

WYROK
z dnia 12 grudnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Justyna Tomkowska**
 Klaudia Szczytowska-Maziarz
 Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2014 roku przez wykonawcę **O. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe C.E.G. O. P. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka z siedzibą w Bydgoszcy**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **O. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe C.E.G. O. P. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **O. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe C.E.G. O. P. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **O. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe C.E.G. O. P. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka z siedzibą w Bydgoszcy** kwotę **3 500 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

W dniu 28 listopada 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo Zamówień Publicznych (tekst jedn.; Dz. U z 2013 r. poz. 907, dalej „ustawa PZP”), odwołanie złożył wykonawca O. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe C.E.G. O. P. z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej 207 000 euro na podstawie ustawy PZP na dostawę materiałów eksploatacyjnych utrzymania czystości prowadzi Zamawiający Centrum Onkologii Im. Prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy PZP polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP pomimo tego, że nie wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego określone w tym przepisie,
2. wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP, pomimo braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z uwagi na to, że nie wystąpiły przesłanki określone w powołanym powyżej przepisie uprawniające Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty firmy Dabex - Bydgoszcz Sp. z o.o., pomimo tego, że oferta tej firmy była niezgodna z SIWZ i podlegała odrzuceniu, zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy PZP,
- 4 niezachowaniu zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie odrzucenia firmy Dabex jako niezgodnej SIWZ,
- 5 dokonaniu wyboru oferty po bezprawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, co powoduje, iż postępowanie obarczone jest wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę materiałów eksploatacyjnych do utrzymania czystości.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie przepisów prawa materialnego oraz naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy tj.:

1. art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy PZP poprzez przyjęcie, że nieprzedłużenie terminu związania ofertą w sytuacji braku wezwania do takiego przedłużenia ze strony Zamawiającego jest tożsame w skutkach z brakiem wyrażenia przez Odwołującego zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie Zamawiającego i stanowi przesłankę do

wykluczenia wykonawcy z postępowania, podczas gdy wniosek taki nie wynika z powyższego przepisu oraz jest sprzeczny z jego wykładnią literalną i celowościową,

2. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności,

3. art. 85 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na:

a) błędnym przyjęciu, że obowiązek przedłużenia terminu związania ofertą w sytuacji braku wezwania do dokonania tej czynności przez Zamawiającego obciąża wyłącznie Wykonawcę, podczas gdy z wykładni systemowej i celowościowej powyższych przepisów wynika, że Zamawiający jako podmiot odpowiedzialny za profesjonalne przeprowadzenie postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zobowiązany jest zwrócić się do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,

b) niewystąpieniu przez Zamawiającego do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą,

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Dabex - Bydgoszcz Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ,

5. art. 94 ust 1 a contrario ustawy Pzp poprzez uznanie, że nie jest możliwy wybór najkorzystniejszej oferty po upływie terminu związania ofertą, podczas gdy możliwość taka istnieje,

6. art. 91 ust 1 w związku z art. 92 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że zamawiający prawidłowo nie dokonał wyboru oferty Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas, gdy z uwagi na fakt, iż brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to złożona przez niego oferta winna podlegać ocenie i badaniu w przedmiotowym postępowaniu,

7. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie odrzucenia firmy Dabex - Bydgoszcz Sp. z o.o. jako oferty niezgodnej z SIWZ.

Powyższe doprowadziło do bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, a co za tym idzie do wyboru oferty znacznie przewyższającej wartość oferty Odwołującego i która nie była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Narusza to interes prawny Odwołującego, albowiem oferta Odwołującego spełniała wymagania SIWZ i była ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych ofert i miała szansę zostać wybraną, gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy PZP.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego przez Zamawiającego oraz unieważnienia odrzucenia jego oferty;
2. dokonania czynności odrzucenia oferty firmy Dabex - Bydgoszcz Sp. z o.o. z postępowania jako oferty niezgodnej z SIWZ;
3. powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem ofert Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o zakończeniu postępowania na dostawę materiałów eksploatacyjnych do utrzymania czystości pismem z dnia 24 listopada 2014 r. przesłanym za pośrednictwem faxu oraz tym samym powiadomił Odwołującego o wyborze jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Dabex - Bydgoszcz Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy PZP z powodu nie wyrażenia zgody przez Odwołującego na przedłużenie okresu związania z ofertą.

Zamawiający jako powód wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania powołuje się na art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, że Odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w toku prowadzonego postępowania nie zwrócił się do wykonawców, w tym do Odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Tym samym wykluczenie Odwołującego z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP jest bezpodstawne i nie znajduje uzasadnienia faktycznego i prawnego, a czynność Zamawiającego w tym zakresie jest niezgodna z przepisami ustawy PZP, przez co w konsekwencji Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Spowodowało to, że oferta Odwołującego nie została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym Zamawiający poprzez naruszenie przepisów ustawy naraża Odwołującego na możliwość poniesienia szkody.

