

**WYROK**

**z dnia 2 grudnia 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2019 r. przez wykonawcę: **W. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Comtel Import - Eksport W. C., (ul. Zamoyskiego 49, 03-801 Warszawa)**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Komendę Główną Straży Granicznej w Warszawie**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Komenda Główna Straży Granicznej w Warszawie, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019r. poz. 1843 ze zm. Dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup telefonów IP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lipca 2019r., pod numerem 2019/S 130-318562.

W dniu 6 listopada 2019r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz o odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy złożonej przez W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą COMTEL IMPORT-EXPORT W. C. (dalej: „Odwołujący”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

W dniu 18 listopada 2019r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, poprzez błędne zastosowanie tego przepisu i odrzucenie oferty Odwołującego, w związku z niewyrażeniem zgody przez Odwołującego na przedłużenie terminu związania ofertą, podczas gdy w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 października 2019 r. do złożenia oświadczenia w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą - nie odmówił wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a zachowanie wykonawcy ponad wszelką wątpliwość wskazywało na zainteresowanie udziałem w przetargu, w tym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia,

2) art. 65 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (dalej: „k.c.”) w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp poprzez pominięcie wykładni oświadczenia woli wykonawcy o posiadaniu przez niego interesu w uzyskaniu zamówienia, zawartego w treści odwołania do KIO złożonego przez Wykonawcę w dniu 10 października 2019 r. (KIO 2030/19), a także pominięcie wykładni treści wniosków zawartych w petitum tego odwołania i nieuwzględnienie jej znaczenia w kontekście wyrażenia zgody przez wykonawcę na przedłużenie terminu związania ofertą w przetargu,

3) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i niedokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę w okresie związania ofertą, przy uwzględnieniu kryterium oceny ofert, określonych w SIWZ oraz przy uwzględnieniu obiektywnych warunków, umożliwiających dokonanie takiego wyboru w okresie związania ofertą,

4) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez błędne zastosowanie tego przepisu, polegające na unieważnieniu postępowania z naruszeniem przesłanki upoważniającej do unieważnienia

## Sygn. akt: KIO 2340/19

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem brak jest podstaw do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp oferty Odwołującego, a tym samym jego oferta była i nadal jest jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz
- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania
- nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący przytoczył stan faktyczny postępowania, wskazując i wskazał m. in., że w dniu 2 października 2019 r. Zamawiający po raz drugi dokonał rozstrzygnięcia postępowania i za najkorzystniejszą ofertę uznał ponownie ofertę firmy B27 Systems Sp. z o.o. sp.k. (dalej: „B27”). Ponadto Zamawiający w dniu 8 października 2019r. za pośrednictwem platformy SmartPZP („Platforma”) zwrócił się do wykonawców, biorących udział w postępowaniu, w tym do Odwołującego, o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, zobowiązując ich do przesłania za pośrednictwem Platformy stosownego oświadczenia dotyczącego zgody lub braku takiej zgody w terminie do dnia 11 października 2019 r. Tymczasem w dniu 10 października 2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w przetargu, w tym zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez firmę B27. Wykonawca w odwołaniu do KIO złożył wniosek o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie tejże oferty oraz powtórzenie czynności wyboru, z uwzględnieniem oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Jednocześnie Wykonawca oświadczył, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, albowiem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W dniu 25 października 2019 r. Izba uwzględniła wniesione przez niego odwołanie w całości, nakazując Zamawiającemu powtórne badanie i ocenę ofert, w tym dokonanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez firmę B27. Tymczasem Zamawiający, mimo że pierwotny termin związania Odwołującego ofertą, przy uwzględnieniu zawieszenia biegu terminu w związku z wniesieniem odwołania do KIO, upływał w dniu 28 października 2019 r., dokonał powtórnego rozstrzygnięcia postępowania (dopiero) w dniu 6 listopada 2019 r. W ocenie Zamawiającego zarówno oferta wykonawcy DGT sp. z o.o. z siedzibą w Staszynie oraz B27 jako niezgodne z treścią SIWZ, zostały odrzucone, natomiast oferta Odwołującego została odrzucona, albowiem Zamawiający uznał, że nie wyraził on zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp na przedłużenie terminu związania ofertą. W konsekwencji Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp,

## Sygn. akt: KIO 2340/19

ponieważ - w ocenie Zamawiającego - w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że nie wyraził zgody w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego na przedłużenie terminu związania ofertą. Podkreślił, że Zamawiający w treści wniosku z dnia 8 października 2019 r. określił sposób braku wyrażenia zgody, a mianowicie zobowiązanie Wykonawcy do przesłania informacji o takiej treści w określonym terminie. Odwołujący podkreślił, że nie przesłał takiej informacji Zamawiającemu. Tym samym Wykonawca - w odpowiedzi na ww. wniosek Zamawiającego - nie odmówił zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Co więcej, Wykonawca nie pozostał bierny wobec podejmowanych czynności przez Zamawiającego, albowiem - w określonym przez Zamawiającego terminie do udzielenia odpowiedzi na ww. wniosek - wniósł odwołanie do KIO. W treści złożonego w ten sposób odwołania do wskazał m.in. na posiadanie interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W takim stanie faktycznym uznać należy więc uznać, że potwierdził, że jest zainteresowany dalszym udziałem w postępowaniu, co jest równoznaczne z wolą przedłużenia terminu związania ofertą. Przeciwna interpretacja podejmowanych przez niego czynności procesowych, (w szczególności stwierdzenie, że nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą) jest irracjonalna, albowiem reguły inferencyjne wykładni oświadczenia woli pozwalają na dojście do przekonania o rzeczywistym (a nie tylko domniemanym) wyraźnym zamiarze Wykonawcy przedłużenia terminu związania ofertą w postępowaniu, aż do jego ostatecznego rozstrzygnięcia. Wyjaśnił, że w świetle art. 65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Stąd w ocenie Odwołującego nie bez znaczenia jest zachowanie Wykonawcy zarówno przed, jak i po wezwaniu go do złożenia oświadczenia w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą. W ocenie Odwołującego, nadmierny formalizm i rygoryzm procesu udzielania zamówień publicznych nie powinien być celem samym w sobie, a jedynie zabezpieczać realizację podstawowych zasad postępowania, jakimi są przede wszystkim zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zgodnie z aktualnie obowiązującym orzecznictwem KIO, podstawy prawne eliminacji wykonawcy z postępowania w sprawie udzielenia zamówień publicznych (wykluczenia/ odrzucenia) należy interpretować ściśle. W szczególności KIO w uchwale z dnia 4 kwietnia 2019 r., KIO/KU 24/19, przypomniała orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko GDDKiA Oddział w Poznaniu z dnia 13.07.2017 r., gdzie TSUE wskazał, iż przesłanek wykluczenia wykonawcy/odrzucenia jego oferty nie należy interpretować w sposób rozszerzający; w art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy mowa o niewyrażeniu zgody poprzez odmowę, która powinna przyjąć formę czynnego działania wykonawcy, przepis nie odnosi się do bierności wykonawcy. Sankcją odrzucenia oferty

## Sygn. akt: KIO 2340/19

obwarowany należy zatem traktować jedynie przypadek, w którym wykonawca wyraźnie odmówi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W wyroku z dnia 12 lutego 2018 r., KIO 153/18, wskazano również, że przepis (art. 89 ust. 1 pkt 7a Ustawy) „mówi o zgodzie, jaką wykonawca ma wyrazić w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Treść przepisu jest zatem jednoznaczna - tylko i wyłącznie wtedy, gdy wykonawca odmówi wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą, aktualizuje się obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy. (...) Przepisów sankcyjnych, do jakich bez wątpienia należy przepis art. 89 p.z.p. odnoszący się do odrzucenia ofert, nie można interpretować rozszerzająco.”

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie dołożenie obowiązku należytej staranności w sprawnym powtórzeniu badania i oceny ofert zgodnie z wyrokiem KIO, a w konsekwencji zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę jako oferty najkorzystniejszej. Podkreślił, że pierwotny termin związania ofertą z uwzględnieniem okresu zawieszenia na czas rozpatrzenia odwołania przez KIO – upływał w dniu 28 października 2019r. Tymczasem planowany przez Zamawiającego termin przedłużenia związania ofertą ustalony został w wymiarze o 3 dni dłuższym, bo do dnia 31 października 2019 r. Znamienne, że Zamawiający nie zdołał nawet w terminie przez siebie wyznaczonym powtórnie dokonać badania i oceny ofert Kolejne rozstrzygnięcie Przetargu, a w konsekwencji jego unieważnienie miało miejsce (dopiero) w dniu 6 listopada 2019 r. Podkreślił także, że zawarcie umowy po terminie związania ofertą jest możliwe co potwierdza Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 24 lutego 2010 r., SK 22/08, OSNP 2009, nr 23-24, poz. 331, w którym wyraził pogląd, iż upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, dowody i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

**Izba ustaliła:**

Zgodnie z postanowieniem rozdziału X Zamawiający ustalił termin związania ofertą na 60 dni. Termin składania ofert upływał w dniu 14 sierpnia 2019r., a więc zgodnie z zasadą liczenia terminu wyrażoną w art. 85 ust. 5 Pzp, termin ten upłynął w dniu 14 października 2019r. W dniu 8 października 2019r. zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 85 ust. 2 Pzp o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do 31 października 2019r., wskazując termin na dokonanie tej czynności tj. do dnia 11 października 2019. Kolejno Izba ustaliła, że w dniu 10 października 2019r. Odwołujący wniósł odwołanie do KIO, która w dniu 25 października 2019r. wydała wyrok w sprawie KIO 2030/19.

Do dnia podjęcia przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, Odwołujący nie odpowiedział Zamawiającemu na wezwanie z dnia 8 października 2019r.

**Izba zważyła:**

Rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie wymagała kwestia czy brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane do Odwołującego w trybie art. 85 ust. 2 Pzp, skutkowało koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, czy też jak twierdził Odwołujący w okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający winien był uznać, że Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą z uwagi na fakt, że nie wniósł wyraźnego sprzeciwu na przedłużenie tego terminu i w czasie wyznaczonym przez Zamawiającego na złożenie oświadczenia złożył odwołanie do Izby, w którym wykazywał na swój interes i zainteresowanie uzyskaniem zamówienia na swoją rzecz.

Przechodząc do oceny tak ustalonego stanu faktycznego, Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył przepisów zarzucanych mu przez Odwołującego i zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp, 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. Przepis ten daje wykonawcy również 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 Pzp - ciąży podejmowanie czynności

## Sygn. akt: KIO 2340/19

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 r., sygn. akt VI Ga 240/10 oraz Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 21 września 2012r., sygn. akt XIII Ga 379/12.

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

Art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp ustanawia sankcję dla takiego wykonawcy, który nie zgodził się wprost na przedłużenie okresu związania ofertą - w postaci konieczności odrzucenia takiej oferty. Izba w składzie orzekającym stoi na stanowisku, iż zgoda wykonawcy na przedłużenie tego terminu nie może mieć dorozumianego charakteru. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter sformalizowany, prowadzone jest w formie pisemnej - jak stanowi zasada przyjęta w art. 9 ust. 1 Pzp. 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 Pzp stosuje się przepisy K.c., ale tylko wówczas, gdy przepisy Pzp nie stanowią inaczej. W konsekwencji więc Izba stwierdziła, że zgoda w tym zakresie musi być jednoznacznie wyrażona, bowiem jej brak stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Podkreślenia wymaga, iż warunkiem odrzucenia oferty jest brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a nie jak twierdzi Odwołujący jedynie odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Podstawą odrzucenia oferty wyrażoną w art. 89 ust. 1 pkt. 7a Pzp będzie okoliczność, kiedy wykonawca nie złożył żadnego oświadczenia w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą, jak też okoliczność, w której złożył oświadczenie, że takiej zgody nie wyraża. Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, że Zamawiający jako zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą zobligowany był potraktować wniesienie przez niego Odwołania w sprawie KIO 2013/19. Podkreślić należy, że Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie w tym zakresie, wskazując termin na jego złożenie i rygor w przypadku nie udzielenia odpowiedzi, tj. odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. W związku z powyższym tylko udzielenie przez Odwołującego informacji o wyrażeniu zgody w tym zakresie upoważniałoby Zamawiającego do przyjęcia, że termin związania ofertą tego wykonawcy został przedłużony. Ponadto podkreślić należy, że w wezwaniu z dnia 8

**Sygn. akt: KIO 2340/19**

października br., Zamawiający w sposób wyraźny poinformował, że wykonawca zobowiązany jest poinformować go zarówno o zgodzie na przedłużenie terminu jak i o jej braku. Tym samym nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, że Zamawiający oczekiwał od niego odpowiedzi tylko w przypadku nie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Wobec powyższego, w okolicznościach braku wyrażenia przez Odwołującego zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, decyzja Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego była właściwa, co wskazuje na niepotwierdzenie zarzutu stawianego przez Odwołującego.

W ocenie składu orzekającego nie sposób również zarzucić Zamawiającemu opieszałości w prowadzeniu postępowania. Podkreślić należy, że Zamawiający już na drugi dzień po otrzymaniu pisemnego uzasadnienia Izby w dniu 5 listopada 2019r., tj. w dniu 6 listopada 2019 r. ponownie dokonał czynności i badania ofert, w tym m. in. odrzucił ofertę Odwołującego.

Reasumując, skład orzekający stwierdził, że Zamawiający zasadnie zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, a w konsekwencji nie naruszył także przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp dokonując unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący: .....**