnie Zamawiający wybrał ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego przedstawione przez Zamawiającego stanowisko jest wadliwe.

Po pierwsze, niezgodność treści oferty z SIWZ powinna w sposób bezsporny i jednoznaczny wynikać z niezgodności treści SIWZ oraz złożonego oświadczenia woli czyli złożonej oferty. Oferta Odwołującego zawierała termin wykonania zamówienia skrócony o 38 dni (do 30.04.2015 r.). Odwołujący swoje wyliczenie odniósł do warunków określonych w SIWZ, to jest pkt 12.1 pozostawiania związania ofertą przez okres 30 dni liczonego od dnia złożenia oferty oraz pkt 5 - końcowego wymaganego ostatecznego terminu zakończenia zamówienia (08.06.2015 r.), który stanowił podstawę wyliczeniową kryterium wyboru oferty za skrócenie terminu wykonania zamówienia.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 18.02.2015 r. wezwał Odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do 26.03.2015 r. Na to wezwanie Odwołujący złożył oświadczenie wyrażające zgodę na wydłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym wniesieniem zabezpieczenia wadialnego na ten okres. Brak było zatem podstaw do wykluczenia.

Podkreślono, że w stanie faktycznym j sprawy - wbrew założeniu przyjętemu przez Zamawiającego - Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o wymagany okres, więc brak jest jakiegokolwiek podstaw przypisywania innego niż faktyczne jest znaczenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który w swej wykładni pozwala na wykluczenie wykonawcy uzależniając taki skutek prawny, jedynie od niewyrażenia zgody na wydłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym niezabezpieczeniem tego okresu wymaganą formą zabezpieczenia wadialnego. Przywołana norma prawna nie uprawnia do interpretacji, które pozwalają Zamawiającemu na uznanie złożonego oświadczenia lub jego nie uznanie, jeżeli z oświadczenia wynika wprost, że na wymagany okres do 26.03.2015 r. Odwołujący wyraził zgodę związania swej oferty. Tym samym należy uznać, że pismem z dnia 23 lutego b.r. Odwołujący złożył oświadczenie woli zawarcia umowy na warunkach złożonej oferty pomimo, że wydłużenie terminu związania oferta o 30 dni spowodowało, że realizacja zamówienia w terminie skróconym stała się świadczeniem niemożliwym z winy Zamawiającego. Dlatego też stosownie do zapisów art. 387 § 2 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp Odwołujący składając przedmiotowe oświadczenie woli co najmniej zasygnalizował, iż konieczna jest zmiana umowy (zmiany terminu zakończenia inwestycji tj. przedłużenia tego terminu o okres przedłużenia okresu wyboru wykonawcy poza pierwotny okres związania ofertą), W świetle SIWZ oraz biorąc pod uwagę, że termin zawarcia umowy ulegał przedłużeniu z przyczyn leżących w oczywisty sposób po stronie Zamawiającego - należy uznać, że wydłużenie terminu wykonania zamówienia stanowiłoby nieistotną zmianę przyszłej umowy pozostającą w ramach art. 144 ustawy Pzp, a zatem zmianę dopuszczalną. Tym samym w świetle art. 65 kc uznać należy, że Odwołujący złożył bezwarunkowe oświadczenie zawierające zgodę na wydłużenie terminu związania ofertą i tym samym brak jest jakiegokolwiek podstaw do wykluczenia go z postępowania. Dalsza część rzeczowego oświadczenia stanowi w swej istocie zapowiedź korzystania ze środków ochrony prawnej przed sądem powszechnym celem wykazania, że ewentualne opóźnienie w wykonaniu przedmiotu zamówienia nie może w tej sytuacji (tj. zawarcia umowy później niż wynikało to ze SIWZ) obciążać w żadnej mierze Odwołującego. Identyczny pogląd wyrażony został przez Sąd Okręgowy w Opolu w sprawie I C 577/12 (wyrok z dnia 11.03.2013r.), gdzie Sąd Okręgowy wskazał, iż: *„Przesunięcie terminu podpisania umowy oznaczało odpowiednie przesunięcie terminu zakończenia robót Z uwagi na obiektywną możliwość podpisania*

umowy przez zamawiającego niemożliwym stało się dotrzymanie pierwotnego terminu zakończenia realizacji prac jak żądał zamawiający...(pozwany)”.

Należy także mieć na uwadze, że w świetle powyższego Zamawiający co najmniej winien powziąć wątpliwość co do treści złożonego oświadczenia o wyrażeniu zgody na wydłużenia terminu związania ofertą i wezwać Odwołującego do wyjaśnienia. Odwołujący nie kwestionuje (i nie kwestionowałby) terminu wykonania umowy zawartego w ofercie a jedynie domagałby się w przepisany prawem sposób uznania ewentualnego opóźnienia za powstałe z wyłącznej winy Zamawiającego (gdyż na dzień zawarcia ewentualnej umowy powstałaby sytuacja, w której jej przedmiotem byłoby świadczenie niemożliwe).

Powyższy stan rzeczy nie uzasadniał natomiast automatycznego wykluczenia Odwołującego. Należy wskazać, iż Zamawiający dokonując interpretacji treści pisma wyrażającego zgodę na wydłużenie terminu związania ofertą „*powinien w pierwszym rzędzie kierować się wykładnią oświadczeń woli wynikającą z art. 65 kodeksu cywilnego. Wykładania oświadczenia woli powinna również uwzględniać cel, w jakim zostało ono złożone oraz kontekst sytuacyjny. Okoliczności te mają, (...), doniosłość dla zrekonstruowania treści myślowych wyrażonych w oświadczeniu woli i pozwalają ustalić właściwy sens tego oświadczenia, niekiedy odmienny od dosłownego jego brzmienia*”. (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-04-23, sygn. akt: KIO 667/14).

Mając zatem na uwadze powyższe w żadnej mierze nie można uznać, że doszło do zmiany treści oferty, czy też odmowy przez Odwołującego wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą według wniosku Zamawiającego, albowiem Odwołujący złożył bezwarunkową zgodę na wydłużenie terminu związania tą ofertą w jej pierwotnym brzmieniu. Dodatkowo zastrzeżenie zostało złożone wyłącznie celem uniknięcia sytuacji, w której Zamawiający kwestionowałby później przed sądem fakt, iż Odwołujący nie ponosi winy za ewentualne opóźnienie, gdyż złożył stosowne oświadczenie. W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający pomimo faktycznego i prawnego obowiązku nie dążył do jak najszybszego zawarcia umowy, które z uwagi na punktowany termin skrócenia wykonania zamówienia powinno być priorytetem w interesie obu stron, aby roboty rozpoczęły się jak szybciej, w szczególności gdy zamawiający nie przewidział w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu okoliczności uprawniających do zmiany tego terminu. Zauważyć przy tym należy, że twierdzenia Zamawiającego, iż Odwołujący wydłużył termin realizacji zadania jest całkowicie nieprawdziwe. Jak wyżej już wskazano, Odwołujący w sposób jednoznaczny wyraził zgodę na przedłużenie terminu, zaś do zmiany treści złożonej już oferty wymagana jest bezwzględna zgoda Zamawiającego, co w sprawie nigdy nie nastąpiło.

Reasumując Odwołujący podkreślił, że :

- Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą - co wynika wprost ze złożonego oświadczenia i aneksu do zabezpieczenia wadialnego, który nie był warunkowym aneksem na wydłużony okres związania ofertą, a w przypadku powzięcia przez Zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości winien on zażądać od Odwołującego dodatkowych wyjaśnień;
- Zamawiający winien wykazać się profesjonalizmem i w sytuacji kiedy krótszy termin jest dodatkowo punktowany w postępowaniu przetargowym, powinien dołożyć należytej staranności aby w pierwotnym terminie związania ofertą (który był uwzględniany w ofertach) doprowadzić do zakończenia postępowania;
- w każdym jednak przypadku Zamawiający zobowiązany był przed zastosowaniem sankcji niekorzystnych dla Odwołującego podjąć postępowanie wyjaśniające z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego nie uczynił naruszając przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 kc;
- sankcje wykluczenia Odwołującego w trybie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wywołują skutek tylko w przypadku nie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, natomiast sygnalizowanie o przyszłych roszczeniach, które będą przedmiotem rozstrzygnięć przed sądem w zakresie terminu realizacji nie może być uznawane jak brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą;
- jak wskazano w żądaniach odwołania z tak zwanej ostrożności procesowej, gdyby skład orzekający KIO nie podzielił stanowiska Odwołującego zawartego w odwołaniu (uznanie wykluczenia za bezpodstawne), to Odwołujący wnosi o unieważnienia postępowania, gdyż błędne opracowanie SIWZ doprowadziło do niemożności spełnienia świadczenia przez Odwołującego, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Takim działaniem Zamawiający naruszył postanowienia art. 387 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku świadczenia niemożliwego umowa jest nieważna.

Sygnalizowanie o prawdopodobnym braku możliwości dotrzymania pierwotnego terminu było wręcz obowiązkiem Odwołującego, gdyż stanowiło to zabezpieczenie dowodowe jego interesów, które będzie rozstrzygał sąd. W tych okolicznościach nie sposób pominąć, że zgodnie z wzorem przyszłej umowy wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty Zamawiającemu kary umownej za każdy dzień opóźnienia w wysokości ponad 4200 zł.

