

WYROK
z dnia 10 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2021 r. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Newater Sp. z o.o. Sp.k. [pełnomocnik], S. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana MAS-BUD S. W., ul. Obożnej 47, 52-244 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez Gminna Gospodarka Komunalna Dobroszyce Sp. z o.o., ul. Parkowa 14, 56-410 Dobroszyce

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Miko-Tech Sp. z o.o. [pełnomocnik], EcoOne Sp. z o.o., ul. Św. Jana Pawła II 11b, 43-170 Łaziska Górne, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje dokonanie:
 - 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 24.03.2021 r.;
 - 2) unieważnienia czynności odrzucenia ofert z 24.03.2021 r.;
 - 3) ponownego badania i oceny złożonych ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminna Gospodarka Komunalna Dobroszyce Sp. z o.o., ul. Parkowa 14, 56-410 Dobroszyce i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Newater Sp. z o.o. Sp.k. [pełnomocnik], S. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana MAS-BUD S. W., ul. Oboźnej 47, 52-244 Wrocław tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2) zasądza od zamawiającego Gminna Gospodarka Komunalna Dobroszyce Sp. z o.o., ul. Parkowa 14, 56-410 Dobroszyce kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275, 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gminna Gospodarka Komunalna Dobroszyce Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobroszycach wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Dobroszyce, gmina Dobroszyce» w ramach projektu: „Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Dobroszyce wraz z jej dociążeniem przez rozbudowę sieci kanalizacji sanitarnej w Dobroszycach i Nowosiedlicach«.

19.11.2021 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem 612909-N-2020.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) i – w zakresie środków ochrony prawnej – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1919, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086).

24.03.2021 r. zamawiający poinformował o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia [1] MIKRO-TECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łaziskach Górnych [pełnomocnik] i [2] ECOONE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łaziskach Górnych;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Newater Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu [pełnomocnik] i [2] S. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Ogólnobudowlana MAS-BUD mgr inż. S. W. – Ścinawa, gdyż wykonawcy ci nie wyrazili zgody na wezwanie zamawiającego z 14.01.2021 r. na przedłużenie terminu związania ofertą, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a SPzp.

Argumentacja odwołującego

Stosownie do przepisu art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. poz. 1919, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464, dalej „NPzp”), odwołujący wniósł odwołanie od decyzji zamawiającego z 24.03.2021 r., doręczonej odwołującemu 24.03.2021 r. za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, a obejmującej m.in. informacje o:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego;
- 2) wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Miko-Tech Sp. z o.o. i [2] EcoOne Sp. z o.o. [dalej wykonawca ME].

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) [dalej SPzp] – przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także niezgodnie z przepisami SPzp;
- 2) art. 46 ust. 3 SPzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza;
- 3) art. 24aa w zw. z art. 26 ust. 2 SPzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dokumentów podmiotowych, pomimo, że czynność tę powinien przeprowadzić, wobec bezpodstawności odrzucenia oferty odwołującego w trybie art 89 ust 1 pkt 7a SPzp;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 7a SPzp przez:
 - a) bezpodstawne uznanie, że odwołujący zobowiązany był do odpowiedzi na pismo zamawiającego, w sytuacji, gdy pismo zamawiającego z 14.01.2021 r. należy uznać za niewiążące wobec okoliczności wskazanych przez zamawiającego w jego treści, a obejmujących potencjalny brak możliwości wyboru oferty w terminie związania ofertą wobec tego, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej przed upływem tego terminu związania z ofertą, co uznać należy za okoliczność, że zamawiający nie wezwał wykonawcy do przedłużenia terminu związania z ofertą,
 - b) bezpodstawne uznanie, że odwołujący nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 SPzp, na przedłużenie terminu związania ofertą, podczas gdy odwołujący taką zgodę wyraził w drodze czynności faktycznych;
- 5) art. 2 i art. 10 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w zw. z art. 7 ust. 1. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7a SPzp przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

6) art. 91 ust. 1 SPzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji z 24.03.2021 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ME oraz decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym przeprowadzenie badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego;
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, zgodnie z przepisami prawa.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego wg dokumentów złożonych na rozprawie.

