

WYROK
z dnia 6 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2016 r. przez wykonawcę: **J. K. prowadzący działalność gospodarczą Firma Handlowo-Uslugowa „KOT-BUD” J.K., ul. Astrów 21, 43-100 Tychy**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Francuska 20-24, 40-027 Katowice**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: J. K. prowadzący działalność gospodarczą Firma Handlowo-Uslugowa „KOT-BUD” J. K., ul. Astrów 21, 43-100 Tychy, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: J. K. prowadzący działalność gospodarczą Firma Handlowo-Uslugowa „KOT-BUD” J. K., ul. Astrów 21, 43-100 Tychy tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: J. K. prowadzący działalność gospodarczą Firma Handlowo-Uslugowa „KOT-BUD” J. K., ul. Astrów 21, 43-100 Tychy na rzecz zamawiającego: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Francuska 20-24, 40-027 Katowice kwotę 3 850 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na 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 Katowicach, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę preparatów dezynfekcyjnych” (znak sprawy: ZP-16-064UN), o wartości zamówienia większej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, „ustawą” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 26 czerwca 2016 r., nr 2016/S 122-218939.

Wykonawca J. K. prowadzący działalność gospodarczą Firma Handlowo-Usługowa „KOT-BUD” J. K. z siedzibą w Tychach, zwany dalej „Odwołującym”, na podstawie art. 180 ustawy oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w części obejmującej pakiet nr 4 i 5.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonał on bezpodstawnego unieważnienia postępowania, wskutek czego zostały naruszone przepisy Pzp:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 przez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia – gdy tymczasem brak było wad postępowania, które oblige Zabawiającego do unieważnienia przetargu;
- 2) art. 146 ust. 6 przez jego niewłaściwe zastosowanie, przez przyjęcie, że umowa zawarta w wyniku postępowania podlegałaby unieważnieniu z uwagi na dokonanie przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 3) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych;
- 4) ponadto, zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych);
- 5) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania.

Uzasadnienie odwołania.

W punkcie II.1 ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty częściowej na każdą z 15 części opisanych w Załączniku 1-15 do ogłoszenia.

Odwołujący złożył ofertę na dwie części obejmujące pakiet 4 i 5.

W dniu 14 listopada 2016 r. Odwołujący otrzymał informację o dokonaniu przez Zamawiającego częściowego unieważnienia postępowania. Zgodnie z treścią pisma, Zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 85 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 66 kc unieważnił postępowanie w pakiecie 4 i 5.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający wskazał, że „(...) zgodnie z art. 85 ust. 2 Zamawiający może tylko raz zwrócić się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie pierwotnego terminu związania ofertą o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni i to właśnie już uczynił. W doktrynie prezentowane jest stanowisko, że związanie ofertą trwa tylko przez czas oznaczony, po upływie którego oferta wygasa. Obowiązek dbałości o ważność oferty spoczywa na Wykonawcy, który winien przed upływem terminu związania ofertą złożyć zamawiającemu stosowne oświadczenie w tym zakresie. Żaden z Wykonawców po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia nie przedłożył Zamawiającemu oświadczenia przedłużającego termin związania ofertą.

Wobec faktu, iż żaden z powyższych wykonawców do dnia dzisiejszego nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą niniejsze postępowanie należało unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 Pzp oraz art. 14 Pzp ust. 1 w zw. z art. 66 kc. W postępowaniu bowiem w stosunku do złożonych ofert upłynął termin związania wobec czego Zamawiający nie ma możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu w chwili obecnej”.

Dowód: kopia otrzymanej informacji od Zamawiającego.

Uzasadnienie Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, stanowi jawne naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez unieważnienie postępowania pomimo braku okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania oraz art. 146 ust. 6 ustawy przez przyjęcie, że umowa zawarta w wyniku postępowania podlegałaby unieważnieniu z uwagi na dokonanie przez Zamawiającego czynności lub zaniechania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi: Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie przepisu – istnienie wadliwości

postępowania oraz brak możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego – połączone są normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym.

Unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość postępowania, powodującą, że cel prowadzenia procedury – udzielenie zamówienia publicznego – nie zostaje osiągnięty. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter *numerus clausus* i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. W odniesieniu do normy art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oznacza to, że wada tkwiąca w postępowaniu musi mieć tak doniosły charakter, że powoduje bezwzględną nieważność umowy. W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający negatywny wpływ na umowę (uchwała KIO z dnia 2 listopada 2012 r. sygn. akt KIO/KD 85/12, wyrok KIO z dnia 5 marca 2012 r. sygn. akt KIO 356/12).

Odwołujący zwrócił uwagę, że KIO wielokrotnie wypowiedała się na temat unieważnienia postępowania. W wyroku z dnia 30 lipca 2013 r. sygn. akt KIO 1732/13 oraz w wyroku z dnia 10 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2899/12, Izba zauważyła: zasadą jest, że wszczęte postępowanie ma się zakończyć wyłonieniem najkorzystniejszej oferty (a w konsekwencji doprowadzić do zawarcia umowy, czyli udzielenia zamówienia), a nie unieważnieniem. (...) Konieczne jest wykazanie naruszenia przepisu ustawy Pzp, które miało lub co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji to na Zamawiającym w takiej sytuacji ciąży ciężar wykazania: po pierwsze – wystąpienia naruszenia konkretnego przepisu ustawy Pzp regulującego udzielanie zamówień (wada postępowania), po drugie – istotnego charakteru tej wady jako wpływającej na ważność umowy, co implikuje, po trzecie – związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy, po czwarte – nieusuwalności wady przez zastosowanie instytucji dostępnych podmiotowi prowadzącemu postępowanie. Izba zważyła na wstępie, że znaczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie ogranicza się do dopełnienia formalnego wymagania, lecz przede wszystkim stanowi element konstytutywny podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania, w szczególności jeżeli została ona podjęta z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. W konsekwencji właściwe sformułowanie uzasadnienia przez zamawiającego ma kluczowe znaczenie dla oceny, czy wykazał on zaistnienie podstaw do unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Z aktualnego brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wynika, że Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. *De lege lata* dla umów w sprawie zamówień publicznych przyjęto konstrukcję względnej nieważności, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu zawarcia umowy, mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny.

Jako podstawę prawną unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który stanowi, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada ta musi dotyczyć samego postępowania, oznacza naruszenie przepisów ustawy Pzp. Dostrzec należy, że upływ terminu związania ofertą czy nieprzedłużenie terminu związania ofertą odnoszące się w sposób oczywisty do złożonej oferty w żaden sposób nie oznacza, że postępowanie prowadzone było w sposób wadliwy. Nie ziściła się pierwsza z przesłanek unieważnienia postępowania wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Po drugie – wada postępowania musiałaby być tego rodzaju, że prowadziłaby do sytuacji, w której nawet gdyby umowa została zawarta, to i tak podlegałaby unieważnieniu.

Ponadto, ciężar dowodu co do zaistnienia powyższych okoliczności spoczywa w na Zamawiającym jako na podmiocie, który wywodzi skutki prawne zgodnie z art. 6 kc oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, aby udowodnić zasadność unieważnienia postępowania, Zamawiający powinien wykazać w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, że nastąpiła taka wada niemożliwa do usunięcia powodująca możliwość unieważnienia zawieranej między stronami umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Odwołujący nadmienił, że przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle, gdyż unieważnienie postępowania jest wyjątkiem od zasady trwałości postępowania, jak również jego celu, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie w konsekwencji umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto katalog przesłanek umożliwiających unieważnienie postępowania ma charakter wyczerpujący i zamknięty (uchwała KIO z dnia 16 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/KD 52/10). Niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6 Pzp, która pozwalałaby Zamawiającemu na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonego przez niego postępowania.

Zamawiający, w ocenie Odwołującego, uzasadniając unieważnienie postępowania nie wykazał, że mogło mieć miejsce naruszenie przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. *De facto* Zamawiający nie wskazał jakiegokolwiek wady w postępowaniu, która mogłaby mieć wpływ na jego wynik. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa podstawa unieważnienia postępowania wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp występuje jedynie w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest obiektywnie niemożliwe. We wskazanym postępowaniu, w ocenie Odwołującego, taka sytuacja nie ma miejsca, ponieważ Zamawiający może zawrzeć umowę z Odwołującym. Nie istnieje podstawa do unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy zamawiający nawet hipotetycznie mógłby uznać ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą. Nie można przyjąć, że w takiej sytuacji zaistniało naruszenie przepisów ustawy mające wpływ na wynik postępowania.

Znaczenie ma również stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (uchwała z dnia 2 listopada 2012 r. KIO/KD 85/12), w którym jednoznacznie wskazano, że zawarcie przez zamawiającego umowy z wykonawcą po upływie terminu związania ofertą nie stanowiłoby czynności naruszającej przepisy Pzp, która miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o skuteczności 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, straciłaby cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, że analiza art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nie pozwala na uznanie, że upływ terminu związania ofertą stanowi okoliczność uzasadniającą unieważnienie postępowania. Brak jest podstaw do przyjęcia, że upływ terminu związania ofertą stanowi określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 niemożliwą do usunięcia wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczność tego rodzaju nie uniemożliwia zawarcia umowy w sytuacji, gdy decyzja w zakresie zawarcia umowy lub powstrzymania się od jej zawarcia zależy od uznania wykonawcy. Prezes Urzędu słusznie argumentował, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, upływ terminu związania ofertą nie powoduje w żadnym wypadku utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu oblatowi doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez samo przyjęcie oferty. Z tego względu na gruncie przepisów Pzp upływ terminu związania ofertą nie decyduje o skuteczności oferty a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy (J.E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015).

Reasumując, Krajowa Izba odwoławcza stwierdziła, że *„upływ terminu związania ofertą czy nieprzedłużenie terminu związania ofertą odnoszące się w sposób oczywisty do złożonej w postępowaniu oferty w żaden sposób nie oznaczają, że postępowanie prowadzone było w sposób wadliwy. Nie ziściła się pierwsza z przesłanek unieważnienia postępowania wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Po drugie zaś – wada postępowania musiałaby być tego rodzaju, że prowadziłyby do sytuacji, w której nawet gdyby umowa została zawarta, to i tak podlegałyby unieważnieniu”*.

Odwołujący zwrócił szczególną uwagę, że Zamawiający dąży do odrzucenia ważnych i najkorzystniejszych cenowo ofert Odwołującego i nie dokonania wyboru tych ofert za wszelką cenę. Zamawiający uznał pierwsze odwołanie Odwołującego, uznał również drugie

odwołanie Odwołującego (sygn. akt KIO 1999/16) i tym samym zobowiązał się do przeprowadzenia ponownego badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający, podczas trwania powyższego postępowania, przyznawał się do błędów w ocenie ofert oraz naruszeń Pzp. Pomimo tych udokumentowanych nieprawidłowości, Zamawiający z premedytacją przeciąga terminy i długość rozstrzygnięcia postępowania szukając za wszelką cenę argumentów na odrzucenie oferty Odwołującego. Zamawiający postępuje tak jakby jego celem było nie wybranie najkorzystniejszej cenowo i spełniającej wymagania SIWZ oferty Odwołującego, a celem samym w sobie było nie dokonanie wyboru oferty Odwołującego. Śledząc zakończone postępowania Zamawiającego z zakresu dezynfekcji, tj. opisy przedmiotu zamówienia, odpowiedzi na zapytania, prowadzenie postępowań, a w szczególności ich wyniki, wydaje się uzasadnione spostrzeżenie, że Zamawiający preferuje głównie jednego producenta, który to również jest bezpośrednim konkurentem Odwołującego w pakiecie 4. Rzuca to cień i implikuje podejrzenia co do bezstronnej pracy komisji przetargowej i działu zamówień publicznych Zamawiającego.

Dowód: kopia otrzymanej informacji od Zamawiającego uznająca odwołanie.

Naruszenie przepisów przez Zamawiającego wypaczyło wynik postępowania. Odwołujący wskazał, że interes prawny wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych w postępowaniu, ponieważ spełnia warunki udziału w przetargu. W obu przypadkach Odwołujący zaoferował najkorzystniejszą ofertę w danej części (pakiet 4 i 5).

Zamawiający, na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie lub względnie oddalenie na koszt Odwołującego.

W uzasadnieniu wskazał.

1. Zamawiający w dniu 14 listopada 2016 r. unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Podstawę dokonanej czynności stanowił fakt upływu terminu związania ofertą m.in. złożoną przez Odwołującego w zakresie pakietów 4 i 5. Do chwili dokonania zaskarżonej czynności, Odwołujący nie przedłożył Zamawiającemu żadnego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, jak również nie przedłożył wadium w tym zakresie. Takiego oświadczenia, jak i wadium, Odwołujący nie przedłożył również do dnia sporządzenia niniejszego pisma.

2. W związku z powyższym Zamawiający w pierwszej kolejności wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp jako odwołania wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Zgodnie z treścią art. 179 odwołanie wnieść mógł wykonawca, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę

w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przedmiotowej sprawie odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą, zatem utracił status wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, a przez to nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia, jak również z tego tytułu nie może ponieść szkody. Stanowisko zamawiającego w tym zakresie potwierdzone zostało w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 26 maja 2014 r. sygn. akt KIO 883/14 KIO 900/14 KIO 904/14 KIO 905/14 Izba stwierdziła, że *„wykonawca – nie będąc związany ofertą w dacie złożenia środka ochrony prawnej – nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazywanych w odwołaniu, bowiem w następstwie uwzględnienia odwołania i dokonania – zgodnie z jego żądaniami – powtórnej oceny ofert Zamawiający nie będzie miał możliwości wyboru oferty Odwołującego i zawarcia z nim niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) Reasumując – Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, bowiem nie może skutecznie domagać się od Zamawiającego wyboru jego oferty i zawarcia z nim umowy. Trzeba ponownie podkreślić, że celu odwołania należy upatrywać w poprawieniu sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotu, który z tego środka korzysta. W niniejszej sprawie taki efekt nie zostałby osiągnięty nie tylko z uwagi na przywrócenie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, którego oferta jest korzystniejsza niż oferta Odwołującego, ale przede wszystkim ze względu na brak możliwości wyboru oferty Odwołującego, z uwagi na upływ terminu związania ofertą. W konsekwencji nie została również spełniona przesłanka dotycząca szkody, bowiem wykonawca, który nie może uzyskać zamówienia nie może tym samym ponieść uszczerbku majątkowego.”* Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w wyroku z dnia 28 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 255/14, wskazując: *„O ile w rozpoznawanym przypadku, uznać należało, iż Odwołujący miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, złożył bowiem ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia, to brak już było podstaw do przesądzenia, iż na dzień wniesienia odwołania mógłby on ponieść szkodę w wyniku potwierdzenia się podnoszonych przez niego zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Ewentualne uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania, doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji czynności badania i oceny ofert, w wyniku której oferta złożona przez Odwołującego nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, z uwagi na fakt, iż przerwany został stan związania nią Odwołującego. Stąd też, wobec braku możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody, niemożliwym było uznanie, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania”*.

Mając powyższe na uwadze, wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp jest w pełni uzasadniony.

3. W przypadku braku odrzucenia odwołania, Zamawiający wskazał na kwestie stanowiące podstawę wniosku o oddalenie odwołania. W pierwszej kolejności Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego, że wadliwie dokonał czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu nr 4 i 5 i nie dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu. Zamawiający jeszcze raz podkreślił, że termin związania Odwołującego ofertą upłynął wcześniej, przed dokonaniem zaskarżonej czynności, zarówno co do pakietu nr 4 jak i nr 5. Zamawiający wobec faktu, że w toku postępowania już raz zwracał się do wykonawców o wydłużenie terminu związania ofertą, nie miał możliwości dokonania tej czynności ponownie. Odwołujący pomimo możliwości skorzystania z uprawnienia określonego w art. 85 Pzp również nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą (nie uczynił tego również drugi wykonawca). Tym samym w chwili dokonywania czynności unieważnienia postępowania Zamawiający nie dysponował ważnymi ofertami w celu dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, co skutkowało unieważnieniem postępowania.

4. Przywołana przez Odwołującego argumentacja ma niejako odsunąć uwagę Krajowej Izby Odwoławczej od zaniechań Odwołującego przez skupienie się tylko i wyłącznie na rozważaniu dotyczącym unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz poprzednich dwóch odwołań w tym postępowaniu. Zamawiający zwrócił jednakże uwagę na fakt, że udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga należytej staranności wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego. Wyrażać powinna się ona zapobiegliwością rozumianą jako podejmowanie czynności niezbędnych dla ochrony swoich praw w procedurze przetargowej a w okolicznościach sporu – utrzymaniem stanu związania ofertą. Ewentualna wyrażona po zaskarżonej czynności Zamawiającego gotowość i chęć zawarcia z Zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego jest już czynnością spóźnioną, gdyż stan związania ofertą musi mieć charakter ciągły (nieprzerwany) oraz, że nie można go domniemywać.

Przedłużenie terminu związania ofertą wymaga wyraźnego zachowania wykonawcy lub zamawiającego i wykonawcy. Dotyczy to zarówno sytuacji, gdy wykonawca odmawia przedłużenia tego okresu, składając oświadczenie tej treści, a także gdy wykonawca takiej zgody nie wyraża i nie składa oświadczenia w sytuacji, gdy zamawiający zwraca się do wykonawców o przedłużenie tego okresu, jak również, gdy z uwagi na brak inicjatywy ze strony zamawiającego, wykonawca nie wyraża takiej zgody samodzielnie. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje samoistnego przedłużenia terminu związania ofertą. To działanie wykonawcy polegać powinno na złożeniu jednoznacznego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Nie można domniemywać, że wykonawca złożył

takie oświadczenie przez swoje milczenie (wyrok z dnia 7 grudnia 2012 r. sygn. akt KIO 2572/12 i KIO 2573/12).

5. Zamawiający wskazał na ugruntowane już orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie możliwości wyboru oferty, której termin związania ofertą upłynął. Izba w tym zakresie wskazywała na konieczność rozróżnienia dwóch kwestii – możliwości zawarcia umowy z wykonawcą, który złożoną ofertą związany już nie jest (pod tym wszakże warunkiem, że jej wybór nastąpił przed upływem omawianego terminu) oraz możliwości wyboru jako oferty najkorzystniejszej takiej, dla której termin związania ofertą już upłynął. O pierwszym zagadnieniu pozytywnie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 24 lutego 2010 r. sygn. akt SK 22/08 i w odniesieniu do niego orzecznictwo Izby zgodnie opowiada się za jego dopuszczalnością. W przypadku drugiej kwestii takiej możliwości Izba już nie przewidywała, podnosząc, że skutki wygaśnięcia terminu związania ofertą trzeba rozpatrywać nie tylko przez pryzmat przepisów Prawa zamówień publicznych, które *de iure* nie wprowadzają wymogu ciągłego utrzymywania przez wykonawcę stanu związania ofertą (przepis art. 85 Pzp), ale sięgnąć również – przez odesłanie zawarte w art. 14 Pzp – do przepisów K.c. Istotne znaczenie w tym zakresie ma przepis art. 66 K.c., w świetle którego stan związania ofertą jest konstruktywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Łączna interpretacja ww. przepisów prowadzi w konsekwencji do logicznego wniosku, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi w dacie związania ofertą.

Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że związanie ofertą, zgodnie z istotą tej czynności i stanowiskiem przedstawianym w doktrynie i orzecznictwie, jest oświadczeniem wykonawcy potwierdzającym uczestniczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia i podporządkowanie się konsekwencjom wynikającym z tego faktu, a przede wszystkim wyrażającym gotowość zawarcia umowy na warunkach przedstawionych przez zamawiającego, w razie wybrania oferty tego wykonawcy. Wykonawca składa oświadczenie o związaniu ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ. Związanie ma charakter ciągły, a staranność wykonawcy polega na dbałości o aktualność związania ofertą. Na gruncie Prawa zamówień publicznych jest niewątpliwe, że wybór oferty najkorzystniejszej ma nastąpić w terminie związania ofertą, natomiast wykonawca powinien być związany złożoną przez siebie ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert (wyrok sygn. akt KIO 2020/12). Podobnie o konieczności dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jedynie spośród tych, które w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób nieprzerwany poczynszy do chwili upływu terminu składania ofert wiążą wykonawców, którzy je złożyli, Izba wypowiedziała się w orzeczeniach wydanych w sprawach: KIO 1804/12, KIO 109/13, czy też KIO 1817/12, 1822/12, 2537/13 i 883/14.

Ponadto zgodnie z orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w tym przypadku konieczne jest odniesienie się do zmian legislacyjnych, jakie na przestrzeni lat zaszły w związku z omawianą kwestią. Do czasu nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r. inicjatywa w zakresie przedłużania terminu związania ofertą należała wyłącznie do zamawiających. Przepis ten uległ jednak zasadniczej zmianie, którą należy ocenić, jako przesunięcie ciężaru dbałości o stan związania ofertą z zamawiającego na wykonawców.

Zamawiającemu *de lege lata* przysługuje już tylko uprawnienie do jednokrotnego zwrócenia się, w określonym czasie, do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na czas oznaczony, nie dłuższy niż 60 dni, podczas gdy wykonawcy zyskali możliwość nieograniczonego czasem i ilością przedłużania omawianego terminu. Przyjęcie zapatrywań, że ciężar dbałości o istnienie stanu związania ofertą spoczywa na zamawiającym, jako gospodarzu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz że możliwy jest wybór jako oferty najkorzystniejszej po wygaśnięciu terminu związania ofertą, byłoby nie do pogodzenia nie tylko z dokonaną zmianą brzmienia przepisu art. 85 Pzp, ale w ogóle z sensem istnienia tej regulacji w przepisach Prawa zamówień publicznych. Na potwierdzenie tego stwierdzenia Zamawiający przywołał argumentację Izby zawartą w orzeczeniu sygn. akt KIO 1924/12: *„nie budzi wątpliwości, i wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym oferent był swoją ofertą związany, oferta wygasa. Tym samym staje się ona ofertą jedynie w znaczeniu historycznym lub substratem materialnym oferty, a nie wiążącym oferenta oświadczeniem woli o gotowości zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach.”*

6. Wobec całkowitej bierności odwołującego w zakresie przedłużenia ważności złożonej przez siebie oferty oraz wobec braku ważnej innej oferty w postępowaniu, Zamawiający nie mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający nie zwrócił się do wykonawców z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą (gdyż raz już to uczynił w toku postępowania) a żaden z wykonawców terminu związania ofertą nie przedłużył. Tym samym, Zamawiający nie miał możliwości kontynuowania postępowania, gdyż ważność wszystkich ofert już wygasła. Podstawę unieważnienia postępowania stanowić więc musiał art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 Pzp oraz art. 14 Pzp w zw. z art. 66 kodeksu cywilnego. Wykładania celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy musi prowadzić do wniosku, że – uwzględniając odpowiednio art. 146 ust. 6 Pzp oraz art. 85 ust. 1 Pzp oraz art. 14 Pzp w zw. z art. 66 kodeksu cywilnego, w sytuacji gdy ustawa wprost nie reguluje tego typu sytuacji – wszelkie nienadające się usunąć wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, stanowią przesłankę jego unieważnienia (wyroki KIO: z 24.08.2011 r. sygn. akt KIO 1689/11, z 02.06.2011 r. sygn. akt KIO 1033/11).

Zdaniem Zamawiającego dokonana czynność unieważnienia postępowania była zgodna z przepisami Prawa zamówień publicznych, w związku z czym odwołanie powinno zostać oddalone.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający nie chcąc wchodzić w polemikę z bezpodstawnymi insynuacjami Odwołującego co do przyczyn unieważnienia postępowania wskazał, że dwa poprzednie odwołania i ich uznanie przez Zamawiającego, nie mają żadnego przełożenia na niniejszą sprawę. Przypomniał tylko, że w przypadku pierwszego odwołania Zamawiający uznał swój błąd i przez to uznał również odwołanie Odwołującego. W zakresie natomiast uznania drugiego odwołania Zamawiający wskazał, że czynność ta wynikała nie z uznania swojego błędu (jak to sugeruje Odwołujący) lecz całkowicie z innych przyczyn dotyczących złożonych w postępowaniu ofert, również nie związanych z niniejszą sprawą. Odwołujący powinien mieć świadomość, że tego typu oskarżenia powinny mieć swoje poparcie dowodowe, gdyż w przeciwnym razie naraża się co najmniej na odpowiedzialność odszkodowawczą za tego typu stwierdzenia. To Odwołujący w niniejszej sprawie powinien sobie odpowiedzieć na pytanie, czy ze swej strony dokonał wszystkich czynności zgodnie z przepisami ustawy, a nie obecnie swoją bezczynność „zasłaniać” zarzutem bezstronności Zamawiającego. Szczególnie jest to warte podkreślenia w sytuacji, gdy w jednym pakiecie Odwołujący był jedynym, który złożył ofertę, a w drugim pakiecie termin ważności oferty innego wykonawcy również upłynął.

Mając na uwadze wyżej podniesione okoliczności, stanowisko Zamawiającego wyrażone na wstępie uznać należy za w pełni uzasadnione i konieczne.

Zamawiający cofnął wniosek o odrzucenie odwołania przedstawiony w piśmie alternatywnie z wnioskiem o oddalenie odwołania, wniósł o oddalenie odwołania, wskazując jak wyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Termin związania odwołującego ofertą, określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt IX) 1 na 60 dni, tj. maksymalną długość przewidzianą dla zamówień, o których stanowi przepis art. 85 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, rozpoczął bieg wraz z upływem terminu składania ofert – w dniu 10 sierpnia 2016 r., stosownie do art. 85 ust. 5 ustawy.

Po uwzględnieniu dwukrotnego zawieszenia biegu terminu związania ofertą w związku z wniesieniem odwołań po upływie terminu składania ofert zgodnie z art. 182 ust. 6 Pzp oraz przedłużenia terminu na wniosek zamawiającego w myśl art. 85 ust. 2 ustawy,

upływ terminu związania odwołującego ofertą w pakietach 4 i 5 nastąpił w dniu 3 listopada 2016 r.

Ustalenia przedstawione przez zamawiającego potwierdził odwołujący po weryfikacji swoich ustaleń, oświadczając na rozprawie, że termin związania ofertą upłynął w dniu 3 listopada 2016 r.

Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia (postanowienie z dnia 2 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 1999/16).

Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia w pakietach 4 i 5 w dniu 14 listopada 2016 r. wobec braku ważnych ofert: w pakiecie 4 termin związania ofertą drugiego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu upłynął również w dniu 3 listopada 2016 r., w pakiecie 5 oferta odwołującego była jedyną ofertą złożoną w tym zadaniu.

O unieważnieniu postępowania zamawiający zawiadomił odwołującego w dniu 14 listopada 2016 r. o godz. 14:32. W tym samym dniu o godz. 15:16 odwołujący przesłał zamawiającemu wniosek-prośbę: *„Zwracamy się z prośbą o przedłużenie terminu związania z ofertą o 30 dni.”* (dokumentacja postępowania, rejestr połączeń, wyjaśnienia pełnomocników stron).

Zamawiający poinformował odwołującego pismem z dnia 15 listopada 2016 r., że przedłużenie terminu związania ofertą jest nieskuteczne. Dla skuteczności czynności wymagane jest stosowne, jednoznaczne oświadczenia przedłużające okres związania ofertą, jak i przedłużenie ważności wadium lub złożenie nowego wadium w okresie związania ofertą. Wskazał, że wykonawca nie przedłożył zamawiającemu oświadczenia przedłużającego termin związania ofertą oraz nie wniósł nowego wadium.

Podstawy – prawne i faktyczne unieważnienia postępowania dotyczącego pakietów 4 i 5, stanowiły te same przepisy ustawy Pzp oraz te same okoliczności, cytowane w odwołaniu (różnice wynikające z dwóch zawiadomień z dnia 14 listopada 2016 r. dotyczą ilości ofert: w pakiecie 4 dwie oferty, w pakiecie 5 jedna oferta).

Fragment zawiadomienia z dnia 14 listopada 2016 r. dotyczącego pakietu 4, w którym wskazano obok odwołującego drugiego wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia brzmi: *„Zgodnie z art. 85 ust. 2 Zamawiający może tylko raz zwrócić się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie pierwotnego terminu związania ofertą o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni i to właśnie już uczynił. W doktrynie prezentowane jest stanowisko, że związanie ofertą trwa tylko przez czas oznaczony, po upływie którego oferta wygasa. Obowiązek dbałości o ważność oferty spoczywa na Wykonawcy, który winien przed upływem terminu związania ofertą złożyć zamawiającemu stosowne oświadczenie w tym zakresie. Żaden z Wykonawców po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia nie przedłożył Zamawiającemu oświadczenia przedłużającego termin związania ofertą.*

Wobec faktu, iż żaden z powyższych wykonawców do dnia dzisiejszego nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą niniejsze postępowanie należało unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp w zw. z art. 146 ust. 6 pzp w zw. z art. 85 ust. 1 pzp oraz art. 14 pzp ust. 1 w zw. z art. 66 kc. W postępowaniu bowiem w stosunku do złożonych ofert upłynął termin związania wobec czego Zamawiający nie ma możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu w chwili obecnej”.

W odwołaniu i na rozprawie odwołujący kwestionował niezasadność unieważnienia postępowania na podstawie zastosowanych przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wskazując na gotowość zawarcia umowy oraz podnosząc możliwość dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, mimo upływu terminu związania ofertą i – jak dodatkowo przedstawił zamawiający na rozprawie – braku zabezpieczenia oferty wadium.

Izba, badając z urzędu legitymację czynną odwołującego do wniesienia odwołania oraz uwzględniając wniosek zamawiającego o niemożliwość poniesienia przez odwołującego szkody, uznała jak niżej.

Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (wskazujący na kumulatywnie występujące wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy), stanowi przesłankę materialnoprawną przesądzającą o posiadaniu przez odwołującego legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. W razie potwierdzenia braku legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania, Izba oddała odwołanie bez merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Co do braku możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej po upływie terminu związania ofertą oraz niewykazania przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podzieliła w pełni stanowisko wynikające z orzecznictwa, w tym w szczególności z przedstawionych niżej wyroków (wybrane fragmenty) – związanie wykonawcy ofertą, obowiązki i uprawnienia zamawiającego i wykonawcy oraz wynikające z tego skutki prawne.

1. Z dnia 3 września 2012 r. sygn. akt KIO 1804/12:

„Podkreślenia wymaga okoliczność, iż termin związania ofertą jest istotnym terminem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jego upływ skutkuje uznaniem, że oferta wykonawcy przestała wiązać i nie może w związku z tym stanowić podstawy wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu, zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W innym przypadku nie miałyby racji bytu i stawiały pod znakiem zapytania racjonalność ustawodawcy przepisy ustawy Pzp wskazujące na bieg terminu związania ofertą (art. 85 ust. 5 ustawy Pzp), jego długość (art. 85 ust. 1 ustawy Pzp), powiązanie tego terminu z zabezpieczeniem wadium oferty (art. 85 ust. 4 ustawy Pzp) oraz przede wszystkim przepisy wskazujące na możliwości przedłużenia tego terminu w określonych sytuacjach (art. 85 ust. 2 ustawy Pzp), (...). Istotnym zatem w tym zakresie jest oświadczenie wykonawcy odnośnie związania się

ofertą złożoną Zamawiającemu na zasadach i warunkach określonych w jej treści oraz w treści SIWZ. Oświadczenie wykonawcy o terminie związania ofertą, co do oceny jego charakteru, nie stanowi nic innego, jak oświadczenie woli wykonawcy, zgodnie z art. 60 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp. W konkluzji zatem stwierdzić należy, że dla skuteczności i prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, zgodnie z zasadą określoną w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, istotne jest ustalenie, czy termin związania ofertą ściśle określony w każdym postępowaniu co do jego długości i momentu rozpoczęcia biegu, nie upłynął. Powyższego nie należy mylić z czynnością podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, która to czynność, dla jej skuteczności – zgodnie zresztą z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08) – nie wymaga ważności terminu związania ofertą (dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jeśli chęć jej podpisania wyraża wykonawca, którego oferta została uznana w postępowaniu za najkorzystniejszą). (...)

Należy także zauważyć, że przepisy ustawy Pzp w sposób precyzyjny określają sposoby przedłużania terminu związania ofertą. Art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje w tym zakresie na dwa sposoby przedłużenia tego terminu, tj.:

- z inicjatywy Zamawiającego – tylko raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o maksymalny okres 60 dni na skutek wezwania kierowanego w tym przedmiocie do wykonawców oraz
- samodzielnie przez wykonawcę – na każdym etapie postępowania po otwarciu ofert, na dowolny okres i bez ograniczeń ilościowych co do liczby takich przedłużeń w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Warto podkreślić, że ustawodawca określając te dwa sposoby przedłużania terminu związania ofertą przy przedłużeniu go z inicjatywy zamawiającego dał zamawiającemu taką możliwość, a nie nałożył na niego takiego obowiązku (określenie „może” użyte w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp). Tym samym zatem, skoro ustawa nie przewiduje w tym zakresie obligatoryjnego działania ze strony zamawiającego, nie można podmiotom zamawiającym stawiać zarzutów, w sytuacji gdy nie korzystają z tego uprawnienia, nie wzywają wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą. W konsekwencji zatem to wykonawca, który ma nieograniczoną możliwość korzystania z prawa przedłużania terminu związania ofertą, powinien czuwać nad ważnością swojej oferty z punktu widzenia okresu związania ofertą.

Podkreślić również należy, że dla skutecznego złożenia oświadczenia woli wykonawcy o przedłużeniu okresu związania swoją ofertą konieczne jest złożenie tego oświadczenia woli Zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert i w taki sposób, aby możliwe było zapoznanie się z treścią tego oświadczenia woli przez zamawiającego. W tym zakresie istotnym zatem będzie przekazanie takiego oświadczenia woli przez wykonawcę

zamawiającemu w taki sposób, aby ten mógł się z nim zapoznać przed upływem tego okresu, zgodnie z teorią złożenia oświadczenia woli wyrażoną w art. 61 § 2 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp (oświadczenie woli wywołuje skutki prawne co do momentu jego złożenia jeśli zostało złożone drugiej osobie w taki sposób, aby mogła się zapoznać z jego treścią).”

2. Z dnia 7 września 2012 r. sygn. akt KIO 1817/12 i KIO 1822/12:

„Odwołanie okazało się bezzasadne, bowiem odwołujący nie spełnia przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp. Przywołany przepis wskazuje, że odwołanie przysługuje wykonawcy lub innemu podmiotowi, jeśli miał lub ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy poniósł lub może ponieść szkodę.

Wymagania wynikające z przywołanego przepisu winny być spełnione na dzień wnoszenia odwołania i podlegają obligatoryjnemu badaniu przez Izbę w kontekście zarzutów podniesionych w odwołaniu, ich spełnienie warunkuje bowiem rozpoznanie odwołania co do istoty.

Przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody mają charakter materialnoprawny i muszą być spełnione kumulatywnie, w przeciwnym razie odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i przez wniesienie odwołania dąży do przywrócenia możliwości jej wyboru. W dniu wniesienia odwołania odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia. Nie została natomiast spełniona przesłanka szkody – wobec upływu terminu związania ofertą przed dniem wniesienia odwołania odwołujący nie może uzyskać zamówienia, złożona przez niego oferta nie może być uznana za najkorzystniejszą.

(...)

Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 24 lutego 2010 r. (sygn. SK 22/08) wskazał na możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą. Pogląd ten jest zgodny z aktualnym stanem prawnym, obecnie przepisy nie wymagają zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie związania ofertą.

Na gruncie ustawy prawo zamówień publicznych odróżnić jednak należy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty poprzedzającej udzielenie zamówienia.

Nie budzi wątpliwości Izby, że wybór oferty najkorzystniejszej musi nastąpić w terminie związania ofertą a wykonawca winien być związany złożoną ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert.

Pogląd ten znajduje oparcie w art. 85 ust. 2 Pzp, który stanowi, że wykonawca, samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej 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. Wbrew twierdzeniom odwołującego ustawa

w przywołanym przepisie, mimo, iż nie stanowi *expressis verbis* o konieczności utrzymania stanu związania ofertą przez wykonawcę, wymóg ten statuuje, co powoduje konieczność przedłużenia terminu związania ofertą w czasie związania ofertą. Przedłużyć, czyli – zgodnie z językowym znaczeniem tego pojęcia – spowodować, że coś trwa dłużej, niż przewidziano, można jedynie istniejący stan prawny. Stan prawny, który ustał, może być wyłącznie restytuowany – ustanowiony na nowo. Możliwości takiej ustawa w odniesieniu do terminu związania ofertą nie przewiduje.

W konsekwencji termin związania ofertą ustalony przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownie do wymagań zawartych w art. 36 ust. 1 pkt 9 oraz art. 85 ust. 1 Pzp z nie może upłynąć, lecz winien być przedłużany, tak aby stan związania ofertą wykonawcy nie ustał (vide: Komentarz do art. 85 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.).

Dostrzeżenia wymaga, że art. 85 ust. 2 Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku dokonania wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą. Używając czasownika „może” oraz ograniczając aktywność zamawiającego do jednokrotnego wezwania do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą ustawodawca powierzył utrzymanie stanu związania ofertą przede wszystkim wykonawcy. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga należytej staranności wykonawcy obejmującej zapobiegliwość dla ochrony swoich praw w postępowaniu i polegająca na utrzymaniu stanu związania ofertą.

Oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania oferta winno być złożone w sposób jasny, gdyż nie podlega ono ustaleniu na podstawie innych czynności wykonawcy – korespondencji z zamawiającym, wnoszenia środków ochrony prawnej.

(...)

Podsumowując należy stwierdzić, że o ile ustawa dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, to wybranie oferty, którą wykonawca nie jest związany, narusza prawo.

Termin związania ofertą przez odwołującego upłynął, nie podlega przywróceniu, oferta złożona przez odwołującego nie może zostać uznana za najkorzystniejszą.”

3. Z dnia 28 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 255/14, cytowanym przez zamawiającego: „Kierując się tak dokonanyimi ustaleniami, Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, nie przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Zgodnie z powołanym przepisem odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. O ile w rozpoznawanym przypadku,

uznać należało, iż Odwołujący miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, złożył bowiem ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia, to brak już było podstaw do przesądzenia, iż na dzień wniesienia odwołania mógłby on ponieść szkodę w wyniku potwierdzenia się podnoszonych przez niego zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Ewentualne uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania, doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji czynności badania i oceny ofert, w wyniku której oferta złożona przez Odwołującego nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, z uwagi na fakt, iż przerwany został stan związania nią Odwołującego. Stąd też, wobec braku możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody, niemożliwym było uznanie, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania.”

4. Z dnia 30 lipca 2013 r. sygn. akt 1732/13, podstawa unieważnienia postępowania:
„Sąd orzecznictwo i doktryna w znakomitej większości przyjmuje wykładnię celowościową art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, zgodnie z którą zamawiający przy unieważnianiu postępowania na podstawie tego przepisu uprawnieni są do wzięcia pod uwagę nie tylko wąsko opisanych w art. 146 ust. 1 pzp okoliczności, ale mogą i powinni również uwzględniać okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 pzp.”

5. Z dnia 5 marca 2012 r. sygn. akt 356/12, podstawa unieważnienia postępowania:
„(...) podstawę taką może stanowić art. 146 ust. 6 ustawy Pzp przywołany w uzasadnieniu unieważnienia przez Zamawiającego. Skoro Prezes UZP może, w przypadku dokonania przez Zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, to tym bardziej Zamawiający, w wyniku samokontroli postępowania, może unieważnić nieprawidłowo prowadzone postępowanie.”

Uwzględniając powyższe, Izba uznała za zasadne stanowisko zamawiającego w przedmiocie wpływu terminu związania odwołującego ofertą oraz, że wybór najkorzystniejszej oferty co do której upłynął termin związania, nie jest dopuszczalny po upływie tego terminu. Nie stanowi natomiast naruszenia przepisów ustawy Pzp zawarcie umowy po upływie terminu związania ofertą, pod warunkiem jej wyboru w terminie związania ofertą.

Wybór oferty po upływie terminu związania ofertą stanowi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Umowa o wykonanie zamówienia zawarta w wyniku takiego wyboru, byłaby dotknięta wadą – nieważnością względną, uprawniającą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o jej unieważnienie zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Okoliczności te odpowiadają przesłankom obarczenia postępowania wadą, o której stanowi przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający dokonując, w ustalonych okolicznościach sprawy, unieważnienia postępowania w pakietach 4 i 5, nie naruszył przepisów ustawy Pzp.

Wobec nie stwierdzenia naruszenia przez zaskarżoną czynność zamawiającego przepisów ustawy, odwołujący nie mógł ponieść szkody, co stanowi nieodzowną przesłankę przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, mimo zainteresowania odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

W wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. sygn. akt V Ca 1973/11 (późniejszym do wskazanego przez odwołującego na rozprawie), Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał: *„Interes w uzyskaniu „danego” zamówienia jednak nie wystarczy. Trzeba jeszcze wykazać, że poniosło się szkodę, albo że do szkody takiej dojść może.”*

Mając na uwadze powyższe ustalenia i ich ocenę, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, przejazdu na wyznaczone posiedzenie Izby w kwocie 216 zł oraz poniesione z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 34 zł, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: