

WYROK

z dnia 20 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 8 listopada 2017 r. przez **T. Z. M. O. S.A., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w K., ul. (...)** przy udziale wykonawcy **P. H. P. Sp. z o.o., ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.**
2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w K., ul. (...)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **T. Z. M. O. S.A., ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w K., ul. (...)** na rzecz **T. Z. M. O.**

S.A., ul. (...) kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w K. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę materiałów opatrunkowych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 584896-N-2017.

W dniu 8 listopada 2017r. Odwołujący - T. Z. M. O. S.A. złożył odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P. H. P. Sp. z o.o. w zakresie pakietu nr 1. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp przez nieuzasadnione wybranie oferty P. H. P. Sp. z o.o. w zakresie pakietu nr 1. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1 oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 3 listopada 2017r. Zamawiający poinformował o wybraniu w zakresie pakietu nr 1 oferty P. H. P. sp. z o.o., gdyż w ocenie Zamawiającego jest to jedyna ważna oferta w postępowaniu. Zamawiający pominął ofertę Odwołującego, wskazując, że Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą a termin ten upłynął w dniu 18 października 2017r. Odwołujący, nie zgadzając się z takim rozstrzygnięciem wskazał, że po pierwsze - do braku przedłużenia przez Odwołującego terminu związania ofertą przyczynił się sam Zamawiający, który nie wezwał Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

Po drugie, Odwołujący niezwłocznie po spostrzeżeniu faktu upływu terminu związania ofertą, w dniu 3 listopada 2017 r. (lecz jeszcze przed otrzymaniem od Zamawiającego informacji o rozstrzygnięciu przetargu) samodzielnie przedłużył termin związania ofertą. Od tego momentu Odwołujący jest więc ponownie związany ofertą złożoną w niniejszym postępowaniu. Po trzecie, nawet gdyby Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą, nie uprawniałoby to Zamawiającego do pominięcia oferty Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, zgodnie z przywołanym w uzasadnieniu odwołania orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający nie był uprawniony do pominięcia oferty Odwołującego. Zwłaszcza, że Odwołujący był i jest gotowy do zawarcia umowy na warunkach złożonej oferty. Wyrazem tej gotowości było m.in. wniesienie w niniejszym postępowaniu poprzedniego odwołania w dniu 20 października 2017 r. (sygn. akt KIO 2195/17, uwzględnionego w całości przez Zamawiającego), jak również samodzielne przedłużenie terminu związania ofertą w dniu 3 listopada 2017 r.

Po czwarte, Odwołujący podniósł, że gdyby upływ terminu związania ofertą skutkował koniecznością pominięcia oferty nawet w razie późniejszego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą, to wykonawca P. H. P. sp. z o. o. przedłużył termin związania ofertą dopiero w dniu 19 października 2017 r., czyli już po upływie pierwotnego terminu związania ofertą. Pierwotny termin związania ofertą upływał bowiem w dniu 18 października 2017 r., co przyznał sam Zamawiający w swoim piśmie z dnia 3 listopada 2017 r. informującym o rozstrzygnięciu przetargu. Gdyby więc upływ terminu związania ofertą skutkował koniecznością pominięcia oferty nawet w razie późniejszego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą, to Zamawiający powinien był pominąć również ofertę P. H. P. sp. z o. o.

Reasumując, Odwołujący wskazał, że dokonany przez Zamawiającego wybór oferty P. H. P. sp. z o. o. narusza art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i pozostaje w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, bowiem narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W pkt X.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający podał, że termin związania ofertą wynosi 30 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Termin składania i otwarcia ofert został wyznaczony na 19 września 2017r., zatem 30 - dniowy termin związania ofertą upływał dnia 18 października 2017r.

W dniu 16 października 2017r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P. H. P. sp. z o.o. i odrzuceniu oferty Odwołującego – T. Zakładów M. O. S.A. (TZMO). Czynność ta stała się przedmiotem odwołania wniesionego w dniu 20 października 2017r. przez T. Z. M. O. S.A. Postanowieniem z dnia 30 października 2017r. Krajowa Izba Odwoławcza na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania i braku wniesienia sprzeciwu umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o Sygn. akt KIO 2195/17.

W wyniku ponownej oceny ofert, w dniu 3 listopada 2017r., Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P. H. P. sp. z o.o. W uzasadnieniu wskazał, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Termin związania oferty złożonej przez TZMO upłynął w dniu 18 października 2017r. Wykonawca nie złożył Zamawiającemu stosownego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, wobec czego wybrana oferta jest jedyną ważną ofertą w postępowaniu. Informacja o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana wykonawcom za pośrednictwem faxu

w dniu 3 listopada o godz. 14:39 (P. H.) i 14:41 (TZMO). – dowód transmisji faxu w aktach sprawy. W dniu 3 listopada o godz. 15:10 do Zamawiającego wpłynął fax, w którym T. Z. M. O. S.A. oświadczają, że przedłużają termin związania o 30 dni. (dowód w aktach).