W ocenie odwołującego zamawiający niesłusznie dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ME.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący wskazał, że jego interes we wniesieniu odwołania polega na tym, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a w konsekwencji nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ME oraz dokonania ponownej oceny i badania złożonych ofert z uwzględnieniem żądań wskazanych w odwołaniu, zamawiający będzie zobowiązany do wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. Nadto odwołujący dąży w postępowaniu do procedowania zgodnie z przepisami i procedurami SPzp, które nie są przez zamawiającego przestrzegane. Naruszenie zatem przepisów SPzp przez zamawiającego, które doprowadziło do wniesienia odwołania może przełożyć się na szkodę odwołującego mającą charakter majątkowy, co będzie związane z nieuzyskaniem zamówienia do realizacji.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu odwołujący żąda od zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Termin na wniesienie odwołania

Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu 24.03.2021 r. za pośrednictwem środków elektronicznej transmisji danych. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 515 ust. 1 pkt 2 NPzp, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty zapadła 24.03.2021 r., przy czym upływ terminu 5 dni przypadła na 29.03.2021 r. (poniedziałek), w konsekwencji termin na wniesienie odwołania został przez odwołującego dochowany.

Stan faktyczny

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych 19.11.2020 r. (ogłoszenie nr 612909-N-2020). Wobec tego do postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy SPzp.

22.12.2020 r. miało miejsce otwarcie ofert. W postępowaniu złożono 5 ofert, a oferta odwołującego została sklasyfikowana przez zamawiającego na 2 miejscu.

Termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu wynosił 30 dni i liczony od dnia złożenia ofert upływał 20.12.2021 r.

Decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy – HMK Sp. z o.o. ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna zapadła 18.01.2021 r.

Odwołujący otrzymał od zamawiającego 14.01.2021 r. pismo z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dni wraz ze zobowiązaniem do przedłużenia wadium z uwagi na fakt, że zamawiający nie zdoła zakończyć postępowania w przewidzianym terminie do 20.01.2021 r. We wskazanym piśmie zamawiający nie określił terminu na wniesienie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z wadium, niemniej uznać należy, że ostatnim dniem na dokonanie tej czynności dla jej skuteczności byłby 19.01.2021 r.

Z treści wzmiankowanego pisma zamawiającego z 14.01.2021 r. wynika, że zamawiający skierował do odwołującego przedmiotowe pismo w przeświadczeniu, że nie zdoła wyłonić najkorzystniejszej oferty w terminie związania ofertą. Okazało się, jednak, że zamawiający 18.01.2021 r. podjął decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty i tym samym przyczyna i podstawa wezwania skierowanego do odwołującego, wobec okoliczności wskazanych w piśmie zamawiającego, odpadła.

Należy przyznać jednak, że odwołujący był przygotowany do złożenia oświadczenia i przedłużenia ważności wadium przetargowego, co planował uczynić 19.01.2021 r. Niemniej wobec decyzji z 18.01.2021 r. odstąpił od tej czynności, uznając pismo z 14.01.2021 r. za niewiążące, wobec podstaw do jego skierowania wskazanych przez zamawiającego w jego treści.

Dowód: oświadczenie Brokera

Następnie 25.01.2021 r. zostało wniesione do Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę ME odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego tj.: zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy HMK Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie, ul. Dworcowa 13 (dalej wykonawca H) i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, pomimo niespełniania przez wykonawcę H warunku udziału w postępowaniu, wykonawca ME

sformułował również zarzut wobec zamawiającego, że ten zaniechał czynności włączenia odwołującego z postępowania i zdaniem wykonawcy ME bezpodstawnie przyjął, że odwołujący udowodnił, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami ekonomicznymi w postaci wskaźników ekonomicznych udostępnionymi przez wykonawcę QENERGI Sp. z o.o. [dalej wykonawca Q) oraz, że będzie dysponował zasobami ekonomicznymi w postaci środków pieniężnych lub zdolności kredytowej udostępnionymi przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX” Sp. z o.o. [dalej wykonawca L), a także przyjęcie, że udostępnienie tych potencjałów ekonomicznych miało charakter realny i gwarantuje ono odwołującemu dostęp do tych zasobów.

26.01.2021 r. odwołujący otrzymał zawiadomienie o złożeniu przez wykonawcę ME odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego wywołanego wzmiankowanym odwołaniem od zamawiającego.

Odwołujący 28.01.2021 r. złożył oświadczenie o przystąpieniu do rzeczonoego Postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu zdefiniowanego w pkt III odwołania dotyczącego odwołującego, po stronie zamawiającego, broniąc swojej oferty. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, tym samym bronił swoich decyzji podjętych w postępowaniu, tj. m.in. o tym, że w sposób prawidłowy zaniechał, wykluczenia odwołującego z postępowania.

18.02.2021 r. odbyła się rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 269/21 [w załączeniu]. Odwołujący w ww. sprawie wziął udział jako uczestnik postępowania, wobec którego przystąpienia żadna ze stron – odwołujący i zamawiający – nie wniosła opozycji.

Na mocy wyroku KIO zamawiający 9.03.2021 r. działając na podstawie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 SPzp unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oraz poinformował wykonawców o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert, mając na uwadze wyrażoną w art. 7 ust. 1 SPzp zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

24.03.2021 r. zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej – wykonawca ME, a ofertę odwołującego odrzucił na mocy art. 89 ust. 1 pkt 7a SPzp – „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 SPzp na przedłużenie terminu związania ofertą”.

Odwołujący jednak oczekiwał na wezwanie zamawiającego zarówno w trybie art. 26 ust. 2 SPzp, jak i w następstwie w trybie art. 46 ust. 3 SPzp do złożenia wadium przetargowego, bo odwołujący pozostawał i pozostaje związany ofertą w przedmiotowym postępowaniu przetargowym – po pierwsze w związku z tym, że zamawiający nie wezwał odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą (za taki wniosek nie można uznać pisma z 14.01.2021 r. z uwagi na treść pisma i dalsze czynności w postępowaniu dokonane przez

zamawiającego), po wtóre zaś w związku z czynnym udziałem odwołującego w postępowaniu odwoławczym jako przystępujący do tego postępowania oraz innych działań.

Odwołujący nie podjął działań związanych z przedłużeniem okresu ważności wadium i terminu związania z ofertą wobec treści wezwania zamawiającego z 14.01.2021 r., uznając je za niewiążące, wobec wyboru przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej w podstawowym terminie związania z ofertą.

Wskazana interpretacja jest w opinii odwołującego logiczna i spójna, niemniej nawet gdyby uznać inaczej, to w przypadku jakichkolwiek wątpliwości interpretować należy na korzyść wykonawcy. O wskazanym przesądza brzmienie art. 65 Kc, z którego to przepisu wynika powszechnie uznawana zasada, zgodnie z którą wątpliwości przy wykładni oświadczeń woli należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę (wyr. SN z 21.12.2010 r., III CSK 47/10). W utrwalonym orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się także, że „ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, nie dających usunąć się w drodze wykładni, powinna bowiem ponieść strona, która zredagowała umowę” (m.in. wyr. SN z 05.03.2010 r., IV CSK 382/09, po r. także wyr. SN z 21.06.2007 r., IV CSK 95/07, wyr. SN z 15.09.2005 r., II CK 69/05).

Powyższe dotyczy nie tylko stosunków z udziałem konsumentów, ale także stosunków pomiędzy profesjonalistami (wyr. SN z 17.06.2009 r., IV CSK 90/09). Linia orzecnicza Sądu Najwyższego przejęta została także w orzecznictwie sądów powszechnych, które uznają, że wątpliwości, co do treści umowy należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę (tu zamawiającego). Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, niedających usunąć się w drodze wykładni, powinna ponieść strona, która zredagowała umowę (wyr. SA w Białymstoku z 26.09.2012 r., I ACa 426/12, wyr. SA w Katowicach z 13.12.2010 r., V ACa 389/10). Mając na uwadze przywołane wyżej orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych jak też fakt, że pismo z 14.01.2021 r. zredagowane zostało przez zamawiającego oznacza to, że wszelkie wątpliwości, co do treści każdego z elementów jego treści, należy tłumaczyć na niekorzyść zamawiającego. Tym samym uznać należy, że sposób rozumienia określonych pojęć przyjęty przez wykonawcę jest prawidłowy.

Odwołujący wskazał nadto, że w postępowaniu przetargowym dokonywał licznych czynności bezpośrednio wobec zamawiającego, w tym składał wnioski o wgląd do Protokołu z postępowania oraz dokumenty przedłożone przez innych wykonawców, w toku postępowania.

Dowód: korespondencja Stron

08.02.2021 r. odwołujący stawił się u zamawiającego i dokonał czynności wglądu i sfotografowania dokumentów wnioskowanych we wniosku z 02.02.2021 r. W wyniku dokonanych czynności odwołujący uzyskał kopię Protokołu z postępowania, w którym to

zamawiający nie wzmiankował o skierowaniu do uczestników postępowania wniosków o przedłużenie terminu związania ofertą.

Dowód: oświadczenie lidera odwołującego, kopia protokołu z postępowania

Zagadnienie prawne podlegające rozpoznaniu w sprawie

Odwołujący wskazuje, że przedmiotem rozpoznania jest okoliczność czy pozostanie przez odwołującego biernym wobec pisma zamawiającego z 14.01.2021 r. (wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem wadium) stanowi w stanie faktycznym opisanym na wstępie przesłankę uprawniającą zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego z postępowania w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7a SPzp.

W opinii odwołującego odpowiedź na ww. zagadnienie musi być przecząca, bowiem zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7a SPzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 SPzp na przedłużenie terminu związania ofertą.

Kluczowe w jest to, że odwołujący pismo z 14.01.2021 r. z wezwaniem do przedłużenia terminu związania z ofertą uznał za niewiążące, bowiem okoliczności jakie zamawiający wskazał jako kanwę jego skierowania do odwołującego odpadły 18.01.2021 r., kiedy to zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą w podstawowym terminie związania z ofertą. W konsekwencji odwołujący uznał wezwanie za niebyłe.

Treść Protokołu z postępowania udostępniona odwołującemu przez zamawiającego 8.02.2021 r. utwierdziła odwołującego w jego przekonaniu o właściwej kwalifikacji pisma zamawiającego z 14.01.2021 r.

Odwołujący był gotowy 19.03.2021 r. do przedstawienia zamawiającemu stosownego pisma wraz z przedłużeniem terminu związania z ofertą oraz przedłużeniem wadium, czego jednak zaniechał wobec dokonania przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej 18.01.2021 r.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 SPzp 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. Zgodnie zaś z art. 85 ust. 4 SPzp przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W myśl natomiast przepisu art. 46 ust. 1 SPzp zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu

postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem art. 46 ust. 1 SPzp.

Mając na względzie czynności jakich zamawiający dokonał 18.01.2021 r., tj. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spowodowały odpadnięcie obowiązku dostarczenia przez odwołującego zamawiającemu wadium na przedłużony okres postępowania, co jest okolicznością niewątpliwą.

Zmawiający w treści decyzji o odrzuceniu oferty tak odwołującego, jak i wykonawcy A powołał się poza orzecznictwem wykazanym przez KIO w postanowieniu z 16 stycznia 2017 r. w sprawie KIO 2155/16, jako niespójne (uznając je za utrwalone) i pomijając tym samym w całości stanowisko TSUE w tej kwestii. Poza orzeczeniami przywołanymi zamawiający przytacza Wyrok KIO w sprawie KIO 2880/20, który zapadł w odmiennym stanie faktycznym. Istotne, że w postępowaniu, które było przedmiotem analizy KIO zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą. Ponadto wezwanie zamawiającego, jak wskazuje na to opis stanu faktycznego dokonany przez KIO nie miało charakteru warunkowego, jak w rozpoznawanym postępowaniu.

Konkludując uznać należy, że zamawiający nie zwrócił się do odwołującego w sposób skuteczny z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą, tym samym brak formalnego pisemnego odniesienia się w tej sytuacji przez odwołującego był niemożliwy, zatem nie ma żadnych podstaw do zastosowania dyspozycji art 89 ust. 1 pkt 7a SPzp, a podjęte przez zamawiającego działanie wobec ścisłej interpretacji tego przepisu należy uznać za rażąco naruszenie SPzp. Ponadto nawet gdyby uznać, że wezwanie było skierowane do odwołującego skutecznie, odwołujący nie złożył oświadczenia o tym, że nie wyraża zgody na kontynuowanie związania ofertą. Wziąwszy zaś pod uwagę stanowisko TSUE, jakkolwiek rozszerzająca interpretacja przepisu art. 89 ust 1 pkt 7a SPzp, jako przepisu o skutku eliminacyjnym, jest niedopuszczalna, tym samym oferta odwołującego, nawet w tym stanie rzeczy nie mogłaby podlegać odrzuceniu.

Sytuacja, z którą mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie w sposób jaskrawy świadczy o faworyzowaniu i arbitralnym traktowaniu przez zamawiającego pozostałych uczestników postępowania, w szczególności odwołującego. Zamawiający pismem z 14.01.2021 r. poinformował odwołującego o tym, że nie zdoła ukończyć w przewidzianym terminie do 20.01.2021 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec czego wniósł o wyrażenie przez odwołującego zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do 19.02.2021 r., w konsekwencji czego oczekiwał od odwołującego przedłużenia okresu ważności wadium albo wniesienia nowego wadium. W międzyczasie, zamawiający dokonał jednak wyboru oferty najkorzystniejszej (wbrew twierdzeniom zawartym w piśmie z 14.01.2021 r., że nie zdoła tego uczynić w przewidzianym terminie) 18.01.2021 r., czyli nawet przed upływem wyznaczonego terminu.

W związku z tym odwołujący, wobec wyboru oferty przez zamawiającego jeszcze przed upływem terminu, do którego miało to nastąpić, potraktował wniosek o przedłużenie związania ofertą jako niebyły lub niewiążący. W tak zaprezentowanym stanie faktycznym wyciągnięcie przez zamawiającego ujemnych konsekwencji względem odwołującego, wynikających z treści art. 89 ust 1 ust. 7a SPzp, stanowi o rażącym nadużyciu przez zamawiającego prawa i jako takie nie powinno się ostać.

Zarówno z postanowień SIWZ oraz dokumentów przetargowych nie wynika konieczność odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę nałożonego na niego obowiązku, co do którego istnieją zasadnicze wątpliwości, że zostały skutecznie postawione – wobec treści samego wezwania – zatem odrzucenie jego oferty na tej podstawie jest rażąco nieprawidłowe.

Jednocześnie należy wskazać, że ustawodawca w świetle opisanych wyżej wątpliwości dotyczących oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą wyeliminował je w nowej ustawie PZP, przesądzając tym samym o prawidłowej w tym względzie interpretacji – zgodnej z stanowiskiem TSUE, bowiem przepisy nowej PZP istotnie doprecyzowują kwestie tej materii dotyczące, począwszy od jego długości, przez reguły przedłużania, a skończywszy na regulacjach szczególnych dotyczących możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej po upływie terminu związania ofertą. Celem zmian w tym zakresie – jak podkreślano w uzasadnieniu do nowej PZP – jest zapewnienie bardziej efektywnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – „Od kilku lat orzecznictwo w sprawach zamówień publicznych prezentuje się w tym zakresie rozbieżne poglądy. Z jednej strony: że związanie ofertą nie jest dla dokonania jej wyboru niezbędne, a upływ terminu, w którym wykonawca jest ofertą związany, zwalniając wykonawcę z obowiązku zawarcia umowy, nie zwalnia jednak zamawiającego z obowiązku uwzględniania tej oferty w procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej, z drugiej zaś: że upływ terminu związania ofertą powoduje upadek oferty, a więc brak jest możliwości jej wyboru.

Kwestie powyższe, uregulowano wprost w nowej PZP w sposób „szczególny”, choć wbrew cywilistycznym zasadom, na co zwracają uwagę przeciwnicy wyboru oferty najkorzystniejszej po upływie terminu związania ofertą. Niemniej jednak, skoro takie przepisy nowej PZP zostały uchwalone, to zamawiający będą mieli podstawę prawną do dokonania czynności wyboru po upływie terminu związania ofertą, z uwzględnieniem wymogów przewidzianych w nowej PZP.

Wprawdzie, jako zasadę wpisano w art. 252 ust. 1 NPzp, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia, to jednocześnie przewidziano od tej zasady wyjątki. Zgodnie więc z art. 252 ust. 2 NPzp, jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia,

w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. W uzasadnieniu do nowego PZP wskazano, że w sensie cywilistycznym wyrażenie takiej zgody przez wykonawcę będzie równoznaczne ze złożeniem przez niego nowej oferty o tożsamej treści jak oferta, którą wykonawca był dotychczas związany. Ponadto w przypadku braku wyrażenia zgody przez wykonawcę, zamawiający – na mocy art. 252 ust. 3 NPzp – będzie miał obowiązek zwrócenia się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta otrzymała w kolejności najwyższą ocenę, chyba że znajdą przesłanki do unieważnienia postępowania. Gdy kolejny wykonawca wyrazi zgodę na wybór jego oferty, zamawiający nie będzie musiał dokonywać ponownej oceny ofert, opierając się na przeprowadzonej już ocenie, niemniej będzie mógł taką ocenę ponownie przeprowadzić; jeżeli uzna to za potrzebne. Rozwiązanie to ma pozwolić na uniknięcie ryzyka unieważniania postępowań o udzielenie zamówienia i umożliwić zawieranie umów w sytuacjach, gdy nie było możliwe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą.

Mając na uwadze powyższe oraz to, że odwołujący legitymuje się wciąż interesem w uzyskaniu danego zamówienia, bowiem pozostaje ofertą związany oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów SPzp, odwołujący wnosi i wywodzi jak na wstępie.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 29.03.2021 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 29.03.2021 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

31.03.2021 r. wykonawca złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego odwołującego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 525 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 20.04.2021 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania zamówieniowego przedstawionej przez zamawiającego, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdza, że odwołanie jest zasadne.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086), zgodnie z którym »Do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art.

89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 «, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1919, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464, dalej „NPzp”).

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 NPzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i realizacji tego zamówienia, narażając odwołującego tym samym na poniesienie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia w części.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 528 NPzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby zarzuty pierwszy – naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7a SPzp – przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także niezgodnie z przepisami SPzp, zarzut czwarty – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a SPzp – przez [a] bezpodstawne uznanie, że odwołujący zobowiązany był do odpowiedzi na pismo zamawiającego, w sytuacji, gdy pismo zamawiającego z 14.01.2021 r. należy uznać za niewiążące wobec okoliczności wskazanych przez zamawiającego w jego treści, a obejmujących potencjalny brak możliwości wyboru oferty w terminie związania ofertą wobec tego, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej przed upływem tego terminu związania ofertą, co uznać należy za okoliczność, że zamawiający nie wezwał wykonawcy do przedłużenia terminu związania z ofertą oraz [b] bezpodstawne uznanie, że odwołujący nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 SPzp, na przedłużenie terminu związania ofertą, podczas gdy odwołujący taką zgodę wyraził w drodze czynności faktycznych i zarzut piąty – naruszenia art. 2 i art. 10 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w zw. z art. 7 ust. 1. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7a SPzp –

przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym zamawiający – ze względu na zbliżający się koniec terminu związania ofertą – zwrócił się 14.01.2021 r. do wykonawców o wyrażenie zgody do 20.01.2021 r. na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, który upływał 20.01.2021 r. Zamawiający dokonał tej czynności na podstawie art. 85 ust. 2 SPzp, który to przepis brzmi »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«.

Zamawiający – nie czekając na upływ terminu (20.01.2021 r.) wyznaczonego w piśmie z 14.01.2021 r. ze zwróceniem się o przedłużenie terminu związania ofertą i jeszcze przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą 18.01.2021 r. – dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy HMK i zamawiający zwrócił wadiał pozostałym wykonawcom zgodnie z art. 46 ust. 1 SPzp, który to przepis brzmi »Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a«.

Tym samym zamawiający zniósł własną czynność z 14.01.2021 r. zwrócenia się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą, gdyż upadła celowość tej czynności. Wobec tego odwołujący nie zareagował na zwrócenie się o przedłużenie terminu związania ofertą, a miał do tej reakcji – czyli do przedłużenia terminu związania ofertą – jeszcze 1 dzień, gdyż termin na reakcję wykonawców zamawiający wyznaczył na 20.01.2021 r.

Zamawiający – wobec zniesienia własnej czynności z 14.01.2021 r. – nie mógł wymagać aby wykonawcy wykonali zniesioną dyspozycję i zamawiający tym samym nie może wyciągać konsekwencji wobec tej zniesionej czynności.

Następnie 25.01.2021 r. wykonawca M, będący obecnym przystępującym, wniósł odwołanie, które zostało uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z 18 lutego 2021 r. (sygn. akt KIO 269/21) i Izba m.in. nakazała zamawiającemu cyt. »unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy H [...] z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych«.

Dlatego zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający odrzucił oferty wykonawców, którzy nie zareagowali na zwrócenie się o przedłużenie terminu

związania ofertą z 14.01.2021 r., mimo że czynność ta została zniesiona 18.01.2021 r. wyborem najkorzystniejszej oferty wykonawcy H, gdyż zamawiający dokonał wyboru przed upływem terminu na przedłużenie terminu związania ofertą wyznaczonego na 20.01.2021 r. Zamawiający przytoczył podstawę prawną – art. 89 ust. 1 pkt 7a SPzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą«. Jednak zamawiający nie wziął pod uwagę, że dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty 18.01.2021 r. przed upływem pierwotnego terminu na przedłużenie terminu związania ofertą zniósł własną czynność z 14.01.2021 r., gdyż uczynił bezcelowym zwrócenie się o przedłużenie terminu związania ofertą, a pierwotny termin związania ofertą – zgodnie z postanowieniami SIWZ – upływał 20.01.2021 r.

Izba musi stwierdzić, że wobec braku zwrócenia się o przedłużenie terminu związania ofertą, zgodnego z art. 85 ust. 2 SPzp, zamawiający nie miał uprawnienia do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a SPzp i zamawiający powinien wziąć tę ofertę pod uwagę w trakcie badania i oceny ofert.

Z tych powodów w ocenie Izby zarzut pierwszy – naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7a SPzp, zarzut czwarty – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a SPzp oraz zarzut piąty – naruszenia art. 2 i art. 10 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w zw. z art. 7 ust. 1. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7a SPzp – zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut drugi – naruszenia art. 46 ust. 3 SPzp – przez zaniechanie wezwania odwołującego do ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza, zarzut trzeci – naruszenia art. 24aa w zw. z art. 26 ust. 2 SPzp – przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dokumentów podmiotowych, pomimo, że czynność tę powinien przeprowadzić, wobec bezpodstawności odrzucenia oferty odwołującego w trybie art 89 ust 1 pkt 7a SPzp oraz zarzut szósty – naruszenia art. 91 ust. 1 SPzp – przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ – zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że – ze względu na wyżej omówiony brak możliwości odrzucenia ofert wykonawców, którzy nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (poza przypadkiem określonym w art. 89 ust. 1 pkt 7a SPzp) – zamawiający wykonując wyrok Izby (sygn. akt KIO 269/21) przystępując do ponownego badania i oceny ofert powinien wystąpić do wykonawcy, którego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, zgodnie z art. 46 ust. 3 SPzp, z zażądaniem ponownego wniesienia wadium. Przepis art. 46 ust. 3 SPzp

brzmi »Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego«.

Ponadto zamawiający – prowadzący postępowanie o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 SPzp w ramach tzw. procedury odwróconej zgodnie z art. 24aa SPzp – powinien wystąpić do wykonawcy, którego oferta zostaje najwyżej oceniona o złożenie w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 SPzp, co wynika z art. 26 ust. 2 SPzp, który to przepis brzmi »Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1«.

Wreszcie zamawiający powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, na podstawie art. 91 ust. 1 SPzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Jednak Izba nie może nakazać wyboru konkretnej oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, co jest w zarzucie szóstym naruszania art. 91 ust. 1 SPzp w zasadzie żądaniem, a nie częścią zarzutu.

Z tych powodów w ocenie Izby zarzut drugi – naruszenia art. 46 ust. 3 SPzp, zarzut trzeci – naruszenia art. 24aa w zw. z art. 26 ust. 2 SPzp oraz zarzut szósty – naruszenia art. 91 ust. 1 SPzp – zasługują na uwzględnienie.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) obciążając kosztami zamawiającego i nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu odwołującemu kwoty 15 000 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu, 3 600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonych rachunków.

Przewodniczący: