

Sygn. akt: KIO 978/14

WYROK

z dnia 3 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec
Członkowie: Magdalena Rams
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 16 maja 2014 r. przez wykonawcę: **SPR TEC Europe GmbH (Sp. z o.o.), Bruckbachweg 23, A-4203 Altenberg bei Linz, Austria** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu (50-241), Na Grobli 14/16**

przy udziale wykonawcy: **Firma SEZAM INSTAL P. C..... i R. C..... sp. j. w Opolu (45-131), ul. Cygana 1** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **SPR TEC Europe GmbH (Sp. z o.o.)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **SPR TEC Europe GmbH (Sp. z o.o.)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **SPR TEC Europe GmbH (Sp. z o.o.)** na rzecz zamawiającego: **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawę sprzętu i pojazdów służących do renowacji sieci kanalizacyjnej metodą długiego rękawa wraz z materiałami eksploatacyjnymi” zostało wszczęte przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 249-437690) w dniu 24 grudnia 2013 r.

W dniu 16 maja 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w formie pisemnej przez wykonawcę: SPR TEC Europe GmbH (Sp. z o.o.), zwanego dalej Odwołującym.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

- „naruszenie art. 192 ust. 3 pkt 1 pzp polegające na zaniechaniu wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 513/14) i powtórzenia oceny ofert;
- naruszenie art. 24 pzp, przez to, że Zamawiający nie podał żadnej podstawy prawnej decyzji o uznaniu oferty Odwołującego za nieważną, co faktycznie doprowadziło do wykluczenia Odwołującego z postępowania z naruszeniem art. 24 pzp, który przewiduje zamknięty katalog przyczyn wykluczenia wykonawcy z postępowania;
- naruszenie art. 85 ust. 2 ustawy pzp przez to, że Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą;
- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy pzp przez to, że Zamawiający wybrał ofertę, która nie jest ofertą najkorzystniejszą oraz prowadził postępowanie w sposób uporczywie naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez świadome nierespektowanie przepisów ustawy oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców, polegające na celowym i oczywiście bezpodstawnym zaniechaniu podjęcia czynności zmierzających do zawarcia umowy

z Odwołującym, tj. wykonawcą którego oferta, zgodnie z przepisami pzp winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.”

Mając na uwadze podniesione zarzuty Odwołujący wnosił o „*nakazanie Zamawiającemu:*

- *wykonania wyroku KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r., sygn. KIO 513/14;*
- *unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Sezam-Instal Sp.j. o której Zamawiający poinformował pismem z dnia 07 maja 2014 r.;*
- *uznania, że przedłużenie okresu ważności wadium stanowiło jednocześnie przedłużenie terminu związania ofertą na okres ważności wadium, ewentualnie*
- *wezwania wykonawcy - SPR TEC Europę GmbH do złożenia oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą,*
- *w związku z nakazaniem uznania, że przedłużenie okresu ważności wadium stanowiło jednocześnie przedłużenie terminu związania ofertą na okres ważności wadium, ewentualnie dokonania wezwania do złożenia oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą - nakazanie unieważnienia czynności uznania oferty Odwołującego za nieważną;*
- *dokonania ponownego badania i oceny ofert;*
- *i w związku z tym nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.”*

W dniu 19 maja 2014 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył wykonawca: Firma SEZAM INSTAL P. C..... i R. C..... sp. j. w Opolu, zwany dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty, o które wnioskował Odwołujący w odwołaniu, tj.