Nie sposób bowiem zgodzić się z twierdzeniem, że w sytuacji, w której Zamawiający nie wzywa wykonawcy do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, to wykonawca ma obowiązek samodzielnego jej przedłużenia, tj. wyrażenia zgody w tym zakresie. Obowiązek ten nie wynika z żadnego z obowiązujących przepisów ustawy Pzp. Przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp w części dotyczącej upływu terminu związania ofertą wskazuje co prawda na inicjatywę wykonawcy w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą, stanowiąc, że wykonawca może samodzielnie lub na wniosek zamawiającego dokonać przedłużenia związania ofertą. Nie przerzuca to jednak na niego obowiązku w tym zakresie. Zgodnie bowiem z dalszą częścią przepisu art. 85 ust. 2 ustawy PZP 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 niż 60 dni . Zatem w sytuacji, gdy to zamawiający jest inicjatorem przedłużania terminu związania ofertą, to on powinien najpierw zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody w tym zakresie. Argumentem potwierdzającym takie stanowisko jest to, że o ile wykonawca może przedłużyć termin związania ofertą samodzielnie, o tyle, gdyby chciał tego zamawiający, to wówczas musi wystąpić w tym zakresie z wnioskiem do wykonawcy, a więc zwrócić się do niego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Przyjęcie bowiem odmiennej interpretacji prowadziłoby do akceptowania negatywnej z punktu widzenia zasad postępowania o zamówienie publiczne, praktyki przerzucania na wykonawców obowiązków związanych z prowadzeniem postępowania publicznego, które to obowiązki spoczywają na zamawiającym jako gospodarzu tego postępowania. Powyższe potwierdza stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 2 sierpnia 2010 r., w świetle którego *„wystąpienie do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą jest uprawnieniem zamawiającego, nie zaś obowiązkiem. Jednakże, jeśli upływ terminu związania ofertą nastąpił w toku prowadzonej przez zamawiającego procedury, a postępowanie nie zostało przez zamawiającego w tym terminie rozstrzygnięte, zamawiający ma obowiązek w świetle przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zwrócić się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą”* (Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2010 r., KIO 1469/10). Dodatkowo w tym kontekście wskazać należy na przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z którego treści wynika, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania i on jest odpowiedzialny za profesjonalne i sprawne jego przeprowadzenie. Zaś przerzucenie odpowiedzialności na wykonawcę prowadzić może do stanowiska zgoła odmiennego świadczącego o braku profesjonalizmu Zamawiającego w tym zakresie .

Odwołujący przywołał także stanowisko Sądu Okręgowego w Rzeszowie (wyrok z dnia 16 lutego 2011r. wydany w sprawie sygn. akt VI Ga 192/10), który wskazuje , że: *„Zamawiający odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne przeprowadzenie postępowania przetargowego. Przedłużenie terminu związania oferta leży w interesie zamawiającego, to on bowiem dzięki temu ma pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu (...) albo zamawiający z możliwości przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 skorzysta chcąc zapewnić sobie pewność co do aktualności treści oferty i w przypadku braku zgody na przedłużenie okresu zawiązania oferta otworzy sobie możliwość wykluczenia oferenta - na zasadzie art. 24 ust 2 pkt 2, albo też zaniehbując upływ przedmiotowego terminu pozbawi się możliwości jego wykluczenia, a tym samym uznania oferty takiego wykonawcy za odrzuconą. .Art 24 ustawy Pzp stanowi bowiem katalog zamknięty, a ze względu na charakter zawartego w nim uregulowania wykluczonym jest jakakolwiek rozszerzająca jego interpretacja”*.

W tej sytuacji uznać należy, że w celu zapewnienia możliwości realizacji celu postępowania o zamówienie publiczne, zamawiający powinien wezwać wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą zgodnie z art. 85 ust.2 ustawy Pzp. Pomimo takiego obowiązku Zamawiający tego nie uczynił, co stało się tym samym podstawą do bezprawnego wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego. Zatem Wykonawca przedłużył termin związania ofertą przez wyrażenie zgody na wniosek zamawiającego lub samodzielnie, składając stosowne oświadczenie. Z brakiem zgody ustawodawca wiąże skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. 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 (tak: wyrok KIO z dnia 7grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2572/12.)

W świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wykluczyć z postępowania można wyłącznie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą co oznacza, że Zamawiający wyklucza takiego wykonawcę jedynie w sytuacji, gdy wystąpił do niego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a co za tym idzie zamawiający musi wykazać, że występował do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Dopiero brak złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody wykonawcy bądź też złożenie oświadczenia o nieprzedłużeniu tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie zamawiającego powoduje, że istnieją przesłanki do jego wykluczenia z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji bezczynności i zaniechania zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. 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. W przypadku zaś kiedy nikt wykonawcy nie o taką zgodę nie pytał, tak jak to miało miejsce w przypadku Odwołującego, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody, nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą. Przesłanek wykluczenia z postępowania nie można interpretować rozszerzająco, ponieważ w swych skutkach prowadzą do wyeliminowania wykonawców z postępowania i uniemożliwiają im uzyskania zamówienia (tak wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2010r., sygn. akt KIO 1469/10.)

Gdyby ustawodawca chciał, aby podstawa wykluczenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. 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 to 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 ustawy. 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 wpływ 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 (tak: wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 124/13.)

Mając powyższe na uwadze wskazano, że z uwagi na to, że Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminów związania ofertą, tym samym brak było podstaw do wykluczenia go przez Zamawiającego z postępowania, a następnie do odrzucenia jego oferty. Czynności dokonane przez Zamawiającego w tym zakresie naruszają przepisy ustawy PZP i miały istotny wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Zamawiający zatem rażąco naruszył przepisy ustawy PZP, w szczególności art. 24 ust. 2 pkt 2, w każdym z aspektów wyżej podanych, przez co oferta Odwołującego uległa odrzuceniu a Odwołujący został wykluczony z postępowania. W innym razie podlegałaby ocenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia i mogłaby skutkować wyborem jego oferty, jako oferty najkorzystniejszej.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, że w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie oferty, której termin związania upłynął, a okoliczność braku złożenia samodzielnego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą o dodatkowy czas, nie może stanowić podstawy wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza również stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 2 kwietnia 2013 r. W wyroku tym KIO wskazała, 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 (...) realizując wolę swojego udziału w postępowaniu”*. (...)Wskazuje się również, że 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(...). A zatem, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jest na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczalne” (tak: wyrok z dnia 2 kwietnia 2013r., sygn. akt KIO 655/13).

Tymczasem Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty w dniu 24 listopada 2014 r., tj. po upływie terminu związania ofertą, który upłynął w dniu 22 listopada 2014 roku (sobota). Tym samym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej dwa dni po terminie związania ofertą. Nie wystąpienie przez Zamawiającego do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą skutkowało zaś wyborem oferty znacznie przewyższającej ofertę Odwołującego. Gdyby bowiem Zamawiający wziął Ofertę Odwołującego pod uwagę w trakcie dokonywania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej podlegałaby ona ocenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia i mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Wątpliwości co do prowadzenia przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania zgodnie z przepisami ustawy PZP budzi również fakt, że aby Zamawiający mógł ogłosić wynik postępowania w poniedziałek tj. 24.11.2014 r., musiał przynajmniej zacząć rozpatrywać i oceniać oferty pod kątem najkorzystniejszej już w ostatnie dni pracujące tygodnia poprzedzającego tj. w czwartek i piątek, tj. 17 -18.11.2014 r. Nie bez znaczenia w tym kontekście pozostaje również fakt, że skoro Zamawiający wezwał wykonawców do złożenia próbek, to miał na celu dokładne ich przeanalizowanie, jak również całych złożonych ofert, czego prawdopodobnie nie udało mu się dokonać w ciągu jednego dnia pracującego. Zadziwiające jest zatem to, że Zamawiający, który to powinien prowadzić postępowanie w sposób profesjonalny, przeoczył tak ważny fakt jakim jest wezwanie wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, mając świadomość, że nie zdąży podać informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w wyznaczonym przez niego pierwotnym terminie związania ofertą. Natomiast już w poniedziałek 24.11.2014 r. ok. godz. 14,00 Zamawiający przekazał Odwołującemu oraz pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, informację o wyniku postępowania, przy czym nie można w tym zakresie pominąć faktu, że zarówno przygotowanie tej informacji od strony merytorycznej, jak i formalnej (choćby zebranie podpisów) wymagało określonego czasu.

Działania Zamawiającego zatem naruszają interes Odwołującego, ponieważ jego oferta miała szansę zostać wybraną jako najkorzystniejszą spośród złożonych ofert, gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy PZP.

Niezależnie od przedstawionej wyżej argumentacji wskazano, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc wydatkowanie pieniędzy publicznych w sposób racjonalny

i celowy, przejawiające się w uzyskaniu za jak najniższą cenę ekwiwalentu w postaci towaru lub usługi (tak: Wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16.02.2011 r., sygn. akt: VI Ga 192/10.) Także w wyroku KIO z dnia 5 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 124/13 Izba wskazuje jednoznacznie, że „*celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie z wybranym wykonawcą umowy o zamówienie publiczne, a także że w interesie zamawiającego powinno leżeć sprawne wyłonienie wykonawcy który złożył najkorzystniejszą ofertę i udzielenie mu zamówienia. W ocenie składu orzekającego, 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, a 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. Izba uznała, że 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 ust. 1 ustawy 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. Izba, odnosząc się do ewentualnych skutków prawnych braku związania ofertą przez wykonawcę stwierdziła, że ustawa Pzp, nie zawiera przepisu, który wprost stanowiłby o tym, że wybór oferty, co do której wykonawca nie posiada aktualnego oświadczenia o związaniu jej treścią jest nieważny, a umowa zawarta z takim wykonawcą jest nieważna lub podlega unieważnieniu. Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje bowiem 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 - 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”. KIO podkreśliła, że nie można mówić o braku zgody odwołującego na przedłużenie związania ofertą, która mogłaby skutkować jego wykluczeniem, albowiem zamawiający z takim wnioskiem do wykonawców w ogóle nie wystąpił i tym samym wykonawców o taką zgodę nikt nie pytał.*

Wskazać należy, że skoro z przepisu art. 94 ust 1 a contrario wynika możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania oferta, co

po Wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r., wydanego w sprawie oznaczonej sygnatura akt SK 22/08, jest niekwestionowane, to analogicznie z tego przepisu wywodzić należy możliwość wyboru oferty po upływie terminu związania tą ofertą. Podobnie Izba orzekła w wyroku z dnia 23 marca 2012 r., sygn. akt KIO 467/12 i 483/12, wskazując, iż *„Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nawet po upływie terminu związania ofertą, wobec braku w art. 89 ust. 1 Pzp, przesłanki pozwalającej na odrzucenie oferty z tego powodu, nie ma podstaw do nie rozpatrywania takiej oferty”*. A także w ślad za wyrokiem z 17 stycznia 2013 sygn. Akt IX Ga 392/13.

Uzasadniając powyższe wskazać należy, że żaden z obowiązujących przepisów ustawy Pzp, nie daje podstaw do twierdzenia, że nie jest możliwe rozpatrywanie, ocena i wybór oferty, w tym podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku, gdy upływie termin związania ofertą, po upływie terminu związania ofertą, oferta nadal pozostaje ofertą (...). Skoro zatem żaden przepis ustawy nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który nie jest już związany swoją ofertą, to nie ma podstaw, aby nie dokonywać oceny takiej oferty. W takiej sytuacji zamawiający, na którym ciąży obowiązek wybrania oferty najkorzystniejszej według kryteriów określonych w SIWZ powinien wystąpić do takiego Wykonawcy z zapytaniem, czy jest gotowy mimo braku związania ofertą zawrzeć umowę na warunkach wskazanych w ofercie. Gotowość wyrażona przez wykonawcę obliguje zamawiającego do zawarcia umowy jeśli oferta ta jest najkorzystniejsza. Powyższe stanowisko można znaleźć m.in. w uchwałach z dnia 2 listopada 2012 r., sygn. akt KIO/KD 85/12 i z dnia 24 maja 2011 r., sygn. akt KIO/KD 44/11.

Nie sposób także zwrócić uwagi na fakt, iż Zamawiający nie zastosował się do przepisów ustawy Pzp i przeprowadził przedmiotowe postępowanie w sposób uchybiający zasadom ustawy, o której mowa, bowiem zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp winien przeprowadzić owo postępowanie poprzez zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Tymczasem wykluczenie wszystkich wykonawców z postępowania oraz odrzucenie ich oferty i pozostawienie tylko jednej oferty firmy Dabex - Bydgoszcz Sp. z o.o. , który jako jedyny spośród wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak poinformował Odwołującego telefonicznie Zamawiający, wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, stanowi przejaw naruszenia zasad uczciwej konkurencji i zasad równego traktowania.

Ponadto wskazać należy, że gdyby działania Zamawiającego były zgodne z przepisami, powinny doprowadzić do odrzucenia oferty firmy Dabex - Bydgoszcz Sp. z o.o. jako niezgodnej ze SIWZ. Oferta tejże firmy znacznie odbiega od wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

W toku postępowania przetargowego w odpowiedziach na pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ, Zamawiający przekazał jasne wyjaśnienia i wskazówki co do wymogów zaoferowanych próbek. I tak na pytanie: Grupa 1 pozycje: 17, 19 i 20

Czy zaoferowane mopy mogą posiadać wszywane elementy czy muszą być w całości tkane? Czy wymagany jest nadruk w kolorze czarnym zawierający nazwę mopa, nr artykułu, temperatury prania i datę produkcji a temperatura suszenia to 110?

Zamawiający udzielił jednoznacznej odpowiedzi podając, że: Mopy winne być w całości tkane, z warstwą mikrofazy na zewnątrz mopa (dotyczy poz. 19,20) oraz posiadać nadruk w kolorze czarnym zawierający następujące informacje: nazwę mopa, nr artykułu, temperaturę prania minimum 95 °C, datę produkcji, temperaturę suszenia minimum 110 °C.

Tymczasem z informacji uzyskanych podczas otwarcia ofert przez przedstawiciela Odwołującego oraz podczas oględzin próbek zaoferowanych przez pozostałych wykonawców stwierdzono, że mopy firmy Dabex Bydgoszcz Sp. z o.o. nie spełniały wyżej wskazanych wymogów Zamawiającego gdyż:

- 1) mop z poz. 19 na zewnętrznych krawędziach posiadał elementy szyte tj. frędzle wykonane z przędzy były do podstawy mopa doszyte, wbrew temu czego Zamawiający wymagał;
- 2) próbki mopów posiadały nadruk w kolorach czarnym i niebieskim, podczas gdy Zamawiający wymagał zgodnie z SIWZ nadruków w kolorze czarnym;
- 3) mopy nie posiadały wszystkich wymaganych przez zamawiającego informacji, a w szczególności temp. suszenia oraz daty produkcji.

Odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego na pytania zadane do SIWZ, stwarzają Zamawiającemu możliwość doprecyzowania wymaganego produktu i takiego wyjaśnienia opisu przedmiotu zamówienia, by nie podlegał on żadnej wątpliwości i nie powodował różnych jego interpretacji. Zamawiający zatem w powyżej podanej odpowiedzi jasno podał opis przedmiotu zamówienia i doprecyzował ów opis. Tymczasem próbka mopa przesłana przez Dabex - Bydgoszcz Sp. z o o.o. do Zamawiającego nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, doprecyzowanej w odpowiedziach na pytania zadane do SIWZ przez wykonawców.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że w formularzu cenowym wykonawca Dabex - Bydgoszcz Sp. z o.o., której to ofertę ostatecznie Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą brak było podanych nazw producenta, pomimo tego, że zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał podania tych informacji. Jak słusznie zauważył Zespół Arbitrów w wyroku Zespołu Arbitrów z dn. 2005-01-28 UZP/ZO/O- 121/05 „*SIWZ w postępowaniu o zamówienie publiczne tworzona jest przez zamawiającego po to, aby otrzymał w wyniku zamówienia dobra lub usługę, które odpowiadać będą ściśle jego potrzebom.. Wykonawca nie może domyślać się, jakie parametry dobro lub usługa ma spełniać — one winny wynikać w sposób*

jednoznaczny ze specyfikacji. Specyfikacja ma chronić interes Zamawiającego i gwarantować mu, iż otrzyma towar, który rzeczywiście był przedmiotem zamówienia. Specyfikacja również ma chronić interes prawny wykonawcy, iż jego oferta, jeżeli będzie najkorzystniejsza zostanie wybrana w przetargu. Zamawiający po otwarciu ofert nie może oceniać ich w sposób dowolny, ale tylko w taki jaki podał w specyfikacji. Zamawiający nie powinien również oceniać oferty w kategorii zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami - w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen, co narusza art. 7 ustawy Pzp". Ponieważ wybrana przez Zamawiającego oferta Dabex - Bydgoszcz Sp. z o.o. nie spełnia postanowień SIWZ, a tym samym jest niezgodna z treścią SIWZ, powinna zostać odrzucona, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP. Gdyby zatem Zamawiający kierował się dobrem i celowością przedmiotowego postępowania, dokonałby rzetelnej oceny tejże oferty, co skutkowałoby odrzuceniem jej jako niezgodnej z SIWZ. Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP jest w pełni uzasadniony i konieczny.

Odwołanie zostało złożone w terminie. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu faxem w dniu 28 listopada 2014 roku z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Wpis w wymagane wysokości został uiszczony na właściwy rachunek UZP.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron postępowania oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

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

Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, z uwagi na niewykazanie przez zgłaszającego przystąpienie wykonawcę Dabex - Bydgoszcz Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy okoliczności przekazania zgłoszenia stronie odwołującej.

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione z uwagi na stwierdzony przez Izbę po stronie Odwołującego **brak interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość**

poniesienia szkody we wniesieniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniesienia lub możliwości poniesienia szkody, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub przewidywana szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, „który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia” (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11).

Jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 179 ust. 1 Pzp wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia Odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący w chwili wniesienia odwołania nie miał interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z tym, że nie przedłużył terminu związania ofertą, co oznacza, że nie wyraził woli dalszego uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji utracił możliwość uzyskania zamówienia.

Z postanowień SIWZ wynika, że Zamawiający określił termin związania ofertą na 30 dni od dnia otwarcia ofert. Bieg terminu rozpoczynał się z dniem składania ofert, który wyznaczono na 24 października 2014 roku, upływał więc w dniu 22 listopada 2014 roku. W dniu 20 listopada 2014 roku jeden z wykonawców, którego oferta ostatecznie została uznana za najkorzystniejszą, złożył oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą.

24 listopada 2014 roku wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostali zawiadomieni o wyborze oferty najkorzystniejszej, a Odwołujący o odrzuceniu jego oferty i wykluczeniu z postępowania z uwagi na brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Żaden inny wykonawca nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, Zamawiający o zgodę na takie przedłużenie do wykonawców nie występował.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą. Przepis ten daje wykonawcy prawo do samodzielnego, dowolną ilość razy przedłużenia terminu związania ofertą. To zatem wykonawca, wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą bądź samodzielnie przedłużając niniejszy termin podejmuje decyzję o dalszym udziale w postępowaniu. Na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym zobowiązanym do działania z należytą starannością ciąży podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie skorzystał z możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, tym samym utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie legitymuje się więc interesem w uzyskaniu tego zamówienia. Nie wykazał bowiem istnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący bowiem miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, lecz wobec faktu nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie ma możliwości wykazania przesłanki szkody będącej skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Wykonawca, w tym przypadku Odwołujący, chcąc być nadal uczestnikiem postępowania, powinien był przedłużyć termin związania ofertą. Zaniechanie tej czynności rodzi bowiem skutek w postaci upływu terminu związania ofertą, tym samym powodując, iż Odwołujący przestaje być uczestnikiem postępowania, gdyż oferta przestała go wiązać. Nie może więc już ubiegać się o udzielenie tego konkretnego zamówienia, nie może go także uzyskać, nawet w przypadku ewentualnego uwzględnienia odwołania przez Izbę. Nawet więc w przypadku uwzględnienia przez Izbę odwołania złożona przez niego oferta nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Tym samym należy uznać, iż ze względu na niepodjęcie przez Odwołującego w terminie wymaganym ustawą Pzp i w sposób przez nią określony czynności przedłużenia okresu związania ofertą, nie tylko w dacie wnoszenia odwołania nie miał możliwości uzyskania zamówienia, ale już w dacie dokonywania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, był tej możliwości pozbawiony.

Reasumując stwierdzić należy, iż Odwołujący nie legitymuje się istnieniem interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia, a w konsekwencji nie wykazał zaistnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Jeżeli więc art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania

kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a Odwołujący w postępowaniu nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Skład orzekający Izby w przedmiotowej sprawie, zgadza się z argumentacją Odwołującego, że art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowiący, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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, oznacza że wykluczenie z postępowania jest następstwem wyłącznie takiej sytuacji, gdy to Zamawiający zwrócił się o zgodę na przedłużenie, a wykonawca zgody tej nie wyraził. Przepis nie przewiduje natomiast wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy ten nie przedłużył terminu związania ofertą z własnej inicjatywy lub Zamawiający o wyrażenie zgody się nie zwracał. Należy przy tym pamiętać, iż przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania nie należy interpretować rozszerzająco – należy zatem, przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, interpretować je ściśle. Powyższe stanowisko nie miało jednak wpływu na brzmienie sentencji, albowiem dostrzeżenia wymaga, iż w przedmiotowym postępowaniu oferta Odwołującego ostatecznie podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż wobec bezsprzecznego upływu terminu związania ofertą przed wyborem oferty najkorzystniejszej - oferta taka nie może być wybrana - czyli jest niezgodna z Pzp - a więc ma zastosowanie art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Mimo więc zastosowania niewłaściwej podstawy prawnej, tj. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez Zamawiającego, istniały podstawy do nieuwzględnienia oferty Odwołującego wykonawcy przy ocenie złożonych ofert. Takie stanowisko wynika także z wyroku z dnia 13 lutego 2014 roku Sądu Okręgowego w Tarnowie (sygn. akt I Ca 495/13).

Choć z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, stosując wykładnię literalną powyższego przepisu, nie wynika obowiązek Zamawiającego jako podmiotu odpowiedzialnego za profesjonalne prowadzenie postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, do wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, to niewątpliwie obowiązek taki wywodzić można, stosując wykładnię systemową i celowościową przepisu. Zamawiający jako podmiot sektora publicznego zobowiązany jest do celowego i gospodarnego wydatkowania środków o charakterze publicznym. Tym samym pozbawienie się wyboru oferty korzystniejszej ekonomicznie, tylko z powodu przeoczenia przez pracowników Zamawiającego faktu, iż przed wyborem oferty najkorzystniejszej

skończy się termin związania ofertami, uznać należy za działania pozbawione staranności i profesjonalizmu wymaganego od tego rodzaju podmiotów. W tym zakresie jednak ustawodawca wyposażył wykonawców w odpowiednie narzędzie do ochrony ich interesów przed takimi (celowymi bądź nie) działaniami po stronie podmiotów zamawiających. Wykonawcy mogą sami bowiem zachować się w sposób aktywny, nawet bez reakcji ze strony Zamawiającego, samodzielnie złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium, jeżeli było ono wymagane. Choć należałoby oczekiwać raczej czynnych działań po stronie zamawiającego, to wykonawca nie został pozbawiony ochrony swojego uczestnictwa w postępowaniu. Analogicznie wypowiedział się w tej kwestii Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 21 września 2012 roku (sygn. akt XIII Ga 379/12), stwierdzając że: *„Wykonawca (...) chcąc być nadal uczestnikiem postępowania, powinien był przedłużyć termin związania ofertą. Zaniechanie tej czynności rodzi bowiem skutek w postaci upływu terminu związania ofertą, tym samym powodując, że Odwołujący przestaje być już uczestnikiem postępowania, gdyż oferta przestaje go wiązać. Nie może więc już ubiegać się o udzielenie konkretnego zamówienia. (...) Przedłużenie terminu związania ofertą jest niezbędne, gdyż w przeciwnym przypadku ocenie i porównaniu z innymi ofertami podlegałaby oferta, co do której wykonawca mógłby skutecznie i bez konsekwencji odmówić podpisania umowy. (...) Poza uprawnieniem zamawiającego polegającym na zwróceniu się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą również wykonawca z własnej inicjatywy może złożyć oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania własną ofertą. Wymogiem takiej sytuacji jest, aby oświadczenie takie zostało złożone w terminie związania ofertą, tj. aby zachowana była ciągłość związania ofertą”*. W przedmiotowym jednak przetargu Odwołujący z przysługujących mu uprawnień nie skorzystał. Nawet jeżeli zachowania i zaniechania Zamawiającego można uznać za naganne, to wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, mając świadomość takiej sytuacji, winien był z możliwości określonej art. 85 ust. 2 ustawy Pzp skorzystać i samodzielnie złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Samo wyrażanie chęci uczestnictwa w postępowaniu przez zadawanie pytań i reagowanie na wezwania Zamawiającego o dostarczenie próbek zamawianych produktów nie jest w ocenie składu orzekającego Izby wystarczające. Jak wynika z orzecznictwa sądów okręgowych, wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie może przyjąć postaci zgody dorozumianej. Zgoda ta musi zostać Zamawiającemu zakomunikowana wprost, w sposób bezpośredni (tak Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 21 grudnia 2010 roku, sygn. akt VI Ga 240/10 oraz Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 21 września 2012 roku, sygn. akt XIII Ga 379/12).

Na marginesie skład orzekający Izby pragnie zauważyć, iż zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak też Sądów Okręgowych zauważalny jest drugi nurt orzeczniczy, który nie wiąże z upływem terminu związania ofertą skutku prawnego w postaci ustania ważności oferty, utraty statusu wykonawcy. Przykładem odmiennej linii orzeczniczej może być stanowisko wynikające z wyroku z dnia 16 lipca 2014 roku Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt XXIII Ga 924/14), w którym Sąd przeprowadził pogłębioną analizę prawną zagadnienia terminu związania ofertą na gruncie ustawy Pzp. Jednakże skład orzekający w przedmiotowej sprawie uznał, iż wpływ znaczenia terminu związania ofertą na byt wykonawcy w postępowaniu ma niebagatelne znaczenie z punktu widzenia porządku prawnego, a przede wszystkim sytuacji Zamawiającego i pewności, że wykonawca nie odmówi podpisania umowy, kiedy to po jego stronie upływ terminu związania ofertą nie rodzi takiego obowiązku, a stanowi jedynie jego uprawnienie. Nie sposób bowiem nie zauważyć, że gdyby termin związania ofertą nie miał żadnego znaczenia prawnego dla wyboru oferty najkorzystniejszej, to regulacja ta byłaby z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp całkowicie zbędna. Powyższe wynika z wyroku KIO z dnia 9 września 2014 r., sygn. akt: KIO 1737/14: *„Izba nie doszukała się przepisów ustawy Pzp, z których wynikać miałyby, że przepisy regulujące materię terminu związania ofertą, początkowo (przez pierwsze 30, 60 czy też 90 dni postępowania o udzielenie zamówienia) byłyby istotne (obowiązek przedłużania, zawieszenie z urzędu biegu terminu w określonych okolicznościach), zaś na dalszym etapie tego postępowania stawałyby się regulacją zbędną i nieistotną dla aktu wyboru oferty najkorzystniejszej. Skoro sam termin związania ofertą miałby być nieistotny z punktu widzenia celu, dla realizacji którego prowadzone jest całe postępowanie, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie podpisania umowy (zastrzeżenia wymaga, iż zgodnie postanowieniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08, możliwe jest samo podpisanie umowy po upływie terminu związania ofertą), to niezrozumiałym byłby cel wprowadzenia do ustawy takich przepisów jak art. 85 ust. 2 (niewiadomą pozostawałoby, w jakim celu ustawodawca wykreował uprawnienia stron postępowania o udzielenie zamówienia do przedłużania terminu związania ofertą przy założeniu, iż materia związania wykonawcy złożoną przez niego ofertą pozostaje indyferentna dla aktu wyboru oferty najkorzystniejszej), art. 182 ust. 6, czy też art. 170 ust. 4 ustawy Pzp. W przypadku tego ostatniego przepisu można byłby mieć szczególne wątpliwości, albowiem znajduje on zastosowanie w toku kontroli uprzedniej, która jest rozpoczynana już po wyborze oferty najkorzystniejszej. Jaki zatem byłby cel tegoż przepisu (art. 170 ust. 4 ustawy Pzp), jeśli nie zabezpieczenie (w przypadku stwierdzenia przez Prezesa UZP w wyniku kontroli uprzedniej, że zachodzi konieczność powtórzenia tej czynności) dla zamawiającego możliwości dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród tych ofert, którymi wykonawcy je składający są związani.”*

Sprzeczne, w ocenie Izby, z podstawowymi zasadami Pzp byłoby również jednakowe traktowanie wykonawców związanych ofertą oraz wykonawców swoją ofertą niezwiązanych. Na powyższe zwraca uwagę uchwała z dnia 29 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO/KU 75/13 oraz wyrok KIO z dnia 04 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO 1197/13, zgodnie z którym: „(...)Ta nierówność przejawiałaby się bowiem w tym, że wobec wykonawcy wybranego w dacie związania ofertą, a odmawiającego podpisania umowy zamawiający mógłby zastosować sankcję zatrzymania wadium, w oparciu o przesłankę z art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy, natomiast wobec wykonawcy, który nie pozostawałby w dacie wyboru związany ofertą, takiej sankcji zamawiający zastosować by nie mógł, również nie mógłby się oprzeć o przepis art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy, gdyż zawarcie umowy nie stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, gdyż na wykonawcy ciąży jedynie uprawnienie, a nie obowiązek samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Zatem w sytuacji wyboru wykonawcy z ofertą, której termin związania wygasł, zamawiający nie mógłby skutecznie gwarantować sobie podpisania umowy, a zatrzymanie wadium mogłoby być skutecznie podważane przez wykonawcę. Tym samym inna jest sytuacja prawna wykonawcy wybranego w dacie związania ofertą i wykonawcy, wybranego po upływie terminu związania ofertą, który bez negatywnych dla siebie konsekwencji finansowych może uchylać się od zawarcia umowy i to także w sytuacji, gdy jego oferta nadal pozostaje zabezpieczona wadium. Prowadzi to do sytuacji, w której wyboru dokonuje się spośród ofert wykonawców, którzy muszą zawrzeć umowę lub tracą wadium i takich, którzy mogą ale nie muszą zawrzeć umowy, bez negatywnych konsekwencji. Izba uważa, że taka sytuacja nie znajduje oparcia w przepisach ustawy i narusza art. 7 ust. 1 ustawy.”

Końcowo odnieść należy się do wycofanych na posiedzeniu Izby zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Dabex - Bydgoszcz Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ, art. 94 ust 1 a contrario ustawy Pzp poprzez uznanie, że nie jest możliwy wybór najkorzystniejszej oferty po upływie terminu związania ofertą, podczas gdy możliwość taka istnieje, art. 91 ust 1 w związku z art. 92 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że zamawiający prawidłowo nie dokonał wyboru oferty Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas, gdy z uwagi na fakt, iż brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to złożona przez niego oferta winna podlegać ocenie i badaniu w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Bezsporne między Stronami było, że przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem, którego wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (tzw. postępowanie podprogowe).

Porównując zatem czynności i zaniechania Zamawiającego objęte zarzutami odwołania do katalogu czynności, wobec których w przedmiotowym postępowaniu Odwołującemu przysługiwało prawo wniesienia odwołania stwierdzić należy, że prawo to przysługiwało Odwołującemu jedynie wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz wykluczenia z postępowania. Wobec tego wycofane przez Odwołującego zarzuty ostatecznie nie podlegałyby rozpoznaniu.

Z tych powodów uznano decyzję Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej za prawidłową. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie z uwagi na niewykazanie spełnienia przez Odwołującego przesłanek warunkujących skuteczność korzystania ze środków ochrony prawnej określonych art. 179 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

.....