Wskazać także należy, że w dniu 19 października 2017r. o godz. 11.03 wpłynęło do Zamawiającego w formie elektronicznej oświadczenie P. H. P. Sp. z o.o. o przedłużeniu terminu związania ofertą o 30 dni. (pismo z dnia 18 października 2017 r. wraz potwierdzeniem jego przekazania w aktach sprawy).

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, wyrażonego w piśmie procesowym z dnia 20 listopada 2017r, złożonym do akt sprawy, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, bowiem zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Katalog podmiotów uprawnionych do skorzystania z środków ochrony prawnej jest określony w art. 179 ust. 1 i są nimi: wykonawcy, uczestnicy konkursu a także inne podmioty, jeżeli mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogły ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący niewątpliwie należy do kręgu podmiotów uprawnionych do skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. Jest wykonawcą, który złożył ofertę, ubiegał się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego i ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego. Ponadto na skutek podnoszonych w odwołaniu działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania danego zamówienia publicznego. Okoliczności te świadczą o tym, że Odwołujący jest nie tylko uprawniony do złożenia odwołania, ale także spełnione zostały przesłanki materialnoprawne skorzystania z środka ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 85 ust. 1 i ust. 2 Pzp wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. 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.

Termin związania ofertą to okres, w jakim złożona przez wykonawcę oferta jest dla niego wiążąca. Przepisy Pzp, odmiennie niż przepisy kodeksu cywilnego (art. 66§1 i 2 kc), przewidują, że to nie wykonawca składając ofertę wskazuje termin, w którym oczekuje odpowiedzi, ale zamawiający określa okres trwania związania ofertą. Okres związania ofertą chroni zamawiającego, bowiem przyznaje mu prawo przyjęcia oferty i żądania zawarcia umowy na warunkach w niej określonych. Z drugiej strony jest to okres, w którym wykonawca musi pozostawać w gotowości do zawarcia umowy i z tego względu uznaje się, że chroni on wykonawcę przed koniecznością utrzymywania oferty w niejednokrotnie przedłużającym się postępowaniu o zamówienie publiczne.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 a Pzp, dodanym nowelizacją z dnia 13 lipca 2016r. (Dz.U. 2016 poz. 1020), Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą. Jednocześnie wskazaną nowelizacją wykreślono art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, który przewidywał wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Z przywołanego wyżej przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp wynika, że negatywny skutek w postaci odrzucenia oferty wykonawcy może nastąpić jedynie w sytuacji, gdy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W pozostałych sytuacjach tj. braku samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą czy też upływu terminu związania ofertą ustawodawca nie przewidział żadnych konsekwencji prawnych w postaci odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO przepisów sankcyjnych, do jakich bez wątplenia należy przepis art. 89 Pzp zawierający zamknięty katalog przesłanek odrzucenia oferty, nie można interpretować w sposób rozszerzający.

W tym zakresie przywołać należy orzecznictwo sądów powszechnych, które co prawda zapadło na gruncie poprzedniego stanu prawnego, ale zachowuje ono pełną aktualność na gruncie obowiązujących przepisów. W wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z 17.01.2014 r., Sygn. akt IX Ga 392/13, podkreślono, że „nie ma podstaw by, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, przyjąć, że nieprzedłużenie związania ofertą w sytuacji braku wezwania przez Zamawiającego, było równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego. Zamawiający może wykluczyć z postępowania na tej podstawie Wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co oznacza, że Zamawiający musi wykazać, że występował do Wykonawców o przedłużenie tego terminu. Dopiero brak zgody Wykonawcy bądź

nieprzedłużenie tego terminu przez Wykonawcę na wyraźne wezwanie Zamawiającego powoduje, że powstają przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Brak zgody w myśl powołanego przepisu musi być wyraźny, tak by możliwe było jednoznaczne zinterpretowanie zachowania Wykonawcy, czy to w postaci złożenia oświadczenia woli czy też określonego działania bądź zaniechania (art. 60 KC)". Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Rzeszowie z 16.02.2011 r., w wyroku o Sygn. akt VI Ga 192/10, w którym sąd uznał, że upływ terminu związania ofertą w żadnym przypadku, sam przez się, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i nie stanowi to przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy.

W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający zdaje się dostrzegać, że w sytuacji upływu terminu związania ofertą i braku samodzielnego przedłużenia tego terminu przez wykonawcę przepisy Pzp nie przewidują negatywnego skutku w postaci odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy. Stąd Zamawiający podjął decyzję o „pominięciu” oferty Odwołującego i uznał, że jedyną ważną ofertą jest oferta P. H. P. Sp. z o.o. Podkreślić jednak stanowczo należy, że instytucja „pominięcia” oferty nie jest znana ani przepisom prawa zamówień publicznych ani przepisom kodeksu cywilnego. Po upływie terminu związania oferta nadal pozostaje ofertą ważną, może być przez zamawiającego oceniona i wybrana jako najkorzystniejsza, szczególnie w sytuacji – jaka ma miejsce w tym postępowaniu - gdy wykonawca nadal deklaruje chęć zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie. Jedyną różnicą jest taka, że z uwagi na upływ terminu związania ofertą wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy pod rygorem utraty wadium.

W tym miejscu przywołać należy także orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie w wyroku z dnia 16 lipca 2014 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygnaturą akt XXIII Ga 924/14, sąd wskazał, że z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów Pzp, należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Podobnie Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku o Sygn. akt XIII Ga 379/12 uznał, że „celem związania ofertą jest umożliwienie dochodzenia przez zamawiającego spełnienia zobowiązania zawartego w ofercie wykonawcy. Służy to więc głównie zabezpieczeniu interesów zamawiającego, a nie wykonawcy (...) Po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą jednakże różnicą że działania zgodne z jej treścią (czyli zawarcie umowy na warunkach w ofercie oznaczonych) zależne jest już wyłącznie od suwerennej decyzji wykonawcy”.

W konsekwencji, w ocenie Izby upływ terminu związania ofertą oznacza jedynie, że po stronie wykonawcy nie ma obowiązku zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie, nie oznacza to jednak że w sytuacji, gdy istnieje zgodna wola stron nie może dojść do

zawarcia umowy. W analizowanym stanie faktycznym działania Odwołującego w toku postępowania o zamówienie publiczne, w tym złożenie odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 16 października, złożenie w dniu 3 listopada oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą i w końcu złożenie niniejszego odwołania, świadczą w sposób jednoznaczny o woli wykonawcy do dalszego podtrzymywania warunków złożonej oferty i zawarcia umowy.

Odwołując się do wykładni historycznej przepisów Pzp, zauważyć należy, że pogląd, iż wykonawca musi pozostawać związany ofertą w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej był oparty na gruncie uchylonego nowelizacją z dnia 8 września 2008r. (Dz.U. 171, poz. 1058) art. 94 ust. 1a Pzp, zgodnie z którym umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta po upływie terminu związania ofertą, jeżeli zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty przed upływem terminu związania ofertą, a wykonawca wyraził zgodę na zawarcie umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie. Przywołany przepis, obligujący do przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przed upływem terminu związania ofertą nie znajduje swojego odpowiednika w aktualnie obowiązujących przepisach ustawy Pzp. Skoro sam ustawodawca zrezygnował z tego wymagania, oznacza to, że dopuszczalny jest wybór oferty najkorzystniejszej także po upływie terminu jej związania, jeśli wykonawca nadal wyraża chęć zawarcia umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie.

W konsekwencji, niezadany jest stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający winien także pominąć przy ocenie ofertę wykonawcy P. H. P. sp. z o.o. W analizowanej sytuacji, nie doszło do przerwania biegu terminu związania ofertą, bowiem wykonawca w dniu 19 października 2017r. złożył do Zamawiającego oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, który upłynął w dniu 18 października. Termin związania ofertą liczony jest w dniach i przedłużenie tego terminu przez wykonawcę w dniu 19 października oznacza, że nie było dnia, w którym wykonawca nie byłby związany swoją ofertą.

Wskazać także należy, że orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2016r. sygn. akt KIO 2206/16, na które powoływał się w toku postępowania odwoławczego Zamawiający zapadło na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów ustawy sprzed nowelizacji, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016r.

Przywołane orzeczenie nie uwzględniało także najnowszego stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wyrażonego w postanowieniu z 13 lipca 2017 r. wydanym w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i S. K. sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w P., ECLI:EU:C:2017:557. Trybunał Unii Europejskiej zwrócił uwagę, że „wskutek występujących od wielu lat sporów dotyczących upływu terminu

związania ofertą, polskie orzecznictwo wypracowało dwie równoległe linie, co spowodowało brak pewności prawnej zarówno dla wykonawców, jak i zamawiających. W tej sytuacji Trybunał Sprawiedliwości UE kategorycznie stwierdził, że jeżeli wykluczenie wykonawcy z postępowania ze względu na upływ terminu związania ofertą nie było wyraźnie przewidziane w ustawie ani w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to zasady równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej”

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: