

WYROK
z dnia 11 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Przemysław Dzierzędzki**

Członkowie: **Anna Chudzik**
Danuta Dziubińska

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **L. K.**, prowadzącego w **Zielonce** działalność gospodarczą pod nazwą **L. K., Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy **FBSerwis S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **L. K.**, prowadzącego w **Zielonce** działalność gospodarczą pod nazwą **L. K., Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **L. K.**, prowadzącego w **Zielonce** działalność gospodarczą pod nazwą **L. K., Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **L. K.**, prowadzącego w **Zielonce** działalność gospodarczą pod nazwą **L. K., Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

U z a s a d n i e

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, oddział w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 maja 2020 r., nr 2020/S 087-207755.

5 stycznia 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę L. K., prowadzącego w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą L. K., Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty w części 2 zamówienia.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu swej oferty w części 2 zamówienia odwołujący wniósł w dniu 15 stycznia 2021 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp przez odrzucenie swej oferty ze wskazaniem, że odwołujący nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp na przedłużenie terminu związania ofertą, pomimo faktu, że odwołujący taką zgodę wyraził, a zatem nie zachodziła przesłanka do odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu wskazanego przez Zamawiającego;
- 2) art. 7 ustawy Pzp przez podjęcie czynności nieproporcjonalnej do okoliczności postępowania, to jest odrzucenia oferty odwołującego z powodu wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą po dniu wyznaczonym przez Zamawiającego na wyrażenie tej zgody, które to działanie odwołującego można byłoby rozpatrywać jedynie w kategoriach uchybień proceduralnych, nie mających wpływu na prawidłowość oferty, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady proporcjonalności oraz uczciwej konkurencji;
- 3) innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty,
- 2) uwzględnienia swej oferty podczas dokonywania czynności badania i oceny ofert,
- 3) wyboru swej oferty w przypadku uznania jej za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że pismami z 28 września 2020 r. Zamawiający wezwał go do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium

na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania (zarówno dla części pierwszej jak i drugiej postępowania). Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na to wezwanie przedłożył osobne gwarancje wadialne dla każdej części zadania, przedłużając termin ważności gwarancji wadialnych do dnia 4 stycznia 2021 r. Wskazał, że pismem z dnia 17 listopada 2020 r. zamawiający zwrócił się do niego z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w zakresie części drugiej, z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. W ww. wezwaniu Zamawiający określił termin przekazania odpowiedzi do dnia 23 listopada 2020 r., tj. do dnia upływu pierwotnego terminu związania ofertą. Odwołujący wskazał, że 26 listopada 2020 r. odpowiedział na wezwanie zamawiającego, przedłużając termin związania ofertą do dnia 22 stycznia 2021 r. oraz przedłożył aneks do złożonego w postępowaniu wadium, przedłużający jego ważność również do dnia 22 stycznia 2021 r. Odwołujący wskazał także, że przedłużenie okresu ważności wadium dotyczyło drugiej części postępowania, natomiast 8 grudnia 2020 r. Odwołujący przedłużył gwarancję wadialną dla obu części, więc brak było sytuacji niezabezpieczenia wadium obu ofert złożonych w postępowaniu przez niego. Zamawiający uznał, że wobec faktu niewyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia upływu pierwotnego terminu, odwołujący nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z czym zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty, o czym poinformował odwołującego pismem z dnia 5 stycznia 2021 r.

Odwołujący argumentował, że przez cały czas postępowania miał wolę uczestniczenia w nim i zawarcia umowy, a jego oferta przez cały czas pozostawała zabezpieczona wadium. Odwołujący wskazał, że wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą z uchybieniem określonego przez zamawiającego terminu, w wyniku czego, przez okres kilkudziesięciu godzin pozostawał niezwiązany swoją ofertą. Argumentował, że oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą złożone zostało na 40 dni przed czynnością zamawiającego odrzucającą jego ofertę. Zdaniem odwołującego, zamawiający odrzucając w dniu 5 stycznia 2021 r. jego ofertę, zrobił to w stanie faktycznym, w którym odwołujący pozostawał związany swoją ofertą, która prawidłowo, nieprzerwanie aż do dnia 22 stycznia 2021 r. była i pozostaje zabezpieczona wadium. Zamawiający zastosował zatem przepis nieadekwatny do stanu faktycznego sprawy.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp ma charakter porządkowy, tj. reguluje, jak należy postąpić z ofertą wykonawcy, który nie wyraża woli zawarcia umowy o zamówienie publiczne, czemu daje wyraz składając oświadczenie o niewyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, bądź nie składając w ogóle oświadczenia w tym przedmiocie. Całkowicie natomiast oderwany jest od wymogów

formalnych związanych z terminem, w którym ta zgoda ma zostać wyrażona. Zdaniem odwołującego norma prawna bowiem art. 85 ust. 2 ustawy Pzp regulując kwestię wezwania do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, nie zawiera żadnego, a tym bardziej zawitego, terminu na zastosowanie się do ewentualnego wezwania zamawiającego. Tym samym to zamawiający wyznacza termin na wyrażenie takiej zgody, który ma charakter wyłącznie instrukcyjny.

Odwołujący argumentował, że mimo instrukcyjnego charakteru tego terminu, zamawiający uznał, że niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia wskazanego w wezwaniu, należy poczytywać jako brak zgody odwołującego. Innymi słowy - Zamawiający interpretuje przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp jako uprawniający do odrzucenia oferty wykonawcy, który wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, jednak zgoda ta została wyrażona po upływie terminu związania ofertą, bądź po upływie terminu nakreślonego przez zamawiającego w wezwaniu. Odwołujący wskazał, że z taką interpretacją ww. przepisu nie może się zgodzić. Odwołujący wywiódł, że jego oferta była nieprzerwanie zabezpieczona wadium od dnia jej złożenia w postępowaniu (zarówno co do pierwszej, jak i drugiej części postępowania), Natomiast przerwa w terminie związania ofertą miała miejsce w okresie od 24 listopada 2020 r. do 25 listopada 2020 r., a więc wynosiła dwa dni.

Odwołujący wywiódł, że terminy związania ofertą i gwarancji wadialnej mogą być różne, przy czym w interesie wykonawcy jest, aby termin gwarancji wadialnej nie był krótszy od terminu związania ofertą (jeśli wykonawca odpowiednio nie przedłuży terminu ważności wadium jego oferta zostanie odrzucona), natomiast w interesie zamawiającego jest, aby w momencie wyboru oferty wykonawca był nią związany. W przeciwnym wypadku to od wybranego wykonawcy będzie zależało, czy wyrazi on zgodę na zawarcie umowy, gdyż po upływie terminu związania ofertą, zobowiązanie wykonawcy stanie się zobowiązaniem naturalnym, którego charakterystyczną cechą jest osłabiona więź obligacyjna, ze względu na brak możliwości przymusowego wyegzekwowania świadczenia (pośrednio rozumowanie to potwierdził 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). Tym samym fakt wyboru oferty wykonawcy po terminie związania ofertą może co najwyżej powodować stan niepewności zamawiającego co do możliwości zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana.

Zdaniem odwołującego, odrzucenie jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w sytuacji, gdy jego wola zawarcia umowy wynika nie tylko z faktu przedłużenia wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania, ale również bezpośrednio z pisma odwołującego, w którym wyraża on zgodę na przedłużenie terminu

związania ofertą, jawi się jako naruszenie przepisów procedury. Według odwołującego sankcja taka jest nadmierna i nie można jej uznać za zasadną w szczególności w świetle poglądu o obowiązku ścisłego interpretowania przesłanek odrzucenia oferty, o których jest mowa w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wywiódł, że pogląd iż nie można przedłużyć terminu, który już upłynął jest nietrafny i sprzeczny ze wspólnotowym dążeniem do odejścia od skrajnego formalizmu. Według odwołującego, zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej ani z przepisów obowiązującego prawa. W sytuacji bowiem, w której wykonawca pozostaje chętny do wyboru jego oferty i zawarcia umowy, leży to wyłącznie w jego gestii. Formułowanie poglądu, że nie może on potwierdzić swoją zgodą tej „chęci” również w stosunku do okresu przeszłego (2 dni) jest nieracjonalne. W przypadku bowiem zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp ważny jest nie aspekt formalny związany z wyrażeniem tej zgody, a obiektywna okoliczność jej istnienia. Wyrażenie tej zgody należy do sfery jednostronnych uprawnień wykonawcy, natomiast dla zamawiającego bez znaczenia jest fakt, czy ta zgoda obejmuje okres przeszły czy przyszły.

Odwołujący podniósł, że w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca, umożliwiając wykonawcom wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, pozostawił oferentom taką właśnie swobodę. Swoboda ta dotyczy w szczególności możliwości objęcia oświadczeniem woli o przedłużeniu terminu związania ofertą, również okresu przeszłego, tj. okresu pomiędzy upływem terminu związania ofertą a momentem złożenia oświadczenia woli wykonawcy. Przeciwnie rozumienie tego przepisu stanowiłoby przejaw formalizmu, przeczyło zasadzie efektywności oraz wytycznym wnikającym z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 869 z późn. zm.), a w szczególności obowiązkowi racjonalnego i gospodarnego wydatkowania środków publicznych. Zdaniem odwołującego, dopuszczalność, a nawet konieczność „odnawialności” zobowiązania ofertowego wykonawcy wynika wprost z uzasadnienia do nowej ustawy NPzp.

Zdaniem odwołującego, zamawiający dysponuje zatem skutecznym względem odwołującego uprawnieniem do żądania zawarcia umowy w przypadku wyboru jego oferty. Żaden interes zamawiającego nie doznaje uszczerbku w sytuacji, w której zgoda ta wyrażona zostaje po upływie terminu określonego przez zamawiającego, ale przed samą czynnością odrzucenia (i to na 40 dni). Szkodliwy natomiast dla interesu publicznego jest nadmierny formalizm w tym względzie.

Zdaniem odwołującego, przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nie referuje do terminu, w jakim powinna zostać wyrażona zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą. W jego

świetle istotna jest natomiast chęć wykonawcy przedłużenia, bądź nie, tego terminu. Rozpatrywany przepis dotyczy zatem obiektywnej sytuacji (wola przedłużenia terminu związania ofertą) i pozostaje w oderwaniu od czasu, w jakim wykonawca taką zgodę wyrazi. Zdaniem odwołującego wystarczające jest, ażeby oświadczenie wykonawcy w tym względzie dotarło do zamawiającego przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty.

Odwołujący argumentował ponadto, że zasada proporcjonalności ma charakter zbliżony do innych zasad prawa o charakterze powszechnym, takich jak: zasada niedziałania prawa wstecz czy też zasada pacta sunt servanda. W doktrynie łączy się ją z zasadą rządów prawa i zasadami pewności prawa, ochrony uzasadnionych oczekiwań oraz nieretroaktywności prawa. Wymaga ona, by akty instytucji zamawiających nie wykraczały poza to, co odpowiednie i konieczne do osiągnięcia zamierzonych celów, przy czym jeżeli istnieje możliwość wyboru spośród wielu właściwych środków, należy stosować najmniej restrykcyjne, a wynikające z tego niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów.

Zdaniem odwołującego, skierowany do zamawiających obowiązek działania w sposób proporcjonalny implikuje konieczność stosowania dwustopniowego modelu oceny stosowanych środków pod kątem: - czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu; - jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji zakładanego celu, to czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym, czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu; czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków. Ocena proporcjonalności powinna się zawsze odbywać w stosunku do konkretnego celu i środka, a nie w sposób ogólny czy abstrakcyjny. Analiza spełnienia przesłanek tej zasady wymaga ustalenia realizowanego celu oraz podejmowanych środków, a następnie oceny, czy przedmiotowe środki są właściwe i nie wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia planowanego celu. Według odwołującego, zamawiający zachował się wbrew wspomnianej zasadzie proporcjonalności, tj. zastosował zbyt restrykcyjny środek w stosunku do niego dokonując odrzucenia jego oferty w sytuacji, która takiego działania nie uzasadniała. Jego działanie w tym zakresie jest zatem nadmierne i sprzeczne z podstawowym celem prowadzonego postępowania jakim jest wybór zgodnej z wymaganiami zamawiającego oferty. Obowiązująca zamawiającego zasada proporcjonalności sprzeciwia się zastosowaniu środka w postaci odrzucenia oferty w sytuacji, gdy odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Fakt wyrażenia tej zgody po upływie pierwotnego terminu związania ofertą nie oznacza, że intencją odwołującego od początku nie było wydłużenie tego terminu.

Odwołujący podniósł, że zamawiający, korzystając z przyznanej swobody, wyznacza termin na udzielenie odpowiedzi. Idealną sytuacją oczywiście byłaby reakcja w

wyznaczonym terminie, jednak naruszeniem zasady proporcjonalności jest wyciąganie najbardziej dotkliwej konsekwencji wobec wykonawcy - tj. odrzucenie jego oferty - w sytuacji, gdy udziela on odpowiedzi z uchybieniem tego terminu. W tym przypadku odpowiedź została przekazana dwa dni po wyznaczonym terminie i ponad miesiąc przed dokonaniem czynności odrzucenia.

Odwołujący zauważył, że w odniesieniu do części pierwszej postępowania (rejon w Rzeszowie OUA Dębica) przedłużył termin związania ofertą w wyznaczonym terminie a zatem nie dał powodu zamawiającemu do przypuszczeń, że „wycofuje się” z postępowania. Brak udzielenia terminowej odpowiedzi w odniesieniu do drugiej części należy zatem rozpatrywać jedynie w kategoriach niedopatrzenia, które nie powinno skutkować negatywnie dla odwołującego.

Odwołujący podniósł, że fakt, że w analizowanej sprawie mógł mieć uzasadnione wątpliwości co do sposobu liczenia terminu związania ofertą, który był zawieszony pomiędzy 7 sierpnia 2020 r. a 12 października 2020 r., co mogło wywołać u niego uzasadnione przekonanie, że termin związania ofertą upłynąłby 10 grudnia 2020 r., a nie - jak twierdzi zamawiający - w dniu 23 listopada 2020 r. Zgodnie bowiem z pkt 5.1. Specyfikacji Istotnych Zamówienia, wykonawca mógł „złożyć ofertę na wszystkie dwie części zamówienia”. Powyższe sformułowanie sugeruje, że wykonawcy mogą złożyć jedną ofertę, którą obejmą obie części zamówienia. Tak opisany sposób złożenia oferty prowadzi natomiast do wniosku, że w przypadku złożenia odwołania na którąś z dwóch części, których dotyczy jedna oferta w świetle pkt 5.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zawieszenie biegu terminu związania ofertą dotyczy oferty złożonej na obie części zamówienia, a więc bieg terminu zostaje zawieszony zarówno co do pierwszej, jak i drugiej części zamówienia. Odwołujący podniósł, że do takich wniosków doszedł, czemu dał wyraz w piśmie z dnia 8 grudnia 2020 r.

Zdaniem odwołującego, ponieważ sposób sporządzenia dokumentacji przetargowej mógł wywołać - i w zaistniałym stanie faktycznym wywołał - przeświadczenie po stronie wykonawcy o błędnym terminie związania ofertą, zachodzi ryzyko, że odrzucenie oferty na podstawie przepisu odnoszącego się właśnie do przedłużenia terminu związania ofertą, byłoby wyciąganiem, na podstawie nieprecyzyjnie sformułowanej dokumentacji przetargowej, negatywnych konsekwencji wobec oferenta. Mając na uwadze zasadę, że wszelkie wątpliwości wynikające z dokumentacji postępowania należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, utrzymanie decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty jest niedopuszczalne.

Według odwołującego, zamawiający, jakim jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ze względu na swój doniosły udział i wpływ na funkcjonowanie całego systemu zamówień publicznych, szczególną wagę winien przywiązywać do dokonywania wykładni przepisów z uwzględnieniem wytycznych i jasno

płynących sygnałów z poziomu Unii Europejskiej. Od przyjęcia bowiem nowych dyrektyw zamówieniowych, a więc już od ponad 6 lat, bardzo wyraźnie akcentowana jest potrzeba odejścia przez instytucje zamawiające od zbytniego formalizmu w prowadzonych procedurach. Dostrzeżono bowiem negatywny wpływ takiego podejścia na cały system w szczególności ze względu na obniżenie konkurencyjności na rynkach „publicznych” (zniechęcenie przedsiębiorców do udziału w procedurach pozbawionych racjonalnego działania sektora publicznego). Jednym z przejawów „nowego” podejścia do dokonywania zakupów publicznych, zmierzającego do zwiększenia tej konkurencyjności, jest właśnie wprowadzenie do katalogu naczelných zasad - zasady proporcjonalności. Reguluje ona na nowo również instytucję wykluczenia, gdzie przewidziano możliwość odstąpienia przez zamawiającego od „ostateczności”, którą jest wykluczenie oferenta na rzecz uznania nieproporcjonalnego charakteru tej czynności w odniesieniu do niektórych przesłanek fakultatywnych. Również instytucja tzw. self-cleaningu jednoznacznie przesądza o niesankcyjnym charakterze przepisów zamówieniowych, których celem w żadnej mierze nie jest „karanie” wykonawców, a wyłącznie przywrócenie uczciwej konkurencji wśród rzetelnych oferentów.

Zdaniem odwołującego, istotne jest, ażeby zamawiający odgrywający w nim najistotniejszą rolę propagowali te wytyczne unijne, a organy orzekające w Polsce jak najszybciej zmieniły linię orzeczniczą tam, gdzie była ona dotychczas zbyt sformalizowana. Tylko takie podejście do stosowania nowych przepisów, w tym naczelných zasad prawa zamówień publicznych, może przyczynić się do zwiększenia konkurencyjności i zachęcenia wykonawców do „powrotu” na rynek publiczny.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca FBSerwis S.A. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 28 września 2020 r. skierowane do odwołującego o

przedłużenie wadium, aneks nr 1 do gwarancji wadialnej złożony przez odwołującego 5 października 2020 r., wniosek zamawiającego z 17 listopada 2020 r. skierowany do odwołującego w zakresie części 2 zamówienia o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, oświadczenie odwołującego z 26 listopada 2020 r. o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z aneksem nr 2 do gwarancji wadialnej, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego z zakresie części 2 zamówienia z dnia 5 stycznia 2021 r., załącznik do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*.

Art. 85 ustawy Pzp stanowi:

1. Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż:

1) 30 dni - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

2) 90 dni - jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług - 10 000 000 euro;

3) 60 dni - jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2.

2. 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.

3. Odmowa wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 2, nie powoduje utraty wadium.

4. *Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.*

Art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą.*

Art. 182 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że *w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia.*

Art. 184 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający, nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Jeżeli odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwanie kieruje się jedynie do wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.*

Do postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.* Niniejsze postępowanie odwoławcze zostało wszczęte w dacie 15 stycznia 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Izba postanowiła oddalić opozycję odwołującego wobec przystąpienia wykonawcy FBSerwis S.A. w Warszawie. Zgodnie z art. 526 ust. 2 ustawy NPzp, *Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję.*

W trakcie posiedzenia Izby odwołujący wskazał, że wykonawca FB Serwis S.A. nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta jest ofertą korzystniejszą od oferty odwołującego. Stanowisko odwołującego nie jest zasadne. Odwołujący w odwołaniu domagał się unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty. Interes wykonawcy FB Serwis S.A. może wyrażać się w chęci rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego i tym samym utrzymania w mocy kwestionowanej czynności zamawiającego, która jest korzystna dla zgłaszającego przystąpienie. Powyższego nie zmienia niesporny fakt, że oferta zgłaszającego przystąpienie jest ofertą tańszą od oferty odwołującego. W sytuacji gdy nie jest jeszcze znana oferta najkorzystniejsza, przystępujący może być zainteresowany ostatecznym odrzuceniem oferty swego konkurenta, który – w razie oddalenia odwołania - w drodze własnego odwołania może kwestionować w przyszłości czynność wyboru FB Serwis S.A. jako najkorzystniejszej. Wobec powyższego opozycja podlegała oddaleniu.

Ustalono, że zamawiający w pkt 5.1. SIWZ wskazał, że przedmiot zamówienia podzielony jest na dwie części:

- a) część nr 1 rejon w Rzeszowie, OUA Dębica,
- b) część nr 2 – Rejon w Krośnie.

Ustalono także, że zamawiający w pkt 5.1. SIWZ dopuścił składanie ofert częściowych wskazując, że wykonawca może złożyć ofertę na wszystkie dwie części zamówienia. Ponadto zamawiający wskazał, że nie ogranicza liczby części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu wykonawcy.

Ustalono ponadto, że zamawiający w pkt 18 SIWZ „Termin związania ofertą” wskazał, co następuje:

- 18.1. *Termin związania ofertą wynosi 90 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się z upływem terminu składania ofert.*
- 18.2. *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 terminu, o którym mowa w ust. 1 o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.*
- 18.3. *Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.*

18.4. *W przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulegnie zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia.*

Ustalono również, że zamawiający w pkt 16.1 SIWZ wskazał, że *wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium w wysokości:*

dla części nr 1: 920.000,00 zł,

dla części nr 2: 1.030.000,00 zł.

Ustalono także, że ostatecznie termin składania ofert upłynął 8 lipca 2020 r.

Do upływu terminu składania ofert swoją ofertę na część 1 jak i część 2 zamówienia złożył m.in. odwołujący. Odwołujący załączył do swej oferty gwarancję bankową przetargową wystawioną przez PKO BP S.A. w Warszawie z dnia 6 lipca 2020 r. nr 14 1020 4391 0000 6496 0060 3282 z terminem ważności do 6 października 2020 r.

W dalszej kolejności ustalono, że po upływie terminu składania ofert, w postępowaniu wniesiono kolejno trzy odwołania:

- 1) odwołanie wykonawcy AVR S.A. — termin złożenia: 7 sierpnia 2020 r., termin ogłoszenia orzeczenia przez Izbę: 8 września 2020 r.; dotyczące części 1;
- 2) odwołanie wykonawcy TURBO sp. z o.o. - termin złożenia odwołania: 24 sierpnia 2020 r., termin ogłoszenia orzeczenia przez Izbę: 8 września 2020 r.; dotyczące części 2;
- 3) odwołanie wykonawcy FBSerwis S.A. — termin złożenia: 31 sierpnia 2020 r., termin ogłoszenia orzeczenia przez Izbę: 12 października 2020 r., dotyczące części 1 i 2.

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 28 września 2020 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 184 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do: „przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy”. Zamawiający wskazał, że ważność wadium odwołującego upływa w dniu 6 października 2020 r.

Ustalono również, że w odpowiedzi na ww. wezwanie, odwołujący 5 października 2020 r. złożył aneks nr 1 do gwarancji bankowej wystawionej przez PKO BP S.A. w Warszawie z dnia 6 lipca 2020 r. nr 14 1020 4391 0000 6496 0060 3282, w którym przedłużono ważność gwarancji do dnia 4 stycznia 2021 r.

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 17 listopada 2020 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 i ust 4 ustawy Pzp, zwrócił się do odwołującego z

wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 22 stycznia 2021 r. Zamawiający we wniosku wskazał, że oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium należy przekazać Zamawiającemu do dnia 23 listopada 2020 r. Zamawiający wskazał, że ważność przedłużonego przez Wykonawcę wadium upływa w dniu 4 stycznia 2021 r., a tym samym nie obejmuje całego związania ofertą, o który Zamawiający wnioskuje.

Ustalono także, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący, w dniu 26 listopada 2020 r. przedłużył termin związania ofertą do dnia 22 stycznia 2021 r. oraz złożył aneks do przedstawionego w postępowaniu wadium, przedłużający jego ważność do dnia 22 stycznia 2021 r. Jednocześnie odwołujący oświadczył, że z przyczyn od niego niezależnych, a związanych z epidemią COVID, nie był w stanie przedstawić aneksu do wadium do dnia 23 listopada 2020r., jednak wobec faktu, iż oferta była zabezpieczona wadium do dnia 4 stycznia 2020r., okoliczność ta jest pozbawiona znaczenia prawnego.

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 5 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w części 2 postępowania, z uwagi na fakt, że wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał, że *pismem z 17 listopada 2020 r. zwrócił się do Wykonawcy z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeśli nie będzie to możliwe, wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 22.01.2021 r.*

Zarazem Zamawiający poinformował Wykonawcę, że wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, należy przekazać Zamawiającemu do dnia 23.11.2020 r. Ponadto Zamawiający poinformował Wykonawcę, że ważność, przedłużonego przez Wykonawcę wadium upływa dnia 4.01.2021 r., a tym samym nie obejmuje całego okresu związania ofertą, o który zamawiający wnioskuje. Powyższy termin ważności wadium wynikał z wezwania Wykonawcy z dnia 28 września 2020 r., dokonanego przez Zamawiającego w trybie art. 184 ustawy Pzp do przedłużenia jego ważności na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy.

Wykonawca dopiero 26.11.2020 r. (tj. po upływie terminu związania ofertą) odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, przedłużając termin związania ofertą do dnia 22.01.2021 r. oraz przedłużył aneks do złożonego w postępowaniu wadium, przedłużając jego ważność również do dnia 22.01.2021 r. Zdaniem zamawiającego brak wyrażenia przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w czasie jego trwania należy uznać za niewyrażenie zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Według zamawiającego przedłużeniu może ulec tylko okres, który jeszcze trwa, zaś w przypadku upływu terminu może być mowa o jego przywróceniu lub reaktywacji, których ustawa Pzp dla terminu związania ofertą nie przewiduje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zdaniem Izby zamawiający odrzucając ofertę odwołującego w części 2 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp nie naruszył tego przepisu ani art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący argumentował, że ustawodawca w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp nie odnosi się do uchybienia terminowi na złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, ale traktuje o stanie nieprzedłużenia terminu związania ofertą.

Odnosząc się do tej argumentacji dostrzeżenia wymagało, że odwołujący nie tylko uchybił wyznaczonemu przez zamawiającego terminowi na złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą w zakresie części 2 zamówienia, ale wskutek uchybienia temu terminowi, doprowadził do sytuacji gdy upłynął także termin związania ofertą w zakresie części 2 zamówienia. Brak wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w czasie jego trwania należy pochytywać za niewyrażenie zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. W tym momencie zaktualizowała się ustawowa przesłanka odrzucenia oferty odwołującego w zakresie części 2, wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Oświadczenie o wyrażeniu zgody, jakie dotarło do zamawiającego w dniu 26 listopada 2020 r., a więc dwa dni po upływie terminu związania ofertą, można co najwyżej pochytywać za reaktywację lub przywrócenie terminu, które nie są znane ustawie Pzp.

Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo obliczył upływ terminu związania ofertą odwołującego w części 2 zamówienia przypadający na 23 listopada 2020 r. Termin związania ofertą wynikający z SIWZ wynosił 90 dni, zaś bieg terminu związania ofertą rozpoczynał się z upływem terminu składania ofert, przypadającym w dniu 8 lipca 2020 r. Wskutek wniesienia odwołań w zakresie części 2 zamówienia pochodzących od wykonawcy TURBO sp. z o.o. (termin złożenia odwołania: 24 sierpnia 2020 r., termin ogłoszenia orzeczenia przez Izbę: 8 września 2020 r.), wykonawcy FBSerwis S.A. (termin złożenia odwołania 31 sierpnia 2020 r., termin ogłoszenia orzeczenia przez Izbę: 12 października

2020 r.), bieg terminu związania ofertą w zakresie części 2 zamówienia, na zasadzie art. 182 ust. 6 ustawy Pzp, uległ zawieszeniu w okresie od 24 sierpnia 2020 r. do 12 października 2020 r. i upływał w dacie 23 listopada 2020 r. Nie ulegało wątpliwości Izby, że termin związania ofertą biegnie odrębnie dla poszczególnych części zamówienia w sytuacji, gdy odwołania składane przez wykonawców, które ten bieg zawieszały, odnosiły się do różnych części. Wniesienie odwołania w zakresie jednej części zamówienia nie uniemożliwia jednak dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części, w której nie wniesiono odwołania. Biegu terminu związania ofertą w części 2 zamówienia nie zawiesiło zatem wniesienie odwołania przez wykonawcę AVR S.A. (termin złożenia: 7 sierpnia 2020 r., termin ogłoszenia orzeczenia przez Izbę: 8 września 2020 r.), które dotyczyło części 1 zamówienia.

Chybiony okazał się argument o możliwości niejako dorozumianego ustalenia, że odwołujący przedłużył termin związania ofertą w zakresie części 2 w oparciu o fakt, że w okresie przerwy w terminie związania ofertą w zakresie części 2 zamówienia utrzymywana była ciągłość wadium. Przede wszystkim przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, *postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej*. Ustawodawca nie przewidział dla oświadczenia wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą innej formy niż pisemna. W tym zakresie podzielono poglądy wynikające z jednolitego, utrwalonego orzecznictwa Izby i sądów okręgowych, a także piśmiennictwa przedstawione przez zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia oraz w odpowiedzi na odwołanie. Ponadto wzięto pod uwagę, że wadium, na jakie powoływał się odwołujący, w okresie przerwy, nie obejmowało całego wymaganego okresu związania ofertą, tj. do dnia 22 stycznia 2021 r., a jedynie do 4 stycznia 2021 r. Wreszcie, ważność wadium do dnia 4 stycznia 2021 r. wynikała z odpowiedzi odwołującego na wezwanie zamawiającego, skierowane w trybie art. 184 ustawy Pzp w dniu 28 września 2020 r., a zatem na dwa miesiące przed przerwaniem terminu związania ofertą.

Chybiony okazał się argument, iż czynność odrzucenia oferty odwołującego w zakresie części 2 zamówienia jest bezzasadna, gdyż zamawiający podjął ją dopiero po 40 dniach od nieprzedłużenia terminu. Idąc tokiem rozumowania odwołującego zamawiający przez szybkość swego działania decydowałby, które oferty podlegałyby odrzuceniu, a które nie. Takie działanie, wbrew stanowisku odwołującego, byłoby sprzeczne z zasadą przejrzystości i zasadą równego traktowania wykonawców.

Zasada proporcjonalności, na którą powoływał się odwołujący, nie może być uznawana za zasadę wyłączającą stosowanie innych zasad systemu zamówień publicznych. Zdaniem Izby, gdyby zamawiający wbrew wyraźnemu przepisowi ustawy zaniechał czynności odrzucenia oferty odwołującego naruszyłby zasadę równego traktowania

wykonawców i zasadę przejrzystości. Sytuacja, w której wbrew jasnym regułom wynikającym z przepisu prawa zamawiający nie odrzuciłby oferty jednego wykonawcy, mogłaby zostać niezrozumiana przez innych wykonawców, którzy sprostali wymogom prawa i uczynili zadość wezwaniu zamawiającego. Wykonawcy ci mieli prawo oczekiwać, że ustalone na początku postępowania reguły będą obowiązywać wszystkich wykonawców aż do momentu udzielenia zamówienia.

Na konieczność przestrzegania przez instytucje zamawiające ustalonych reguł postępowania zwracał uwagę wielokrotnie Trybunał Sprawiedliwości UE. Z wyroku Trybunału w sprawie Esaprojekt z maja 2017 r., ale także i poprzednio wydawanych orzeczeń (wyroki TS UE w sprawie C-324/14 A., w sprawie C-336/12 Manova czy w sprawie C 599/10 SAG ELV Slovensko) wynika, że Trybunał konsekwentnie i rygorystycznie wskazywał, że zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także zasada przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom pomiędzy zamawiającym a wykonawcami dokonywanym po otwarciu ofert. Trybunał wskazywał, że instytucja zamawiająca ma obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.

W analizowanej sprawie przepis prawa krajowego, ani żadne z postanowień SIWZ, nie przewidywały odstępstwa od obowiązku odrzucenia oferty w sytuacji, gdy wykonawca, mimo wezwania zamawiającego, nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co doprowadziło do sytuacji, w której termin taki upłynął. Prawo ani dokumenty zamówienia nie przewidywały też żadnej możliwości negocjowania z wykonawcą w takiej sytuacji. Dostrzeżenia wymaga, że tam, gdzie ustawodawca decyduje się na wprowadzenie procedur sanacyjnych, to znajduje to wyraz w konkretnych przepisach ustawy Pzp, które je przewidują. Przykładowo można wskazać na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czy art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślić należy jednak, że żadna z takich procedur nie została przewidziana w sytuacji takiej, jaka ma miejsce w analizowanej sprawie, tj. gdy wykonawca, pomimo wezwania, nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Dostrzeżenia wymagało również, że sankcja odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, była znana wykonawcom, gdyż wynikała wprost z przepisu prawa krajowego. Wobec powyższego odwołujący nie może powoływać się na postanowienie C-35/17 wydane w sprawie Saferoad Grawil et Saferoad Kabex. Postanowienie to dotyczyło innego stanu faktycznego a mianowicie kwestii dopuszczalności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dacie zadania pytania) w sytuacji gdy zamawiający nie wystosował wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp,

w brzmieniu obowiązującym w dacie zapytania stanowił, że z *postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą*. Przepis ten został zastąpiony znajdującym zastosowanie w sprawie przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymagało, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp i wcześniejszy art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przewidywały sankcję odrzucenia oferty (wykluczenia wykonawcy) w sytuacji niewyrażenia przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Z brzmienia tych przepisów powszechnie wywodzono, że sankcję tę można zastosować tylko, gdy zamawiający wystąpi do wykonawcy z wnioskiem w wyrażeniu takiej zgody. W stanie faktycznym, na tle którego wydano omawiane orzeczenie, wezwania nie było stąd Trybunał trafnie spostrzegł, że jeśli w prawie krajowym lub dokumentacji postępowania takiej sankcji nie zastrzeżono, to zasady równego traktowania i przejrzystości stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu z tego powodu (por. pkt 25 postanowienia).

Zdaniem Izby stan faktyczny w rozpatrywanej sprawie okazał się odmienny od stanu faktycznego, na tle którego wydano postanowienie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex. Nie było sporne między stronami, że zamawiający w dniu 17 listopada 2020 r. zwrócił się do odwołującego z wyraźnym i jednoznacznym wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał, że treść wniosku była jasna i zrozumiała. Odwołujący w odpowiedzi na ww. wniosek nie przedłużył terminu związania ofertą, czym doprowadził do jego upływu w dniu 23 listopada 2020 r., zaś przepis prawa krajowego przewidywał w tej sytuacji wyraźną sankcję odrzucenia oferty, o czym odwołujący wiedział przystępując do postępowania.

Zdaniem Izby postulowane przez odwołującego ograniczenie czasowe czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp tylko do momentu, gdy wykonawca nie reaktywuje swej oferty do czasu podjęcia tej czynności, oznaczałoby, że przesłanka odrzucenia oferty byłaby nieobiektywna, na co słusznie zwracał uwagę przystępujący. Zamawiający swą arbitralną decyzją decydowałby, który wykonawca uzyska zamówienie. Przez szybkość swojej reakcji zamawiający mógłby bowiem pośrednio decydować, którą ofertę odrzucić, a której zapewnić więcej czasu na złożenie brakującego oświadczenia o reaktywacji terminu związania ofertą.

Podkreślenia wymagało również, że Trybunał Sprawiedliwości UE wypowiedział się na temat tego, jak należy interpretować zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę przejrzystości w kontekście obligatoryjnej przesłanki wykluczenia, co do której w dokumentach zamówienia ani w prawie krajowym nie przewidziano zastosowania klauzuli

proporcjonalności. W orzeczeniu C – 171/15 z dnia 14 grudnia 2016 r., wydanym w sprawie Connexion Taxi Services BV, Trybunał Sprawiedliwości UE badał sprawę postępowania, w którym instytucja zamawiająca przewidziała obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Wykonawca, który podlegał wykluczeniu na podstawie tej przesłanki, domagał się udzielenia sobie zamówienia wywodząc, że instytucja zamawiająca powinna wziąć pod uwagę klauzulę proporcjonalności, której jednak próżno było szukać w prawie krajowym i dokumentach zamówienia, a która wynikała jedynie z uzasadnienia przepisu prawa krajowego. Odpowiadając na pytanie o dopuszczalność zastosowania klauzuli proporcjonalności w takiej sytuacji TS UE stwierdził, że zastosowaniu takiej klauzuli, która nie wynikała z dokumentacji postępowania ani prawa, stoi na przeszkodzie zasada równego traktowania wykonawców i wynikająca z niej zasada przejrzystości. W orzeczeniu tym Trybunał wprost stwierdził, że instytucja zamawiająca z tego powodu nie może udzielić zamówienia takiemu wykonawcy.

Zdaniem Izby, stan faktyczny ww. sprawy rozpoznawanej przez Trybunał okazał się zbliżony do analizowanej sprawy. Odwołujący również powoływał się na nieprzewidzianą w prawie krajowym ani dokumentacji postępowania klauzulę proporcjonalności odnoszącą się do podstawy odrzucenia oferty z powodu niewyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Wobec powyższego, wskazówki wynikające z tego orzeczenia mogły znaleźć zastosowanie przy wyrokowaniu w tej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub*

systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy NPzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....