1. akta sprawy o sygnaturze KIO 513/14, prowadzonej z odwołania wniesionego przez SPR TEC Europę GmbH w dniu 17 marca 2014 r. - tym w szczególności:
 - a) Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia;
 - b) ofertę wykonawcy Firmy Sezam-Instal Sp.j. P. C..... i R. C..... w Opolu;
 - c) oferty Odwołującego;
 - d) pismo Zamawiającego z dnia 4 lutego 2014 r. - wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
 - e) pismo Odwołującego z dnia 12 lutego 2014 r. - odpowiedź na wezwanie z dnia 4 lutego 2014 r.;
 - f) oświadczenia z dnia 28 stycznia 2014 r. o braku podstaw do wykluczenia z przetargu wraz z tłumaczeniem uwierzytelnionym z języka niemieckiego;
- a. pismo Zamawiającego z dnia 6 marca 2014 r. informujące o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu Odwołującego;
2. dokument – zmiana z dnia 11 kwietnia 2014 r. do gwarancji nr 200157 wraz z dowodem jego doręczenia Zamawiającemu;
3. pismo Zamawiającego z dnia 7 maja 2014 r. informujące o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz uznaniu oferty Odwołującego za nieważną.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt IX.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) termin związania ofertą został ustalony na 60 dni. Jego bieg rozpoczął się wraz z upływem terminu składania ofert, który zgodnie z pkt XI.1 SIWZ upłynął w dniu 31 stycznia 2014 r. o godz. 9:30. Stąd też termin związania ofertą powinien być upłynąć w dniu 31 marca 2014 r., jego bieg uległ jednak zawieszeniu zgodnie z przepisem art. 182 ust. 6 ustawy Pzp na czas trwania postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą. Pismem z dnia 6 marca 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wybraniu oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego. Z uwagi na fakt, iż Odwołujący wniósł w dniu 17 marca 2014 r. odwołanie wobec tych czynności Zamawiającego, a Izba rozstrzygnęła o nich merytorycznie wydając wyrok i ogłaszając go w dniu 1 kwietnia 2014 r., ustalony w SIWZ termin 60 dni związania wykonawców złożonymi przez nich ofertami upływał ostatecznie z dniem 15 kwietnia 2014 r. Co istotne, żadna ze Stron, jak i Przystępujący, nie tylko nie kwestionowali tak poczynionych ustaleń, ale wręcz je potwierdzili w toku rozprawy przed Izbą.

Istotnym dla sprawy jest również to, że Odwołujący wraz ze złożoną przez siebie ofertą przedstawił w charakterze wadium gwarancję nr 200157 wystawioną przez Bank of Tokyo. Zgodnie z jej treścią była ona ważna do dnia 31 marca 2014 r. Jak wynika z treści

powołanego już pisma z dnia 6 marca 2014 r. Zamawiający, wypełniając nałożony na niego przepisem art. 46 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek, zwrócił tę gwarancję Odwołującemu.

W dniu 15 kwietnia 2014 r. Zamawiającemu doręczony został dokument opisany jako „*Zmiana nr do gwarancji 200157*” wystawiony przez Bank of Tokyo i opatrzony datą 11 kwietnia 2014 r.

Zamawiający pismem z dnia 7 maja 2014 r. poinformował Odwołującego o dokonaniu ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. W piśmie tym wskazał, iż czynności przez niego podjęte były konsekwencją orzeczenia wydanego przez Izbę w sprawie KIO 513/14. W wyroku tym Izba orzekła, iż „*uwzględnia odwołanie i, wobec braku przesłanki faktycznej wykluczenia Odwołującego [także wykonawca: SPR TEC Europe GmbH] z postępowania (dotyczącej treści oświadczenia z art. 24 ust. 1 pkt 9 Prawa zamówień publicznych), wskazanej w uzasadnieniu decyzji z dnia 6 marca 2013 r. o wykluczeniu Odwołującego, nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert*”. Zamawiający wyjaśnił również, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący „*nie przedłużył terminu związania ofertą (art. 85 ust. 2 Ustawy), w związku z tym jego oferta jest nieważna i nie podlega czynnościom badania i oceny ofert, co potwierdza także wyrok KIO 1815/11*”. Mając na uwadze poczynione przez siebie ustalenia co do faktów istotnych dla określenia daty wyznaczającej koniec biegu terminu związania Odwołującego złożoną przez niego ofertą, Zamawiający uznał, iż termin ten upłynął dla Odwołującego w dniu 16 kwietnia 2014 r.

Jak wynika z treści powołanego tu pisma z dnia 7 maja 2014 r. Zamawiający zwrócił Odwołującemu „*zmianę do gwarancji przetargowej nr 200157*”.

Wobec powołanych tu czynności Odwołujący wniósł odwołanie. Zarzuty w nim zawarte zostały oparte na twierdzeniu, iż z faktu przedstawienia w dniu 15 kwietnia 2014 r. Zamawiającemu aneksu do gwarancji wadialnej (Odwołujący podkreślał, że nieistotne przez kogo została ona wysłana, ważnym bowiem jest wystawienie jej na jego zlecenie), wynika to, że wyraził on w odpowiednim terminie zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Tym samym Zamawiający w sposób nieuprawniony wykluczył go z udziału w postępowaniu (jak to oświadczył w toku rozprawy przed Izbą), podczas gdy powinien był on powtórzyć czynność badania i oceny ofert mu przedstawionych, w tym również oferty złożonej przez Odwołującego.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą. W ocenie Izby z powołanego przepisu wynika konieczność utrzymania przez wykonawcę stanu związania złożoną przez siebie ofertą, brak jednak po stronie Zamawiającego obowiązku do wzywania wykonawców do wyrażenia takiej zgody. W przepisie tym wyraźnie jest mowa o przedłużeniu, a zatem o utrzymaniu stanu związania ofertą przed jego upływem. Skład orzekający w pełni utożsamia się w tym zakresie z poglądem wyrażonym w wyroku KIO 2020/12, gdzie Izba wyjaśniła, że: *„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 nie może upłynąć, lecz winien być przedłużany, tak aby stan związania ofertą wykonawcy nie ustał”*.

W powołanym wyroku (KIO 2020/12) Izba wyjaśniła również, 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.”* Podobnie o konieczności dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jedynie spośród tych,

które w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób nieprzerwany począwszy do chwili upływu terminu składania ofert wiążą wykonawców, którzy je złożyli Izba wypowiedziała się m.in. w orzeczeniach wydanych w sprawach: KIO 1804/12, 109/13, czy też 1817/12 1822/12.

W tym kontekście przywołać należy uzasadnienie do projektu zmiany ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która to zmiana ostatecznie stała się począwszy od 24 października 2008 r. (Dz. U. z 2008 r. Nr 171 poz. 1058) obowiązującym prawem. Co istotne w wyniku tej właśnie nowelizacji przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp otrzymał obecne brzmienie. W uzasadnieniu projektu w zakresie zmiany powołanego przepisu w celu umożliwienia wykonawcy samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą zapisane zostało: *„Przyznanie wykonawcy uprawnienia do samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą umożliwi zawarcie ważnej umowy w postępowaniach, w których zamawiający nie zwraca się do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą.”* Nawet, przy uwzględnieniu dokonanych od tego czasu zmian w regulacji art. 94 ustawy Pzp, pogląd ten należy uznać za częściowo aktualny. Na potwierdzenie czego można przywołać argumentację Izby zawartą w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 1924/12: *„nie budzi wątpliwości, iż 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. Powyższe znajduje potwierdzenie w znowelizowanym brzmieniu art. 85 ust. 2 Pzp, w którym ustawodawca dał wykonawcy możliwość samodzielnego, niezależnego od inicjatywy zamawiającego, przedłużania okresu związania swoją ofertą. Zmiana stanu prawnego w tym zakresie podyktowana została koniecznością zapobieżenia sytuacji, w której możliwe było doprowadzanie przez zamawiającego do eliminacji ofert z postępowania przez brak czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą. W innym wypadku ww. regulacja art. 85 ust. 2 Pzp i możliwość samodzielnego przedłużania przez wykonawców terminu związania ich ofertami ponad minimum wymagane przez zamawiającego, byłyby w istocie zbędne, skoro wykonawcy i bez takiego przedłużenia oraz poddania się rygorom i konsekwencjom z powyższym związanym, mogliby liczyć na pozostawanie ich oferty w postępowaniu oraz jej przyjęcie, tj. wybór jako najkorzystniejszej. Natomiast sprzecznym z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji byłoby jednakowe traktowanie wykonawców związanych złożoną ofertą (wobec których zamawiający zachowywałby wszelkie roszczenia wynikające ze związania ofertą) oraz wykonawców ofertą swoją nie związanych, którzy mogą zawrzeć umowę wyłącznie na zasadzie dobrowolności bez zagrożenia jakąkolwiek dolegliwością.”*

Mając powyższe na uwadze, Izba stanęła na stanowisku, iż w rozpoznawanej sprawie za decydujące o rozstrzygnięciu w sprawie odwołania uznać należało to, czy Odwołujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia dokonał niezbędnych czynności, które doprowadziłyby z zachowaniem odpowiednich terminów do przedłużenia stanu związania go złożoną przez siebie ofertą. W ocenie Izby nie sposób przyjąć, iż w zaistniałych okolicznościach doręczenie Zamawiającemu aneksu do gwarancji wadialnej w dniu 15 kwietnia 2014 r. mogło zostać uznane za dokonanie takich niezbędnych czynności. Kierując się treścią pisma z dnia 6 marca 2014 r. Izba przyjęła, iż gwarancja wadialna przedstawiona Zamawiającemu wraz z ofertą złożoną przez Odwołującego została temu wykonawcy zwrócona. Czynność ta stanowiła wypełnienie ciążącego na Zamawiającym zgodnie z przepisem art. 46 ust. 1 ustawy Pzp obowiązku, stąd też niezrozumiałymi są stwierdzenia Odwołującego formułowane w toku rozprawy przed Izbą o zbyt wczesnym (przed ostatecznym rozpoznaniem odwołania wniesionego w sprawie KIO 513/14). Zgodnie z powołanym przepisem zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zwrócenie Odwołującemu tejże gwarancji spowodowało, zgodnie z przepisami prawa, to, że oferta złożona przez Odwołującego wciąż (jak to ustalono, aż do dnia 15 kwietnia 2014 r.) wiązała tegoż wykonawcę, jednakże już od dnia 6 marca 2014 r. nie była zabezpieczona odpowiednim wadium. Oczywistym jest bowiem to, że skoro Zamawiający zwrócił Odwołującemu dokument gwarancji, nie mógł się nim już posłużyć. Co istotne zgodnie z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca w takim przypadku wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego. Tym samym do tego czasu oferta taka pozostaje, zgodnie z powołanymi przepisami, ofertą niezabezpieczoną wadium. Koniecznym jednak jest, jak to już wskazano wcześniej, aby wykonawca, który ją złożył, w chwili wyboru oferty najkorzystniejszej był nią związany. W zaistniałej sprawie znajdzie zatem zastosowanie pogląd wyrażony w orzeczeniu Izby wydanym w sprawie KIO 1197/13, gdzie Izba stwierdziła, że sam „*fakt wniesienia wadium i zapewnienia jego ciągłości nie przesądza o ciągłości terminu związania ofertą. Izba zwraca uwagę na to, że zabezpieczenie wadium nie jest warunkiem koniecznym dla funkcjonowania oferty wykonawcy w postępowaniu. Teza ta wynika z treści art. 46 ust. 1 i 3 ustawy, zgodnie z którymi dopuszczalny jest czasowy brak zabezpieczenia wadium w okresie pomiędzy wyborem innego wykonawcy, a powtórzeniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w skutek rozstrzygnięcia odwołania. Zasada ta nie zachodzi w odniesieniu*

do terminu związania ofertą, gdzie zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy termin ten ulega zawieszeniu, ale nie następuje przerwa w jego ciągłości.” W tym kontekście zauważyć należy, że w przypadku Odwołującego nie miała miejsca nawet ciągłość wadium – zgodnie z treścią gwarancji przedstawionej wraz z ofertą była ona ważna do dnia 31 marca 2014 r., tymczasem aneks do niej został wystawiony w dniu 11 kwietnia 2014 r., a przekazany Zamawiającemu w dniu 15 kwietnia 2014 r. Nie można zatem mówić w tym przypadku o przedłużeniu ważności wadium, skoro aneks mający do tego przedłużenia doprowadzić został podpisany w 11 dni po upływie ważności pierwotnej gwarancji. W takim przypadku można zatem mówić jedynie o restytucji, a nie o przedłużeniu pierwotnie złożonego wadium. Stąd też, w zaistniałej sytuacji, brak było jakichkolwiek podstaw do roztrząsania tego, czy samo przekazanie Zamawiającemu aneksu do gwarancji wadium mogło zostać uznane za równoznaczne z przedłużeniem przez Odwołującego terminu związania go złożoną przez niego ofertą.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż Odwołujący nie doprowadził do przedłużenia terminu związania go złożoną przez niego ofertą. W tym kontekście zastosowanie znajdzie pogląd wyrażony przez Izbę w wyroku wydanym w sprawie 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 stawały 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), jak również przepis wskazujący na obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku nie przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą (art. 24 ust. 2 pkt 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 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). Tym samym zatem, jeśli termin związania ofertą w sposób bezskuteczny upłynie - tj. bez stosownego jego przedłużenia, przewidzianego w przepisach ustawy Pzp (na skutek wezwania Zamawiającego lub samodzielnie przez wykonawcę) – należy uznać, że wykonawca nie zgadza się na przedłużenie okresu związania ofertą i skutkuje to koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.”. Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż powołany przepis obejmuje swym zakresem również przypadek, gdy wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą z własnej inicjatywy. Sam brak przywołania w piśmie z dnia 7 maja 2014 r. przez Zamawiającego wskazania na powołany tu przepis nie może zostać uznany za istotny. Z treści odwołania wynika bowiem, iż Odwołujący z samego uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego prawidłowo odczytał motyw, którymi kierował się Zamawiający oraz to jakimi przesłankami kierował się on podejmując decyzję, której dokonanie zakomunikował mu powoływanym tu pismem. Wskazać przy tym należy, iż Odwołujący nie formułował zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 92 ustawy Pzp, a jedynie art. 24 tejże ustawy.

Dlatego też Izba uznała, iż Zamawiający prawidłowo przyjął, że Odwołujący nie przedłużył terminu związania go złożoną przez siebie ofertą, co nie pozwoliło mu zaliczyć oferty Odwołującego do grona ofert, które podlegały ocenie, tj. do tych, spośród których powinna zostać wybrana oferta najkorzystniejsza. Tym samym nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przywołanych w rozpoznawanym odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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 wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków

przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....