W świetle przywołanego uzasadnienia nie sposób jeszcze raz nie przywołać wyroku z dnia 11. 03.2013 r. Sądu Okręgowego w Opolu w sprawie I C 577/12, który zapadł w bardzo zbliżonym stanie faktycznym. Sąd uznał że niedotrzymanie przez zamawiającego pierwotnych warunków określonych w SIWZ, na podstawie których wykonawca skrócił termin wykonania zamówienia obciąża winą zamawiającego, gdyż niezgodność złożonej oferty

w świetle art. 82 ust. 3 ustawy Pzp winna być rozpatrywana tylko w kontekście zapisów SIWZ.

Reasumując zaznaczono, że Zamawiający nie uwzględnił obowiązujących przepisów prawa, czym naruszył interes Odwołującego i pozbawił go uzyskania zamówienia. Celowe w tym kontekście przytoczyć będzie także pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 924/14), a mianowicie, iż: uznanie, że w sytuacji upływu terminu związania ofertą zamawiający nie może już zawrzeć umowy z wykonawcą, który wyraża chęć podpisania umowy, stałoby w sprzeczności z funkcją, dla jakiej zostały wprowadzone do p.z.p., przepisy (art.24 ust. 2pkt 2) dotyczące związania ofertą, albowiem zamiast realizować podstawowy cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który sprowadza się do wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy, w istocie uniemożliwiałyby to. Upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy - z tym uzupełnieniem, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy Odwołujący nie odmówił zawarcia umowy, a jedynie wskazał na konieczność przedłużenia terminu wykonania zamówienia, albowiem z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (a nie wykonawcy) pierwotny termin stał się niemożliwy do spełnienia (art.387 kc). Wbrew twierdzeniu Zamawiającego nie zachodzi zatem przypadek odmowy przez wykonawcę przedłużenia okresu związania ofertą uzasadniający zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W świetle bowiem prawidłowej wykładni przepisów prawa Zamawiający miał obowiązek sam przedłużyć termin realizacji inwestycji - skoro umowa nie mogła zostać zawarta z terminie pierwotnie przewidzianym w SIWZ, z przyczyn obciążających Zamawiającego.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

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

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Szkoda polegała będzie na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca A. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowy Zakład Usługowy A. S. z siedzibą we Włocławku, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystąpienie uznano za skuteczne.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezpodstawnego.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Z postanowień SIWZ wynika, że Zamawiający określił termin związania ofertą na 30 dni od dnia otwarcia ofert. Zamawiający określił, że dokona wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie dwóch kryteriów: najniższej ceny (80%) oraz najkrótszego terminu wykonania zadania (20%), liczonego wstecz od daty 8 czerwca 2015 roku, jako bezwzględnego terminu wykonania zamówienia. Odwołujący w ofercie zadeklarował, że skróci termin realizacji o 38 dni.

Przed upływem terminu związania ofertą, Zamawiający wezwał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu oraz przedłużenie okresu ważności wadium.

Odwołujący złożył oświadczenie, w którym stwierdził, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, z zastrzeżeniem, że termin wykonania zamówienia zadeklarowany w jego ofercie ulegnie wydłużeniu o ilość dni, która upłynie od pierwotnego okresu związania ofertą, do ostatecznej daty wyboru oferty najkorzystniejszej.

Takie zachowanie Odwołującego Zamawiający uznał za niedopuszczalne w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i wykluczył wykonawcę.

Z rozważań natury ogólnej wskazać należy, że 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 na wezwanie Zamawiającego 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.

Jak wynika z orzecznictwa sądów okręgowych, wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie może przyjąć postaci zgody dorozumianej. Zgoda ta musi zostać Zamawiającemu zakomunikowana wprost, w sposób bezpośredni (tak Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 21 grudnia 2010 roku, sygn. akt VI Ga 240/10 oraz Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 21 września 2012 roku, sygn. akt XIII Ga 379/12).

Przepisy odnoszące się do składania oświadczeń o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie dopuszczają, aby oświadczenia te składane były pod jakimkolwiek warunkiem, czy z zastrzeżeniem. Złożone przez Odwołującego oświadczenie, w ocenie składu orzekającego Izby, miało charakter warunkowy. Odwołujący uzależnił bowiem wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, jeżeli Zamawiający zgodzi się na przedłużenie terminu wykonania zamówienia o ilość dni, która upłynęła od pierwotnego terminu związania ofertą do ostatecznego wyboru oferty. Oświadczenie to nie było zatem jednoznaczne i bezwarunkowe. Odwołujący chciał wyrazić zgodę w określonych warunkach, tylko w przypadku pozytywnej reakcji Zamawiającego na wydłużenie terminu realizacji zamówienia. Prawidłowo więc Zamawiający uznał, że Odwołujący przez sposób sformułowania własnego oświadczenia woli de facto nie złożył oświadczenia, w którym zgodziłby się na przedłużenie terminu związania swoją ofertą.

