

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 sierpnia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 lipca 2016 r.** przez wykonawcę: **S. J., J., D. Czystość spółka jawna, ul. Sławkowska 22, 05-200 Wołomin**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Sulejówek, ul. Dworcowa 55, 05-070 Sulejówek**, przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: S. J., J., D. Czystość spółka jawna, ul. Sławkowska 22, 05-200 Wołomin,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **S. J., J., D. Czystość spółka jawna, ul. Sławkowska 22, 05-200 Wołomin**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego: **S. J., J., D. Czystość spółka jawna, ul. Sławkowska 22, 05-200 Wołomin** na rzecz zamawiającego: **Miasto Sulejówek, ul. Dworcowa 55, 05-070 Sulejówek**, kwotę **3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia

- przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Siedlcach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego pn. „Remont nawierzchni jezdni na terenie Placu Stefana Czarnieckiego w Sulejówku” (BZP Nr 126478 z 18.05.2016 r.), w dniu 19 lipca 2016 r. zostało złożone w pisemne odwołanie przez wykonawcę: S. J., J., D. Czystość spółka jawna, ul. Sławkowska 22, 05-200 Wołomin, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec powiadomienia wykonawców drogą elektroniczną w dniu 14 lipca 2016 r. o wyniku przetargu, w tym o wykluczeniu odwołującego z postępowania i o wyborze oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego przesłane drogą elektroniczną z dnia 19 lipca 2016r. pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, złożył w dniu 22 lipca 2016 r. wykonawca wybrany: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim.

Izba postanowiła dopuścić ww. wykonawcę do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, gdyż przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołanie wniesiono wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegających na:

1) wykluczeniu odwołującego z postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Remont nawierzchni jezdni na terenie Placu Stefana Czarnieckiego w Sulejówku” oraz odrzuceniu oferty odwołującego,

2) wyborze w toku wyżej powołanego postępowania oferty nr 3 złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Miastu Sulejówek naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) dalej zwaną „ustawą Pzp,” tj.: zarzucana niezgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp - polega według odwołującego na naruszeniu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz art. 60 K.c. poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą złożoną w toku postępowania.

Wobec powyższego, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegających na wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz na odrzuceniu jego oferty,
- 2) unieważnienia czynności polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.,
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, względnie nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że złożył ofertę na wykonanie prac będących przedmiotem zamówienia. Pismem z dnia 27 czerwca 2016 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium do dnia 1 sierpnia 2016 r.

W odpowiedzi na powyższe pismo odwołujący złożył aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, wystawiony w dniu 29 czerwca 2016 r., zgodnie z którym gwarancja została przedłużona do dnia 1 sierpnia 2016 r.

Pismem z dnia 14 lipca 2016 r., przesłanym odwołującemu w sposób wskazany w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp w dniu 14 lipca 2016 r., zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z treścią tego pisma w wyniku postępowania wybrana została oferta Nr 3 Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. W treści pisma podano, że odwołujący został wykluczony z postępowania, zaś jego oferta została odrzucona. Jako podstawę wykluczenia wskazano, że odwołujący pomimo wezwania zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie złożył oświadczenia o jego przedłużeniu. Jednocześnie zamawiający podniósł, że złożony przez odwołującego aneks do gwarancji wadialnej nie może zastąpić żądanego oświadczenia. Jako podstawa prawna wykluczenia wskazany został art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Dowód:- pismo zamawiającego z dnia 27 czerwca 2016 r.,

- aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium z 29 czerwca 2016 r.
- zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 14 lipca 2016 r.,

Odwołujący podnosił, że poprzez wykluczenie z postępowania z przyczyn wskazanych powyżej, naruszony został jego interes prawny. W toku postępowania odwołujący złożył bowiem najkorzystniejszą ofertę i gdyby nie wykluczenie, uzyskałby do wykonania

przedmiotowe zamówienie, co wynika z informacji z sesji otwarcia ofert z dnia 3 czerwca 2016 r.

Dowód: kopia Informacji z sesji otwarcie ofert z dnia 3 czerwca 2016 r.

W ocenie odwołującego decyzja zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania jest bezpodstawną. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą albo nie zgodzili się na przedłużenie związania ofertą.

Odwołujący nie zaprzeczył, że w powyższym przepisie wskazane zostały dwie odrębne przesłanki ewentualnego wykluczenia: brak wniesienia wadium oraz brak zgody na przedłużenie związania ofertą. Zwrócił jednak uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, złożył aneks do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium. W gwarancji określony został również termin do jakiego gwarancja obowiązuje, a mianowicie do dnia 1 sierpnia 2016 r. Zdaniem odwołującego przyjąć zatem należy, że wniesienie przez niego ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium z określonym w niej terminem obowiązywania, spełnia wymóg złożenia oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą. Stanowisko powyższe koresponduje z treścią art. 60 K.c., zgodnie z którym wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, która ujawnia wolę w sposób dostateczny. Złożenie gwarancji z oznaczonym terminem obowiązywania, odwołujący poczytał za wyraz swej woli - przedłużenia związania ofertą, niezależnie od tego, że złożenie gwarancji spełnia również wymóg wydłużenia wadium.

W opinii odwołującego, przyjąć zatem należy, że brak złożenia przez niego oświadczenia - wprost odnoszącego się do przedłużenia terminu związania ofertą w sytuacji, gdy jednocześnie podjął on skuteczne działania mające na celu przedłużenie wadium, powinien być postrzegany jako nieskutkujący wykluczeniem wykonawcy. Brak jest bowiem podstaw do wykluczenia odwołującego w sytuacji, gdy z faktu złożenia aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej wynika jednoznacznie zainteresowanie odwołującego dalszym udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazywał na związek wadium z terminem związania ofertą. Istotą wadium jest zabezpieczenie interesów zamawiającego w okresie związania ofertą. Uznał zatem, że przedłużenie gwarancji wadialnej - jest tożsame z wyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, gdyż w innym przypadku czynność taka byłaby bezcelowa.

Na poparcie swego stanowiska powołał pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 maja 2014 r. (sygn. akt: KIO 871/14) „*sytuację, w której wykonawca złożył zamawiającemu przedłużoną gwarancję wadialną, a nie*

wystosował oświadczenia, w którym deklaruje przedłużenie terminu związania ofertą, kwalifikuje jako dostateczne wyrażenie woli przedłużenia terminu związania ofertą." Wyrok z dnia 28 maja 2007 r. Sądu Okręgowego w Katowicach (...) w którym stwierdzono: „Trzeba bowiem z całą stanowczością podkreślić, że złożenie wadium - w postaci gwarancji bankowej, ważnej do określonego dnia jest jednocześnie wyrazem woli per facta concludentia związania się ofertą do dnia uwidocznionego w gwarancji bankowej."

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 sierpnia 2016 r. i do protokołu rozprawy wnosił o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego. Przy czym obszernie uzasadnił swoje stanowisko przytoczonymi poglądami orzecznictwa. Zamawiający powołując się na treść swego wezwania o zajęcie na piśmie stanowiska w przedmiocie przedłużenia okresu związania ofertą, podnosił że z art. 14 ustawy Pzp wynika, że do czynności zamawiającego i wykonawców stosuje się przepisy K. c., jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Z treści art. 85 ust. 2 zamawiający wywodził, że ustawa Pzp zawiera odrębną regulację od przepisów K. c. w tym zakresie. Oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą jest odrębnym oświadczeniem, od oświadczenia dotyczącego przedłużenie ważności wadium. Podkreślał, że zamawiający spełnił wszystkie wymogi ustawy, było to bowiem pierwsze wezwanie, wystosowane przynajmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, a termin ten upływał 2 lipca 2016 r. i zamawiający wyznaczył termin, do którego okres związania ofertą miał być przedłużony. Powołał się na przepis art. 85 ust. 4 ustawy Pzp ustanawiający warunek przedłużenia okresu związania ofertą jednocześnie z przedłużeniem okresu ważności wadium, a nie odwrotnie. Zaznaczał, że w obrocie profesjonalnym występuje obowiązek podwyższonej staranności. Nawet gdy wadium jest przedłużone, ale oferta nie pozostaje w stanie związania - to wykonawca może np. powiedzieć, że nie opłaca mu się realizować danego zamówienia, bo źle skalkulował cenę oferty i wówczas wykonawca bez żadnych konsekwencji może się wycofać z przetargu. Ponadto obowiązuje zasada równego traktowania wykonawców i inni wykonawcy mogliby kwestionować zaniechanie zamawiającego wykluczenia takiego wykonawcy, który nie przedłużył okresu związania ofertą. Podnosił, że ustawa Pzp jest ustawą szczególną i ma pierwszeństwo zastosowania przed przepisami ogólnymi K. c. Art. 60 K.c. mówi o tym, że ma on zastosowanie z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych. Zamawiający powołał się na treść art. 85 ust. 2 Pzp, że przepis ten stwarza po stronie zamawiającego możliwość wezwania wykonawcy, żeby przedłużył okres związania ofertą, a wykonawca zawsze ma możliwość samodzielnie dbać o swoje interesy i pilnować terminów związania ofertą jeżeli chce nadal uczestniczyć w postępowaniu, chyba, że ma inne zamiary. Zamawiający powołał się na postanowienia art. 74 ust. 4 K. c., mówiącego o odrębnościach formy czynności prawnych w obrocie między przedsiębiorcami.

Przystępujący Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim wnosił o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swego stanowiska podał, co następuje.

„W istocie zarzut Odwołującego się dotyczy zakwestionowania naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 2 PZP oraz art. 60 KC, a zmierza do próby „konwalidacji” braku zgody Odwołującego się na przedłużenie terminu związania ofertą. Ze stanu faktycznego sprawy wynika wprost, że pomimo wezwania przez Zamawiającego w dniu 27.06.2016 r. Odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenia okresu ważności wadium do dnia 1.08.2016 r., Odwołujący się nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a wykonał jedynie część zobowiązania, wynikającego z wezwania Zamawiającego, tj. przedłożył aneks do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium. Odwołujący się sam przyznaje w treści swojego odwołania, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt. 2 PZP zawiera dwie odrębne przesłanki wykluczenia wykonawcy: brak wniesienia wadium oraz brak zgody na przedłużenie związania ofertą. Niekwestionowany przez Odwołującego się jest przy tym element stanu faktycznego, odnoszący się do nie wyrażenia przez Odwołującego się zgody na przedłużenie związania ofertą, pomimo wezwania przez Zamawiającego. Jak wynika z konsekwentnej i jednolitej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, „Oświadczenia o zgodzie na przedłużenie terminu związania ofertą nie może zastąpić przedłużenie okresu ważności wadium. Ustawa P.z.p. w art. 24 ust. 2 pkt 2, jak też w art. 85 ust. 2-4 w sposób nie budzący wątpliwości rozróżnia obie te instytucje. W przedmiotowym stanie faktycznym Konsorcjum C. nie dochoowało należytej staranności nie podejmując działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji uzyskania zamówienia.” (zob. uzasadnienie wyrok KIO z dnia 15.04.2015 r. - KIO 592/15; KIO 598/15; KIO 602/15). W wyroku z dnia 19.03.2015 r. (KIO 456/15) KIO stwierdziła, iż „Czynność przedłużenia ważności wadium nie zastępuje złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. [Podobnie] złożenie też samego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania, bez jednoczesnego przedłużenia ważności wadium jest tak samo nieskuteczne”. Wreszcie, w wyroku z dnia 9.09.2014 r. (KIO 1737/14), KIO wskazała, że „Zamawiający ma prawo wykluczyć nie tylko tego wykonawcę, który będąc do tego wezwanym, nie wyraził wyraźnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, ale również tych wykonawców, którzy nawet bez odrębnego wezwania nie uczynili tego w odpowiednim terminie samodzielnie. Nie sposób podzielić poglądu, że jedynie stanowcze oświadczenie wezwanego wykonawcy, że nie wyraża on zgody na przedłużenie terminu związania ofertą pozwala zamawiającemu wykluczyć tego wykonawcę z udziału w postępowaniu. Wobec nieudzielenia żadnej odpowiedzi na wezwanie go do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu zgodnie z przepisem

art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p". Wbrew stanowisku Odwołującego się, brak jest jakichkolwiek podstaw do posiłkowania się w przedmiotowym stanie faktycznym daleko idącą, rozszerzającą interpretacją, forsowaną przez pełnomocnika Odwołującego się z posiłkowym wykorzystaniem art. 60 KC, już choćby z tej przyczyny, że z uwagi na formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stosowalność przepisów Kodeksu cywilnego nie jest nieograniczona i interpretacje rozszerzające czynności wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą zastępować braku czynności i oświadczeń, wymaganych wprost przez przepisy PZP."

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z postanowień ogłoszenia, SIWZ, oferty wykonawcy: S. J., J., D. Czystość spółka jawna, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z odwołującym, z protokołu postępowania i z zawiadomienia o wyniku przetargu.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynika następujący stan faktyczny.

Ogłoszenie o zamówieniu BZP Nr 126478 z 18.05.2016 r. Sekcja IV.4.5) termin związania ofertą 30 dni od ostatecznego terminu składania ofert.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Rozdział 11. Termin związania ofertą

1. Wykonawca składając ofertę pozostaje nią związany przez okres 30 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, licząc od dnia składania ofert włącznie.

2. Wykonawca samodzielnie lub na wniosek Zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że Zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

3. 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 oferta dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza,

4. Wniesienie środków ochrony prawnej po upływie terminu składania ofert zawiesza bieg terminu związania ofertą do czasu ich rozstrzygnięcia.

Załącznik nr 1 do SIWZ Formularz oferty w punkcie 6 zawierał oświadczenie „Uważamy się za związanych niniejszą ofertą w okresie wymienionym w SIWZ.”

Termin składania ofert upłynął dnia 3 czerwca 2016 r.

Oferty złożyło 5 wykonawców. Odwołujący zaoferował najniższą cenę oraz najdłuższy okres gwarancji według kryteriów oceny ofert.

W dokumentach oferty odwołujący złożył Załącznik nr 1 do SIWZ Formularz oferty w punkcie 6 zawierający oświadczenie: „Uważamy się za związanych niniejszą ofertą w okresie wymienionym w SIWZ.”

Wykonawca złożył ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z 24.05.2016 r. ważną do 02.07.2016 r. na kwotę 4 000,00 zł.

W dniu 27 czerwca 2016 r. zamawiający wezwał odwołującego, jak niżej.

"Na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), Zamawiający zwraca się z prośbą o wyrażenie pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 01.08.2016 r. Jednocześnie informujemy, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą." Zamawiający przesłał odwołującemu to wezwanie - o wyrażenie pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 01.08.2016 r. w formie elektronicznej oraz pisemnie.

Przy piśmie z dnia 29 czerwca 2016 r. zawierającym wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny oferty, odwołujący przesłał aneks nr 1 do załączonej w dokumentach oferty gwarancji wadium - przedłużającej okres jej ważności do dnia 01.08.2016 r.

W powiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania z dn.14 lipca 2016 r. podano: *„5. „Czystość” Sp. j. S. J., J., D. ul. Sławkowska 22, 05-200 Wołomin -Wykonawca wykluczony z postępowania. Wykonawca na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie złożył oświadczenia o jego przedłużeniu. Oświadczenia takiego nie może zastąpić przedstawiony przez wykonawcę aneks do gwarancji wadium. Ponieważ z treści pisma nie wynika, że Wykonawca wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, a ustawa wymaga, by oświadczenie było wyrażone w sposób nie budzący wątpliwości, to zasadne jest uznanie, że wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Z uwagi na powyższe oferta „Czystość” Sp. j. S. J., J., D. . ul. Sławkowska 22, 05-200 Wołomin podlega wykluczeniu na podstawie art.24 ust 2 pkt 2 pzp.”*

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania, skoro powoływał się na interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez bezpodstawne wykluczenie go z postępowania w sytuacji, gdy oferta odwołującego według kryteriów oceny byłaby najkorzystniejsza.

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

Z postanowień SIWZ ustalonych w zgodności z art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wynika, że zamawiający określił termin związania ofertą na 30 dni od dnia składania ofert włącznie. Przepis art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi że wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ. Odwołujący zadeklarował w Formularzu oferty, okres związania ofertą na wymagane 30 dni, a więc termin, w którym oferta odwołującego traciła swój wiążący charakter - pozwalający na dokonanie jej wyboru - minął w dniu 2 lipca 2016r., skoro termin składania ofert upływał w dniu 3 czerwca 2016 r.

W sposób niekwestionowany przed upływem terminu związania ofertą, w dniu 27 czerwca 2016 r. zamawiający wezwał wykonawców, w tym odwołującego, do wyrażenia pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 1 sierpnia 2016 r. Informował, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Powyższe wyczerpywało warunki ustanowione w SIWZ w tej kwestii oraz dyspozycję art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający wystosował omawiane wezwanie do odwołującego w formie elektronicznej i pisemnej.

Nie sposób więc usprawiedliwiać postawy odwołującego, który mając świadomość, że w Formularzu własnej oferty złożył jednoznaczne oświadczenie: „Uważamy się za związanych niniejszą ofertą w okresie wymienionym w SIWZ” - tzn. przez okres 30 dni - zignorował wezwanie zamawiającego.

Takie zaniechanie odwołującego, w ocenie Izby, zamawiający zasadnie uznał za niedopuszczalne w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i wykluczył wykonawcę z postępowania, a ofertę odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznał za odrzuconą.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą. Przepis ten daje wykonawcy także

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 ten termin, podejmuje decyzję o dalszym swoim udziale w postępowaniu przetargowym. Na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym zobowiązanym do działania z podwyższoną starannością zgodnie z art. 355 § 2 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp - ciąży podejmowanie czynności zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - jeżeli tylko nadal wykonawca pozostaje danym przetargiem zainteresowany.

Jak wynika z orzecznictwa sądów okręgowych, wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie może przyjąć postaci zgody dorozumianej - *per facta concludentia*. Zgoda ta musi zostać zamawiającemu zakomunikowana wprost, w sposób bezpośredni. Poglądy takie wyraził: 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, poza ustawowo wyrażoną skutecznością uzależnioną od jednoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium, ustaloną w art. 85 ust. 4 ustawy Pzp.

Mimo ścisłej relacji okresu związania ofertą z zabezpieczeniem oferty wadium - nie można pomijać, że są to dwie odrębne instytucje prawne, realizujące na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - odmienne cele. Wniesienie wadium w myśl art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, przede wszystkim zabezpiecza zamawiającego przed nieuprawnionymi decyzjami wykonawcy - wycofania się z przetargu o zamówienie publiczne, w którym uczestniczy. Zamawiający może skutecznie skorzystać z wadium, np. w przypadku odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, jedynie wówczas, gdy oferta jeszcze wiąże wykonawcę.

Określenie terminu związania ofertą, jest natomiast konstytutywnym elementem oferty, tak na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego - art. 66 K.c., jednoznacznie wyrażonym również w art. 85 ustawy Pzp.

Zauważyć dodatkowo należało, że nie jest wystarczające samo przedłużenie ważności wadium, na co powoływał się odwołujący, przytaczając odosobnione wyroki Krajowej Izby Odwoławczej. Jak wynika z przeważającego orzecznictwa KIO 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

przedłużenia 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 i zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba zważyła, iż prolongata terminu związania ofertą ma zasadnicze znaczenie dla wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, bowiem determinuje dalsze jego uczestnictwo w postępowaniu - jeżeli pierwotny termin związania ofertą dobiega końca, a postępowanie nie zostało jeszcze ostatecznie rozstrzygnięte.

Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ustanawia sankcję dla takiego wykonawcy, który nie zgodził się wprost na przedłużenie okresu związania ofertą - w postaci obligatoryjnego wykluczenia z postępowania.

Termin związania ofertą ma kluczowe znaczenie dla czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - wybór oferty najkorzystniejszej może nastąpić spośród ofert, których autorzy są w chwili wyboru związani treścią zawartych w nich zobowiązań.

Zamawiający jest uprawniony na mocy art. 85 ust. 2 ustawy Pzp do jednokrotnego zwrócenia się do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy niż 60 dni. Związanie przez wykonawcę terminem złożonej przez niego oferty, warunkuje skuteczność wyboru i daje zamawiającemu gwarancję możliwości wyegzekwowania zawarcia umowy na warunkach wskazanych w ofercie, a nie tylko na zasadzie dobrowolnej zgody wykonawcy na zawarcie umowy, po upływie terminu związania ofertą.

Z uwagi na powyższe, zgoda wykonawcy na przedłużenie tego terminu nie może mieć dorozumianego charakteru. Przepisy ustawy Pzp nie dopuszczają innego sposobu przedłużenia terminu związania ofertą, jak tylko jednoznaczne oświadczenie wykonawcy w tym przedmiocie. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter sformalizowany, prowadzone jest w formie pisemnej - jak stanowi zasada przyjęta w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp. Dopuszczalny sposób komunikowania się między zamawiającym a wykonawcą określa art. 27 ustawy Pzp - co ma na celu utrzymanie przejrzystości postępowania oraz zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie zachodzi więc możliwość dokonywania skutecznych czynności uczestnika przetargu publicznego - poprzez fakty dorozumiane i ewentualne wywodzenie z nich zamierzeń wykonawcy. Wprawdzie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców z mocy art. 14 ustawy Pzp stosuje się przepisy K.c., ale tylko wówczas, gdy przepisy Pzp nie stanowią inaczej.

Wskazana powyżej, wspomniana w przepisie art. 85 ust. 2 Pzp, zgoda wykonawcy oznacza, że to wyłącznie od decyzji uczestnika przetargu zależy, czy termin związania złożoną przez niego ofertą ulegnie przedłużeniu. Jednak wyrażając takową zgodę wykonawca zobowiązany jest przedłużyć termin związania ofertą o okres wskazany przez zamawiającego - przepisy art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nie pozostawiają wykonawcy wyboru okresu, na jaki przedłuży termin związania ofertą - wykonawca wyraża zgodę na jego przedłużenie o okres wskazany przez zamawiającego, bądź nie. Inaczej może być w sytuacji, gdy przedłużenie terminu związania ofertą następuje z inicjatywy własnej wykonawcy.

Przytaczane poglądy znalazły odzwierciedlenie w wyroku Izby wydanym w sprawie KIO 2204/10, gdzie wskazano, że: *„Izba stwierdziła także, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, w każdym przypadku nie przedłużenia okresu związania ofertą. Dotyczy to zarówno sytuacji, gdy wykonawca odmawia przedłużenia tego okresu, składając na piśmie oświadczenie tej treści, jak też gdy wykonawca takiej zgody nie wyraża, nie składając stosownego oświadczenia w sytuacji, gdy to zamawiający zwraca się do wykonawców o przedłużenie tego okresu, a także w przypadku, gdy z uwagi na brak takiej inicjatywy ze strony zamawiającego, wykonawca - nie wyraża takiej zgody samodzielnie. Ustawa, zdaniem Izby, stanowiąc o braku zgody - nie ogranicza tej przesłanki do zgody wykonawcy z wniosku zamawiającego, lecz również - mając na uwadze przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp - odnosi się do braku samodzielnie wyrażonej zgody przez wykonawcę. Jednocześnie Izba stwierdza, że na podstawie literalnego brzmienia art. 85 ust.2 Pzp nie można przypisać zamawiającemu obowiązku kierowania do wykonawców wniosku o przedłużenie terminu związania ofertą. Wskazany przepis art. 85 ust.2 Pzp nie formułuje bowiem nakazu, lecz zezwala zamawiającemu na zwrócenie się z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą, ograniczając to uprawnienie do jednorazowego wezwania w ściśle określonym terminie. Izba podkreśla, że uprawnionym do przedłużenia terminu związania ofertą jest także wykonawca, który taką zgodę, co do zasady powinien wyrazić z upływem tego terminu. Izba podkreśla także, że taka zgoda nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być oświadczeniem wykonawcy.”*

Podobnie Izba orzekła w orzeczeniach wydanych w sprawach sygn. akt: KIO 276/14; KIO 302/14: *„Można zastanawiać się także, czy oferta, co do której upłynął bezskutecznie termin związania ofertą [nie wiążąca], nadal jest ofertą, a także czy po upływie tego terminu jest ofertą ważną. Ustawa nie rozstrzyga wyraźnie tej kwestii, przewidując w art. 24 ust. 2 pkt 2 podstawę do wykluczenia wykonawcy, który nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą, a także wykonawcy który nie wniósł wadium na przedłużony termin związania ofertą. Można znaleźć argumenty przemawiające za słusznością każdego z tych stanowisk, niezależnie jednak od przyjętej koncepcji, czy taka sytuacja stanowi podstawę do wykluczenia*

wykonawcy, czy odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy, czy też może taką ofertę należałoby traktować, jako wygasłą wobec upływu terminu związania nią, zamawiający nie ma możliwości rozpatrywania takiej oferty w momencie rozstrzygnięcia postępowania. Zgodzić się jednak trzeba, że formalny wyraz, za pomocą którego zamawiający winien zakomunikować uczestnikom postępowania, że nie brał oferty, co do której wykonawca nie jest związanym, stwarza problemy. Biorąc przy tym, okoliczności sprawy a także obowiązujące w tej mierze regulacje, właściwym wydaje się wykluczenie takiego wykonawcy z postępowania, skoro ustawodawca potraktował w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy kwestie związane z nieprzedłużeniem tego terminu jako kwalifikowane wykluczeniem wykonawcy.”

Izba w tym składzie, reprezentuje również pogląd, zgodnie z którym - oferta wykonawcy, który w przypadku gdy zamawiający skierował do niego wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą, bądź też wykonawca samodzielnie takiego terminu nie przedłużył i nie odmówił wprost przedłużenia okresu związania ofertą - kwalifikuje się do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż jako nie pozostająca w stanie wiążącym - jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, i nie może podlegać wyborowi.

Niezależnie od powyższego, podkreślenia wymaga fakt, że dla skuteczności samego podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego (nie zaś samego wyboru oferty najkorzystniejszej) - zgodnie z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08) - nie jest wymagane trwanie terminu związania ofertą. Jak przesądził to Trybunał Konstytucyjny, dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, ale jedynie wówczas, jeśli wykonawca, którego oferta została wybrana przed upływem tego terminu - nadal wyraża wolę zawarcia umowy z zamawiającym. Nie można pomijać, że zawarcie umowy w takim przypadku uzależnione jest od decyzji wykonawcy, który może nie być zainteresowany zawarciem umowy z zamawiającym, np. w przypadku pozyskania korzystniejszych kontraktów.

Wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp podlega niewątpliwie wykonawca - jak odwołujący, który wezwany przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie oświadczy stanowczo, że wyraża zgodę na przedłużenie tegoż terminu. Tak też orzekł Sąd Okręgowy w Tarnowie (sygn. akt I Ca 495/13).

Wykonawca wezwany ma obowiązek złożenia stanowczego i jednoznacznego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania go złożoną przez niego ofertą. Stanowisko takie zajęła Izba m.in. w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 2651/11: „*brak jednoznacznego oświadczenia wykonawcy (zaniechanie podjęcia czynności) oznacza, że zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą nie została wyrażona*”, czy też w

orzeczeniu o sygn. akt KIO 2572/12, KIO 2573/12: „Kwestia stwierdzenia wystąpienia przesłanki wykluczenia z postępowania nie może pozostawać w sferze domniemania. Brak zgody oznacza, iż wykonawca nie złożył oświadczenia zawierającego zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą lub odmówił zgody.” Podobnie Sąd Okręgowy w Rzeszowie w przywołanym także wyżej wyroku z dnia 21 grudnia 2010 r. wydanym w sprawie VI Ga 240/10, który stwierdził, że „nie może budzić wątpliwości wobec literalnego brzmienia art. 85 ust. 2, iż wykonawca chcąc uczestniczyć w dalszym ciągu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poza terminem określonym jako termin związania ofertą winien złożyć w związku z tym jednoznaczne i nie budzące wątpliwości oświadczenie. Sąd Okręgowy rozpoznający skargę w niniejszym składzie podziela stanowiska wyrażane w dotychczasowym orzecznictwie KIO odnośnie tego, że zgoda taka nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być oświadczeniem wykonawcy (vide m.in. wyrok KIO z dnia 22.03.2010 r. sygn. akt KIO/UZP 267/10, uchwała KIO z dnia 5.05.2010 r. KIO/KD 46/10, wyrok KIO z dnia 14.06.2010 r. KIO/UZP 1021/10)”.

Odwołujący, wobec nieudzielenia żadnej odpowiedzi na wezwanie go do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, zasadnie został wykluczony z udziału w postępowaniu zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a działania zamawiającego znajdowały normatywne wsparcie. Zamawiający występując z wezwaniem dochował wszelkich warunków oznaczonych w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp - było to pierwsze wezwanie o pisemne przedłużenie terminu związania ofertą wystosowane do odwołującego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, wskazywało ono termin, do którego miało nastąpić przedłużenie, i zostało przekazane z odpowiednim wyprzedzeniem. Odwołujący był więc wzywany i na to wezwanie nie odpowiedział. Oświadczenia o zgodzie na przedłużenie terminu związania ofertą nie mogło zastąpić przedłużenie okresu ważności wadium. W przedmiotowym stanie faktycznym odwołujący nie dochował należytej staranności, nie podejmując działań zmierzających do utrzymania swego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji możliwości uzyskania zamówienia.

Postępowanie dowodowe przeprowadzone w sprawie nie potwierdziło zasadności zarzutów odwołującego, że zamawiając naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w związku oraz art. 60 K.c. poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą złożoną w toku postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Na podstawie § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 567,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....