

Sygn. akt: KIO 2271/13

WYROK

z dnia 3 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2013 r. przez wykonawcę GALAXY-Jacek M. w Zielonej Górze w postępowaniu prowadzonym przez Inspektorat Uzbrojenia

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Inspektorat Uzbrojenia i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego - GALAXY-Jacek M. w Zielonej Górze tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego - Inspektorat Uzbrojenia na rzecz Odwołującego - GALAXY-Jacek M. w Zielonej Górze kwotę 19 048 zł 00 gr [słownie: dziewiętnastu tysięcy czterdziestu ośmiu złotych zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów jego dojazdu na posiedzenie i rozprawę

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907], na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Inspektorat Uzbrojenia, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę urządzeń drukujących, urządzeń wielofunkcyjnych i skanujących dla resortu obrony narodowej. Część 2 dostawa drukarek DL3 i DL4”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907].

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 marca 2013 r. pod nr 2013/S 060-100368. 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 12 września 2013 r. Zamawiający zaprosił wykonawców do aukcji elektronicznej w zakresie zadania 2, jednocześnie wykluczając z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Odwołującego.

III. Odwołujący, w dniu 23 września 2013 r., złożył odwołanie wobec zaniechania zaproszenia do aukcji oraz wykluczenia z postępowania.

Odwołujący postawił zarzuty naruszenia:

- 1) art. 24 ust 2 pkt 2) w związku z art. 24 ust 4 i art. 85 ust 4 ustawy, poprzez nieuprawnione wykluczenie Odwołującego z postępowania w zakresie części 2, poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż Odwołujący nie wniósł wadium lub nie przedłużył okresu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą, a tym, samym jego oferta winna zostać odrzucona, pomimo braku podstawy prawnej i faktycznej dla dokonania tej czynności,
- 2) art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności w postępowaniu art. 91, art. 91a ust. 1 i art. 91 b ustawy, poprzez zaniechanie oceny oferty Odwołującego i zaniechanie jego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo istnienia podstaw prawnych i faktycznych do podjęcia takiej czynności;
- 3) a w konsekwencji powyższego, naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu i unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, a w jej konsekwencji zaproszenie Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, a także - z ostrożności procesowej;
- 4) unieważnienia aukcji elektronicznej, której termin Zamawiający wyznaczył na dzień 25.09.2013 r.
- 5) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, iż złożył ofertę na dostawę przedmiotu zamówienia, w zakresie określonym dla części nr 2 i 5 w załączniku nr 1 do SIWZ. Jednocześnie poinformował Zamawiającego, że zabezpieczył ofertę wadium nr 5002 i 5005 o wartości 115.000,00 zł, które zostało wniesione w sumie pieniężnej przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego. Na dowód dokonania tej czynności do oferty załączono wydruk przelewu z rachunku bankowego Odwołującego. Jednocześnie w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 17 czerwca 2013 r. przedłużono okres związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. Pismem z dnia 12 września 2013 r. Zamawiający poinformował, iż wykluczył Odwołującego z postępowania ponieważ *„Wykonawca nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą. Zgodnie z art. 24 ust 2 pkt 2) ustawy, z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą i zgodnie z art. 24 ust 4 ustawy, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”*.

Odwołujący podał, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje instytucji wadium. Definicja taka zawarta jest natomiast w przepisach Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 701 § 1 KC, jako wadium należy rozumieć bądź określoną sumę pieniędzy, którą przystępujący do aukcji lub przetargu obowiązany jest wpłacić, organizatorowi, bądź odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty. Na podstawie art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, definicja ta stosowana jest w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W myśl art. 45 ust. 6 ustawy, wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: pieniądzu; poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym, że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; gwarancjach bankowych; gwarancjach ubezpieczeniowych; poręczeniach

udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b pkt. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Wadium wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym [ust. 8]. Wykonawca wnosząc wadium w pieniądzu nie określa, na jak okres zostaje ono wniesione. Taka forma wnoszenia wadium różni się w tym zakresie od innych form, np. gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej, gdzie; w dokumencie gwarancji na ogół gwarant określa termin, do którego jego zobowiązanie istnieje. Element terminowego ograniczenia ważności wadium nie występuje w przypadku wadium wnoszonego w, pieniądzu. Należy zatem, przyjąć, że wadium wniesione w pieniądzu jest ważne tak długo, dopóki pozostaje na rachunku zamawiającego. Takie stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza, w orzeczeniu z dnia 20 marca 2013 r. sygn. akt KIO 507/13 potwierdzając tym samym interpretację przepisów ustawy wyrażoną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2009 roku sygn. akt KIO 115/09. Zgodnie ze wskazanym orzeczeniem, wykonawca, który złożył już swoją ofertę, a rachunek zamawiającego został uznany żadaną kwotą wadium, nie będzie musiał wykonywać żadnej nowej czynności w zakresie przedłużenia terminu ważności wadium, pomimo, że zmiana terminu składania ofert będzie oznaczała, że pieniądze tego wykonawcy będą pozostawały w dyspozycji zamawiającego dłużej niż pierwotnie zakładał. Zbieżne jest stanowisko doktryny i orzecznictwa wskazujące na brak istnienia elementu terminowego ograniczenia ważności wadium w przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu. Wykonawca, który złożył wadium w pieniądzu nie musi zatem przedłużać terminu jego ważności - oferta jest bowiem zabezpieczona długo, jak długo środki pieniężne pozostają na rachunku bankowym Zamawiającego. Na koncie bankowym Zamawiającego znajduje się wadium, nie można więc zgodzić się z prezentowanym przez Zamawiającego uzasadnieniem wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty z powodu braku wniesienia wadium na przedłużony o okres związania ofertą

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podkreślił, że wobec upływu terminu związania ofertą Odwołującego w dniu 22 sierpnia 2013 r. i nie złożenia oświadczenia o jego przedłużeniu, wobec czego *Zamawiający zapraszając do udziału w aukcji poinformował o Wykonawcach, którzy zostali zaproszeni do udziału w aukcji oraz o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni oraz których oferty podlegały odrzuceniu.* Zamawiający podał, że *w związku z tym Wykonawca Galaxy Jacek M. został poinformowany, że został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a w związku z tym zgodnie z art. 24 ust. 4 ofertę Wykonawcy uznaje się za odrzuconą.* Zamawiający powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, wskazujące, że nie może być rozpatrywana w postępowaniu o zamówienie publiczne oferta,

co do której nie złożono oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą: z dnia 19 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 776/13, z dnia 26 czerwca 2010 r. w spr. KIO 1066/10, z dnia 26 lutego 2013 r. w spr. KIO 307/13.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których PRZESŁANKACH STANOWI art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie stanowi o braku przesłanek materialnoprawnych – wbrew twierdzeniu Zamawiającego – brak oświadczenia wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą. Nie jest tak, jak twierdzi Zamawiający, że Odwołujący, z momentem upływu terminu związania ofertą [22 sierpnia 2013 r.] przestał być uczestnikiem postępowania.

Podkreślenia wymaga, że żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych, nie uzależnia „ważności” oferty od przekazania zamawiającemu informacji o podtrzymywaniu woli związania ofertą. Jak wskazano w wyroku z dnia 5 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 124/13: *„Sama instytucja „związania ofertą” służy temu, aby wykonawca, który złoży ofertę, nie mógł się z niej wycofać. W innej sytuacji działania zamawiającego są obdarzone dużą dozą ryzyka, że wybrany wykonawca nie tylko uchyli się od zawarcia umowy, ale także z tego tytułu nie poniesie żadnych materialnych konsekwencji. Taka sytuacja może doprowadzić u zamawiającego do np. niewykonania zamówienia, możliwości utraty uzyskanych na realizację przedmiotu zamówienia środków finansowych, bądź potrzebę wyboru droższej oferty, a nie tej wybranej pierwotnie jako najkorzystniejszej. To zamawiający odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne przeprowadzenie postępowania przetargowego. To on w istocie decyduje o dacie wyboru oferty, stąd posiada możliwość kontroli czy termin wynikający z art. 85 ustęp 1 Pzp upłynie przed, czy po terminie wyboru oferty. Tym samym przedłużenie tego terminu związania ofertą wykonawców leży przede wszystkim w interesie zamawiającego, gdyż zabezpiecza jego interesy. To on bowiem dzięki temu ma pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu. Odnosząc się do ewentualnych skutków prawnych braku związania ofertą przez wykonawcę stwierdzić należy, że ustawa Pzp nie zawiera przepisu, który wprost by stanowił o tym, że wybranie oferty co do której wykonawca nie posiada aktualnego oświadczenia o związaniu jej treścią*

jest nieważne, a umowa zawarta z takim wykonawcą jest nieważna lub podlega unieważnieniu. Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o ważności i skuteczności złożonej oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, która nie wiąże wykonawcy, straciła cechy oferty i w związku z tym winna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu”.

Uznano, że 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. 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, albo wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania. 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 dała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 czerwca 2010 r. w spr. KIO 1070/10, w którym 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, a także wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2013 r. w spr. KIO 2019/13, 28 sierpnia 2013 r. w spr. KIO 1953/13, 21 maja 2013 w spr. KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13, z dnia 17 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 719/13, , 2 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 665/13.

Skład orzekający podziela pogląd w zakresie braku możliwości zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku do wykonawcy, który nie był wzywany do przedłużenia terminu związania ofertą. Jak podkreślono w wyroku z dnia 5 lutego 2013 r., sygn. KIO 124/13: *„Jedyną przesłanką, na podstawie której można by odrzucić ofertę wykonawcy z powodu upływu terminu związania ofertą, jest art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten mówi, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania m.in. jeśli nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a w konsekwencji w oparciu o przepis art. 24 ust. 4 ofertę takiego wykonawcy uznaje się za odrzuconą.”* W niniejszej sprawie nie można jednak mówić o braku zgody Odwołującego na przedłużenie związania ofertą, która mogłaby skutkować jego wykluczeniem, albowiem Zamawiający z takim wnioskiem do wykonawcy nie wystąpił po upływie wcześniej przedłużonego na wniosek Zamawiającego terminu. W tym zakresie zasadne jest przywołanie stanowiska Sądu Okręgowego w Rzeszowie, który w postanowieniu z dnia 16 lutego 2011 r. VI Ga 192/10, dokonał wykładni treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie możliwości wykluczenia wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą: *„Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost, iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody - nie zgodził się, na przedłużenie okresu związania ofertą. Za powyższym przemawia również dokonana przez Sąd Okręgowy*

wykładnia systemowa, to jest odczytanie treści art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w świetle powoływanego zresztą przez skarżącego art. 85 ust. 2 Pzp. Zgodnie z tą normą wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na trzy 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. Norma ta wskazuje więc na dwie możliwości. Pierwsza to kiedy wykonawca samodzielnie przedłuża termin związania ofertą, druga kiedy to zamawiający zwróci się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu. W korelacji właśnie z drugą z tych możliwości, posługując się zresztą dokładnie tym samym określeniem (odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie terminu) pozostaje możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego. Gdyby bowiem ustawodawca chciał, aby podstawa wykluczenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ust. 2 Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 24 ust. 2 pkt 2 nie zastosowałby z pewnością odnośnika do wyrażenia zgody, a do określenia nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, ale określenia typu nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą, nie przedłużyli okresu związania ofertą i tym podobne. Ustawodawca użył natomiast wyraźnego określenia nie zgodzili się odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 Pzp.”

Analogiczny pogląd wyrażono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2012 r. sygn. KIO 459/12, wydanym w związku z odwołaniem wykonawcy, którego oferty zamawiający nie ocenił ze względu na upływ terminu związania ofertą. Jak zauważył skład orzekający: „Należy również wskazać, iż brak możliwości poddania złożonej w postępowaniu oferty ocenie, w oparciu o kryteria oceny oferty, może nastąpić jedynie wskutek odrzucenia takiej oferty. Zarówno w przypadku bezpośredniego odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1-8 oraz art. 90 ust. 3, jak również w przypadku uznania ją za odrzuconą na mocy art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie dochodzi do oceny takiej oferty w oparciu o kryteria oceny ofert. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nie zna innych mechanizmów eliminacji takiej oferty z postępowania. Ustawa Pzp nie zawiera instytucji umożliwiających "pominięcie" oferty nie podlegającej odrzuceniu. Eliminacja oferty z postępowania ze względu na jej jakąkolwiek wadę winna nastąpić przez jej odrzucenie w oparciu o normy prawne wyrażone w przepisach ustawy Pzp. Wszakże ustawodawca nawet z wykluczeniem wykonawcy z postępowania wiąże domniemanie, że ofertę taką uznaje się za odrzuconą. (...)” Odnosząc się do powyższego celowe jest przytoczenie fragmentu uzasadnienia wspomnianego wyżej postanowienia Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. [sygn. akt VI Ga 192/10], w którym zostało wskazane,

że: „Przechodząc więc do dalszych zarzutów skargi zamawiającego, w szczególności interpretacji art. 24 ustępow 2 pkt 2 Pzp, to Sąd Okręgowy również podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dokonanej przez nią interpretacji tejże normy prawnej. Stosownie do treści art. 24 ustępow 2 punkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy (...) nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. (...)”

Również w wyroku z dnia 2 sierpnia 2010 r., sygn. KIO 1469/10 Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła: „Zdaniem Izby zwrot "nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą" wyraźnie wskazuje, że przed wykluczeniem z postępowania w pierwszej kolejności Zamawiający musi wystąpić do wykonawców o jego przedłużenie. Dopiero brak zgody wykonawcy bądź nieprzedłużenie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie Zamawiającego powoduje, że istnieją przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Izba przypomina, że przesłanek wykluczenia z postępowania nie można interpretować rozszerzająco, ponieważ w swych skutkach prowadzą do wyeliminowania wykonawców z postępowania i uniemożliwiają im uzyskania zamówienia.”

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2012 r., sygn. KIO 459/12: „Izba nie podzieliła podniesionego w toku rozprawy przez Przystępującego argumentu, że z treści art. 85 ust. 2 ustawy Pzp należy wyprowadzić wniosek, że za skuteczne przedłużenie terminu związania ofertą należy uznać jego dokonanie przed upływem tego terminu. Przystępujący wskazał ponadto, że oferta dla której upłynął termin związania przestaje istnieć, zaś wznowienie tego terminu po jego upływie należałoby uznać za złożenie nowej oferty. Przeciwno takiemu stanowisku przemawia szereg ważkich argumentów. Po pierwsze pojęcie związania ofertą jest kwestią woli a nie faktów. Kwestia, czy wykonawca wyrażą wolę zawarcia umowy po upływie okresu związania ofertą, stanowi jego wyłączną domenę związaną z zasadą swobody umów. Jak każde oświadczenie woli wymaga ono jedynie uzewnętrznienia. Biorąc pod uwagę cel i znaczenie pojęcia związania ofertą moment jego uzewnętrznienia, w odniesieniu do możliwości zawarcia z wykonawcą ważnej umowy, należy oceniać w sposób elastyczny. Powyższe stanowisko zostało zaprezentowane w przywołanej w toku rozprawy przez Odwołującego uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2011 r. o sygn. akt KIO/KD 44/11, której zasadnicze tezy w tym zakresie Izba, w niniejszym składzie, w całości podziela. W powyższej uchwale zostało bowiem wskazane, że: "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, że po upływie terminu związania ofertą, oferta nadal pozostaje ofertą a to nie uprawnia zamawiającego do automatycznego nierozpatrywania takiej oferty i uważa, że brak związania ofertą oznacza tylko brak obowiązku zrealizowania treści oferty po stronie wykonawcy, ale nie oznacza braku prawa tegoż wykonawcy do zrealizowania treści oferty. Skoro zatem żaden przepis prawa nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest, nie ma podstaw, aby nie dokonywać oceny tej oferty. W związku z powyższym Zamawiający, na którym ciąży obowiązek wybrania oferty najkorzystniej wg kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu, powinien zwrócić się do wykonawcy niezwiązanego ofertą z pytaniem, czy ten jest gotowy mimo braku związania ofertą, zawrzeć umowę na warunkach wskazanych w tej ofercie. Gotowość wyrażona przez wykonawcę obliguje Zamawiającego do zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę". Przy przyjęciu zasady elastycznego podejścia do momentu zmaterializowania się w toku postępowania konieczności wyrażenia woli zawarcia umowy, przez czynność przedłużenia okresu związania ofertą, Izba widzi konieczność indywidualnego podejścia do tego zagadnienia. Dynamika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może wszakże prowadzić do zmiany sytuacji poszczególnych wykonawców. Tym samym wykonawca, który nie widział szansy uzyskania zamówienia może na skutek działań innych uczestników postępowania taką szansę uzyskać. Powyższa okoliczność została zasygnalizowana w dalszej części uzasadnienia uchwały Krajowej Izby Odwoławczej podjętej w sprawie o sygn. akt KIO/KD 44/11, gdzie zostało wskazane, że: "Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że istotne dla dalszego udziału w postępowaniu danego wykonawcy czynności, takie jak oświadczenie o związaniu ofertą oraz terminie tego związania, jak również zadbanie o zabezpieczenie oferty wadium przez okres trwania postępowania są, co do zasady, czynnościami podlegającymi dyspozycji wykonawcy, bowiem to on ma interes w wyrażaniu i podtrzymywaniu woli zawarcia umowy z zamawiającym, przy czym intencja ta może ulec zmianie wraz z upływem czasu, co pozostaje tylko w gestii zainteresowanego wykonawcy". Jak wskazano w powyższej uchwale oraz jak wskazał Odwołujący w treści odwołania, który to pogląd w ocenie Izby należy w całości podzielić, w obecnym stanie prawnym brak jest przepisu, który nakazywałby zawarcie umowy przed upływem terminu związania ofertą. Zatem wyrażenie przez wykonawcę woli w przedmiocie związania ofertą po upływie okresu związania nie stoi na przeszkodzie do zawarcia umowy i tym samym nie uprawnia do uznania, że oferta przestała istnieć. Powyższe nie uprawnia również Zamawiającego do pominięcia takiego oświadczenia w toku trwającego nadal postępowania. Ponadto ustawodawca możliwość wykluczenia

wykonawcy z postępowania i tym samym uznania złożonej przez takiego wykonawcę oferty za odrzuconą wiąże jedynie z brakiem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą - a więc wiąże jedynie z negatywnym oświadczeniem w tym zakresie. Powyższe wynika jednoznacznie z przywołanego wyżej postanowienia Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10). W takim bowiem wypadku wykonawca oświadcza pro futuro, iż nie posiada woli zawarcia z zamawiającym umowy - a więc nie czuje się ofertą związany. Złożenie przez wykonawcę, na którymkolwiek etapie postępowania, oświadczenia akceptującego (nie zaś negatywnego) powoduje, iż istnieje możliwość zawarcia umowy, gdyż istnieje w tym zakresie po jego stronie wola jej podpisania oraz wykonania.”

Powyższe stanowisko potwierdza wreszcie postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 roku, sygn. akt SK 22/08, który na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym [Dz. U. Nr 102, poz. 643, z 2000 r. Nr 48, poz. 552 i Nr 53, poz. 638, z 2001 r. Nr 98, poz. 1070, z 2005 r. Nr 169, poz. 1417 oraz z 2009 r. Nr 56, poz. 459] postanowił umorzyć postępowanie ze względu na utratę mocy obowiązującej przez art. 94 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a i b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz stwierdził zbędność orzekania w stosunku do art. 181 ust. 1 tej ustawy, wyrażając jednocześnie stanowisko, iż *„W aktualnie obowiązującym stanie prawnym dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, (...)”*.

Prezentowane wyżej poglądy, wyrażane w orzecznictwie przekonują o braku podstaw do uznania, że wykonawca, który nie przedłużył terminu związania ofertą, traci status wykonawcy – uczestnika postępowania o zamówienie publiczne.

Argumentem przemawiającym za powyższą oceną jest, że przewidziane w ustawie przesłanki wykluczenia wykonawcy, jako swego rodzaju instrumenty sankcyjne, nie mogą być traktowane rozszerzająco i odnoszone do stanów, które nie zostały w przepisach wyraźnie opisane. Rozszerzająca wykładnia, analogia nie mają w tym zakresie racji bytu. Podobnie należy traktować opisane w art. 89 ust. 1 ustawy podstawy odrzucenia oferty. Stąd, jedyną sytuacją uprawniającą do wyeliminowania wykonawcy z postępowania w razie nieprzedłużenia terminu związania ofertą jest wynikający z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy obowiązek wykluczenia wykonawcy z uwagi na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert a także niewniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie w razie zwrotu wadium, kiedy ofertę wykonawcy wybrano w wyniku rozstrzygnięcia odwołania [art. 46 ust. 3 ustawy] a także w razie niewyrażenia przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Ostatnia przesłanka odnosi się zatem do tych wypadków, kiedy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą, co

dotyczy z kolei sytuacji, kiedy to zamawiający obowiązany jest zwrócić się o wyrażenie takiej zgody [art. 85 ust. 2 ustawy]. Tylko w takim wypadku wykonawca podlega wykluczeniu. Niespełnienie jednej z przesłanek wyartykułowanych w tym przepisie – to jest brak wystąpienia przez Zamawiającego do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą, do czego z kolei nawiązuje art. 85 ust. 2 ustawy, nie pozwala na jego zastosowanie, polegające na wykluczeniu wykonawcy, który nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Nie oznacza to także, że fakt wyczerpania przez Zamawiającego obowiązku wystąpienia do wykonawcy o przedłużenie tego terminu, do czego zobowiązuje go art. 85 ust. 2 ustawy – tylko jednokrotnie i na czas nie dłuższy niż 60 dni – skutkuje tym, że każde następne nieprzedłużenie terminu związania ofertą, już leżące w wyłącznej gestii wykonawcy [samodzielne], z własnej inicjatywy i bez wezwania Zamawiającego powoduje wykluczenie wykonawcy. Przesłanka wykluczenia z postępowania opisana w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy wyraźnie referuje do sytuacji opisanej w art. 85 ust. 2 ustawy, gdy Zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą. Oznacza to tyle, że wszelkie inne sytuacje, w tym stan, kiedy przedłużenie terminu związania ofertą pozostaje już poza sferą sygnalizowania przez Zamawiającego wykonawcy o zbliżającym się upływie terminu związania ofertą [art. 85 ust. 2 ustawy], nie są objęte zakresem zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Dostrzeżenia wreszcie wymaga, że sam przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, jako przesłankę wykluczenia, odnoszącą się do terminu związania ofertą wskazuje „nie zgodzenie się na przedłużenie terminu związania ofertą”. Akt niewyrażenia zgody, o którym mowa w tym przepisie z natury może dotyczyć jedynie sytuacji, gdy ktoś o taką zgodę zapytał, nie zaś pasywnej postawy drugiej strony [zamawiającego]. Nie sposób bowiem upatrywać „nie zgodzenia się” wykonawcy na cokolwiek, jeśli to „nie zgodzenie się” miałyby mieć postać bierności, nie wyrażałoby się jakimkolwiek aktem negatywnym [brakiem zgody, sprzeciwem] wobec pewnego stanu [tutaj: pozostawiania dalej związanym ofertą]. Także to przemawia, że wskazany przepis, kreujący podstawę do wykluczenia wykonawcy, obejmuje tylko sytuację, gdy wykonawca w sposób wyraźny, aktywny dał wyraz, że nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co następuje w odpowiedzi na sygnał ze strony Zamawiającego.

Reasumując, biorąc pod uwagę okoliczność, że Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą oraz że Odwołujący do dnia 22 sierpnia 2013 r. nie złożył samodzielnie takiego oświadczenia [złożył je w dacie 12 września 2013 r.], nie została spełniona przesłanka obligująca Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, to jest niewyrażenie

przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Co istotne, także Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie powołał się na tę okoliczność, a wskazał na niezabezpieczenie oferty wadium. Powyższe skutkowało uznaniem, że Odwołujący nie utracił statusu wykonawcy w tym postępowaniu, a tym samym, że spełnione zostały przesłanki materialnoprawne uprawniające do złożenia odwołania.

II. W ZAKRESIE POSTAWIONYCH W ODWOŁANIU ZARZUTÓW, UWZGLĘDNIONO OKOLICZNOŚCI:

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, w oparciu o zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, uwzględniając stanowiska stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, z następujących powodów:

Odwołanie skierowane jest wobec czynności wykluczenia oraz – stanowiącego następstwo tego wykluczenia – od zaniechania przez Zamawiającego zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji.

Zamawiający, w piśmie z dnia 12 września 2013 r., stanowiącym zaproszenie do aukcji podał, że *wykluczył z postępowania Wykonawcę [...] „GALAXY” Jacek M., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra. Wykonawca nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą i zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą*”.

Na posiedzeniu Zamawiający podał – wobec tak wyartykułowanych motywów wykluczenia Odwołującego z postępowania, że *„niefortunnie podano w nim powód wykluczenia jako nieprzedłużenie ważności wadium, zamiast nieprzedłużenia terminu związania ofertą”*.

Podkreślenia w powyższym zakresie wymaga, że jakkolwiek nie ma wyraźnego obowiązku podawania przed przeprowadzeniem aukcji decyzji Zamawiającego, dotyczących oceny ofert, które determinują zaproszenie określonych wykonawców do aukcji [odrzużenia

ofert, wykluczenia wykonawców], to tego rodzaju praktyka jest co najmniej pożądana, pozwala wykonawcom na podjęcie odpowiednio wcześniej działań mających na celu obronę ich praw [wniesienie odwołania], ale także eliminuje ryzyko błędnej oceny ofert wykonawców już po przeprowadzonej aukcji oraz ewentualną konieczność powtarzania aukcji.

Na aprobatę zasługuje więc działanie Zamawiającego, polegające na zakomunikowaniu już na tym etapie wykonawcom o losie ich ofert i podstawach faktycznych decyzji o wykluczeniu z postępowania. Mając bowiem na uwadze przyjętą w ustawie formułę prowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego z aukcją elektroniczną, w którym informacja o ofertach odrzuconych przekazywana jest niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, co następuje po zamknięciu aukcji elektronicznej, praktyka polegająca na umożliwieniu wykonawcom ochrony ich interesu w uzyskaniu zamówienia, polegająca na poinformowaniu o przyczynie braku skierowania do nich zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty [przed aukcją] jest zarówno przejawem swego rodzaju elegancji Zamawiającego w postępowaniu jak i optymalizacji czynności, które nie będą narażone na ich powtórzenie [co mogłoby dotyczyć konieczności powtórzenia aukcji]. Zgodnie z art. 91a ustawy, aukcja elektroniczna prowadzona jest po dokonaniu oceny ofert, która wyznacza krąg podmiotów, do których zamawiający może skierować zaproszenie do aukcji elektronicznej. Pomimo doniosłości dla przebiegu postępowania, jak i samych uczestników postępowania, czynności oceny ofert, ustawodawca nie przewidział wcześniejszego, tj. przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej, powiadomienia wykonawców, których oferty podlegają odrzuceniu, o przyczynach takiej oceny. Nie oznacza to jednak, że tego rodzaju czynność jest niedopuszczalna. Przeciwnie – ze wskazanych wyżej względów – zakomunikowanie wykonawcom o podstawach oceny złożonych przez nich ofert już na tym etapie należy uznać za właściwe. Każdorazowo, przekazanie stosownej informacji przez zamawiającego podlega kontroli w kontekście naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Skoro zamawiający jest zobowiązany do zawiadomienia wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu i zaproszonych do aukcji elektronicznej między innymi o pozycji ich ofert i uzyskanej punktacji, to zawiadomienie również tych wykonawców, do których zaproszenie nie zostaje skierowane o przyczynach, dla których Zamawiający odmówił im dalszego udziału w postępowaniu, nie tylko nie narusza zasady równego traktowania wykonawców, lecz stanowi o jej przestrzeganiu, może wręcz i powinno być postrzegane jako powinność Zamawiającego. Przekazanie informacji do wykonawców, którzy nie będą mogli uczestniczyć w dalszym etapie postępowania, stanowi o przejrzystości działań Zamawiającego, jak również zapewnia dostęp do informacji na równych zasadach dla wszystkich uczestników postępowania.

W analizowanej sprawie, Zamawiający zatem w sposób lojalny wobec uczestników postępowania zakomunikował trzem wykonawcom, że zostali oni wykluczeni z postępowania. Powyższe pozwoliło także, w wyniku wniesienia przez Odwołującego odwołania uniknąć ryzyka powtórzenia aukcji wyznaczonej na 25 września 2013 r., którą finalnie Zamawiający z tego powodu odwołał.

Podkreślenia następnie wymaga, że, rzetelne, pełne i klarowne zakomunikowanie o motywach dokonanej oceny oferty wykonawcy jest obowiązkiem Zamawiającego. Nie jest wystarczającym podaniem podstawy prawnej [jednostki redakcyjnej ustawy, w oparciu o którą Zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy]. Tak, jak o stawianym wobec czynności zamawiającego zarzucie nie przesądza jedynie kwalifikacja prawna, ale całościowy argumentacji oraz przytoczenie konkretnych okoliczności faktycznych, uzasadniających zarzut [tak: wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09], tak o podstawie czynności Zamawiającego, powodach wykluczenia wykonawcy z postępowania nie przesądza wskazanie odpowiedniego przepisu, szczególnie gdy mieści on kilka powodów wykluczenia z postępowania, ale uzasadnienie, jakie Zamawiający zaprezentował dla umotywowania swojej decyzji.

W analizowanej sprawie Zamawiający, w piśmie z dnia 12 września 2013 r. stanowiącym zaproszenie do aukcji podał, że powodem wykluczenia wykonawcy było niezabezpieczeniem oferty wadium.

Ta podstawa nie znalazła jednak potwierdzenia: wadium w postaci pieniężnej jest cały czas na rachunku Zamawiającego, czego Zamawiający nie kwestionował. Podstawa faktyczna wykluczenia Odwołującego z postępowania, podana w piśmie z 12 września 2013 r. w żaden sposób nie znalazła więc potwierdzenia. Przeciwnie: Zamawiający na posiedzeniu podał, że uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania niefortunnie wskazuje na niezabezpieczenie oferty wadium, podczas gdy rzeczywistym powodem wykluczenia miał być brak ciągłości oświadczenia wykonawcy o związaniu ofertą.

Powyższe determinowało wniosek, że podstawa wykluczenia Odwołującego – ta, która została zakomunikowana Odwołującemu - nie znalazła potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy.

Ocenie Krajowej Izby Odwoławczej może podlegać wyłącznie czynność Zamawiającego, w zakresie, jakie wynika z treści odwołania – w myśl art. 192 ust. 7 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zarzutami odwołania. Te zaś, w analizowanej sprawie, zostały postawione wobec czynności Zamawiającego, stosownie do jej treści

i kształtu a także uzasadnienia zaprezentowanego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 12 września 2013 r.

Ocena wskazanej czynności Zamawiającego jest zatem naturalną i nieuniknioną konsekwencją jej uzasadnienia. Skutki niewłaściwego, nieoddającego rzeczywistych powodów decyzji o wykluczeniu wykonawcy obciążają bowiem Zamawiającego. Nie sposób tu pomijać, że lektura odwołania i jego uzasadnienia, mogła i powinna prowadzić do wniosku, że postawione zarzuty są konsekwencją niedoskonałego uzasadnienia wykluczenia wykonawcy. Jeśli więc po analizie odwołania Zamawiający miał podstawy do uznania [te zaś narzucały się w sposób oczywisty], że omyłkowo niewłaściwie wyartykułował powody wykluczenia wykonawcy, nic nie stało na przeszkodzie uchyleniu pierwotnej decyzji i stosowanej korekcie jej uzasadnienia.

Na obecnym etapie jednak, ocena czynności Zamawiającego mogła i musiała odbyć się w zakresie i granicach kwestionowanej czynności i postawionych wobec niej zarzutów, co przy oczywistym potwierdzeniu zarzutów [sam Zamawiający przyznał na posiedzeniu, że uzasadnienia wykluczenia Odwołującego niefortunnie wskazuje zupełnie inny powód wykluczenia, aniżeli ten, który był przyczyną tej decyzji], skutkowało uznaniem zasadności odwołania.

Zamawiający na rozprawie wykazywał, że, niezależnie od zaprezentowanej w piśmie z 12 września 2013 r. decyzji o wykluczeniu Odwołującego oraz motywów tej decyzji, czynność wykluczenia jest prawidłowa i znajduje podstawę w treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, skoro wykonawca podlegałby wykluczeniu z uwagi na niezachowanie ciągłości oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, a także z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający podał, że w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2013 r. w sprawie KIO 1579/13 oraz 1592/13, gdzie na str. 31 uzasadnienia tego wyroku mówi się, że Zamawiający zobowiązał się do wyjaśnienia dokumentu złożonego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w części dotyczącej wartości dostawy drukarek, Zamawiający wezwał pismem z dnia 17 lipca 2013 r. Odwołującego do wyjaśnienia dokumentu, na co w odpowiedzi pismem z 18 lipca 2013 r. Odwołujący odniósł się do wartości dostawy obejmującej komputery przenośne i monitory. Zamawiający oświadczył, że uznał, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, kwestii tej dalej jednak nie ruszając, skoro wykonawca jednocześnie nie przedłużył terminu związania ofertą. Zamawiający podał, że Odwołujący w dniu 30 sierpnia 2013 r. zwrócił się o wgląd w dokumentację postępowania, stąd niezasadne jest twierdzenie by Odwołujący nie znał

wydanego wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą, gdyż całość dokumentacji jest jawna, Odwołujący wiedział więc, że nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe jednak nie zostało wyartykułowane jako powód wykluczenia Odwołującego z postępowania, stanowi zatem wyrażenie zastrzeżeń, których Zamawiający nie zakomunikował w decyzji o wykluczeniu Odwołującego, a podniósł dopiero następnie, w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie. Postawione zarzuty należy jednak zrelatywizować do tych podstaw, jakie Zamawiający podał, jako motywy wykluczenia wykonawcy z postępowania, te zaś dotyczą niezabezpieczenia oferty wadium, co nie znalazło potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy, a przeciwnie – Zamawiający nie tylko nie kwestionował, by oferta Odwołującego nie była zabezpieczona przez cały czas, ale przyznał, że nie był to rzeczywisty powód wykluczenia.

Stąd – w oparciu o podstawę podaną przez Zamawiającego w piśmie z 12 września 2013 r., należało uznać, że wskazana podstawa wykluczenia Odwołującego z postępowania nie była zasadna, co czyni odwołanie, zasługującym na uwzględnienie. Okoliczności wskazywane na rozprawie oraz w odpowiedzi na odwołanie, mogłyby być brane pod uwagę o tyle, o ile znalazłyby wyraz w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, co jednak nie miało miejsca. Jeśli jest tak jak twierdził Zamawiający, że istnieją dodatkowe powody wykluczenia Odwołującego, to powinny one znaleźć się w piśmie informującym o wykluczeniu.

Wobec orzeczenia o nakazaniu Zamawiającemu ponownej oceny oferty Odwołującego, Zamawiający winien poddać analizie ofertę Odwołującego i składające się na nią dokumenty i uzupełnienia a następnie podać podstawy swojej – takiej lub innej - oceny tej oferty. Poznanie pełnego i kompletnego uzasadnienia czynności Zamawiającego da wykonawcy obraz oceny jego oferty i składających się na nią dokumentów. Tylko wtedy bowiem wykonawca może powziąć wiedzę o powodach czynności Zamawiającego oraz – stosownie do tej wiedzy - podjąć ewentualne środki celem obrony swych praw, składając środki ochrony prawnej. Powyższą ocenę [w tym przede wszystkim jej zaprezentowanie przez Zamawiającego] pozostawiono Zamawiającemu: wskazane wyżej okoliczności, jakie były podnoszone na rozprawie przez Zamawiającego nie mogły być brane pod uwagę. Skoro bowiem Zamawiający nie wyartykułował ich jako powody wykluczenia Odwołującego z postępowania, to i Odwołujący, z oczywistych względów nie kwestionował ich w swoim odwołaniu. Skoro zaś nie były one poruszane w odwołaniu, to nie sposób było uwzględnić ich w postępowaniu odwoławczym – w myśl art. 192 ust. 7 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Powyższe determinowało nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego, co odnosi się w szczególności do podania wszystkich powodów decyzji wykluczenia Odwołującego, co umożliwi dopiero ich kontrolę – najpierw w ramach oceny Odwołującego, czy zasadne i celowe jest kwestionowanie decyzji Zamawiającego, a następnie – pozwoliłoby Krajowej Izbie Odwoławczej, w ramach ewentualnego środka ochrony prawnej na rzeczywistą kontrolę czynności Zamawiającego. W powyższym mieści się uchylenie Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą.

Nie orzekano – mimo takiego wniosku o nakazaniu zaproszenia Odwołującego do aukcji – zaproszenie do aukcji jest konsekwencją oceny oferty wykonawcy, co do której, w tej sprawie, wobec niewyartykułowania tej oceny przez Zamawiającego, nie mamy pewności. Powyższe jest zatem, z oczywistych względów przedwczesne i uzależnione od dalszych, nakazanych wyrokiem, czynności Zamawiającego.

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 2010r. 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]. Orzekając o kosztach uwzględniono uzasadnione koszty poniesione przez Odwołującego w celu dochodzenia swych praw, w postaci wpisu od odwołania [15.000 zł], wynagrodzenia pełnomocnika, który reprezentował Odwołującego na posiedzeniu i rozprawie do wysokości przewidzianej powołanym rozporządzeniem [3.600 zł] a także koszty dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę oraz jego powrotu do Zielonej Góry [448 zł].

Skład orzekający