Zamawiający skorzystał z przysługujących mu ustawowych uprawnień. Prośba o potwierdzenie przez wykonawców, że nadal chcą oni realizować umowę na warunkach zadeklarowanych przez nich w ofertach, nie była związana z możliwością wprowadzania jakichkolwiek zmian w przyszłej umowie. Tym bardziej należałoby takie zachowanie uznać za niedopuszczalne, ponieważ Zamawiający w SIWZ nie przewidział możliwości zmian w umowie co do terminu realizacji zamówienia. Zamawiający zgadzając się na taką zmianę naruszyłby art. 144 Pzp.

Co do argumentacji Odwołującego o niemożliwości świadczenia, to skład orzekający Izby, w pełni podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w piśmie procesowym przez Przystępującego. W przedmiotowym postępowaniu nie może być mowy o niemożliwości świadczenia w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, w szczególności art. 387 KC. Ze świadczeniem niemożliwym do spełnienia mamy do czynienia w przypadku, kiedy świadczenia obiektywnie nie może spełnić żaden wykonawca, a niemożliwość realizacji świadczenia ma charakter pierwotny. W danym postępowaniu można jedynie mówić do

niemożliwości dotrzymania warunków wykonania świadczenia, które samodzielnie określił dany podmiot ubiegający się o uzyskanie zamówienia. Jest to zatem niemożliwość o charakterze subiektywnym i wtórnym do zadeklarowanego w ofercie.

Dostrzeżenia wymaga, że złożenie oświadczenia w takiej formie stanowiło niedopuszczalną zmianę treści oferty złożonej przez Odwołującego. Zmiany takie, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp są niedopuszczalne. Odwołujący zmierzał do negocjowania z Zamawiającym warunków, na których chciałby zrealizować zamówienie, w tym przede wszystkim odnoszących się do terminu wykonania zamówienia. Tymczasem art. 87 ustawy Pzp nie zezwala na złożenie wyjaśnień, które w swej treści doprowadziłyby do zmiany pierwotnej treści oferty, w tym przypadku do zmiany zadeklarowanego terminu realizacji zamówienia, który dodatkowo w przedmiotowym postępowaniu stanowił kryterium oceny ofert. Odwołujący zaś był jedynym wykonawcą, który zdecydował się na skrócenie terminu realizacji, co niewątpliwie miało wpływ na pozycję oferty w rankingu. Zgoda Zamawiającego na wydłużenie terminu wykonania zamówienia doprowadziłaby do zmiany treści oferty i do wyboru oferty, w której zmianie uległy pierwotnie określone warunki wykonania zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy przy wezwaniu do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą jest stanowcze i jednoznaczne oświadczenie, że wykonawca jest nadal związany treścią swojej oferty, a zakres świadczenia wykonawcy wynikający z oferty będzie tożsamy z zakresem określonym w późniejszej umowie. Trybunał Sprawiedliwości w dotychczasowym orzecznictwie dotyczącym możliwości wyjaśniania oferty zwrócił uwagę, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacji między instytucją zamawiającą a wykonawcą, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani przez Zamawiającego, ani przez wykonawcę (tak wyrok SAG ELV Slovensko, C-599/10, EU:C:2012:191 pkt 36-37; także wyrok Manova C-336/12, EU:C:2013:647 pkt 32).

Zauważyć dodatkowo należy, że nie jest wystarczające samo przedłużenie ważności wadium. Jak wynika z bogatego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, niewątpliwie instytucje przedłużenia ważności wadium oraz przedłużenia terminu związania ofertą są ze sobą powiązane, ale nie jest wystarczające samo przedłużenie ważności wadium bez wydłużenia terminu związania ofertą, co jednocześnie nie oznacza, że skutki wydłużenia ważności wadium wskazują na złożenie oświadczenia o wydłużeniu terminu związania ofertą. Czynność przedłużenia ważności wadium nie zastępuje złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Złożenie też samego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania, bez jednoczesnego przedłużenia ważności wadium (w określonych ustawą przypadkach) jest tak samo nieskuteczne.

Końcowo, odnieść należy się do stanowiska Odwołującego, że Zamawiający powinien mieć wątpliwości co do treści złożonego oświadczenia i winien wezwać Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Zdaniem Izby, treść oświadczenia Odwołującego nie wymagała uzyskania dodatkowych wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że zgodę na wydłużenie terminu związania uzależnia od szczegółowo określonej reakcji Zamawiającego. Taka reakcja po stronie Zamawiającego była niedopuszczalna, a zatem jedyną możliwą decyzją była decyzja o wykluczeniu wykonawcy. To Odwołujący zobowiązany był do złożenia jednoznacznego oświadczenia, podczas gdy złożył warunkowe oświadczenie woli, z treści którego wynikała zmiana warunków treści jego oferty.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

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

Przewodniczący: