

WYROK
z dnia 12 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Zuzanna Idżkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2018 r. przez wykonawcę: **T. P. Firma Budowlano Remontowa w Maciejowej**

w postępowaniu prowadzonym przez **Karpacki Oddział Straży Granicznej im. 1 Pułku Strzelców Podhalańskich z siedzibą w Nowym Sączu.**

przy udziale wykonawcy/wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: T4B Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, API Smart sp. z o.o. z siedzibą w Sławkowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1) oddala odwołanie;
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu.**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Karpacki Oddział Straży Granicznej im. 1 Pułku Strzelców Podhalańskich prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa budynku nr 16 w m. Nowym Sączu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 marca 2018 r. pod numerem 532539-N-2018.

W dniu 18 maja 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawcę – T. P. prowadzącego przedsiębiorstwo pod nazwą „T. P. Firma Budowlano Remontowa” (dalej: „Odwołujący”) o odrzuceniu jego oferty z uwagi na nie wyrażenie przez niego zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Odwołujący w dniu 23 maja 2018 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia,

2. art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 i art. 9 ust. 1 Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego,

ewentualnie:

3. art. 89 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania jakim jest pisemne oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie czynności badania i oceny oferty Odwołującego po ewentualnym wezwaniu do uzupełnienia oferty o pisemne oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Uzasadniając odwołanie wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 11 maja 2018r. zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenie okresu ważności wadium. Odwołujący 16 maja 2018r. przekazał Zamawiającemu aneks przedłużający okres ważności gwarancji ubezpieczeniowej złożonej tytułem wadium. Innych dokumentów Odwołujący nie złożył.

Zamawiający w dniu 18 maja 2018r. poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego, gdyż ten: „przed upływem terminu związania ofertą nie przekazał zamawiającemu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą a tym samym nie wyraził zgody o której mowa w art.

85 ust. 2 i 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy.” Zamawiający wskazał, iż nie może domniemywać zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z faktu przedłużenia ważności wadium.

Odnosząc się do powyższego stanowiska Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał wadliwej interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 7a, Pzp, art. 85 ust. 2 Pzp i art. 9 ust. 1 Pzp, co doprowadziło go do niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący wskazał, że żaden z powyższych przepisów nie zastrzegł dla oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Stwierdził, że pierwszym przepisem w Dziale II ustawy regulującym postępowanie o udzielenie zamówienia - a więc przepisem regulującym „postępowanie” o którym mowa w art. 9 ust. 1 - jest art. 14 ust. 1, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Stosownie natomiast do art. 60 k.c., z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).

Zdaniem Odwołującego złożenie dokumentów przedłużających ważność gwarancji ubezpieczeniowej jest wystarczające dla uznania, iż zmieniony też został okres związania ofertą. Podkreślił, iż w dniu 16 maja 2018r. Odwołujący doręczył Zamawiającemu datowany na 14 maja 2018r. Aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej Nr 908565838698 z dnia 16 kwietnia 2018r. Aneks nr 1 odwołuje się wprost do oferty Odwołującego i zawiera zobowiązanie do zapłaty w okresie od 17 kwietnia 2018r. do 2 lipca 2018r. Jego zdaniem, skoro gwarancja ubezpieczeniowa została wystawiana na jego zlecenie to musi być zgodna z tym zleceniem, a zatem jeżeli gwarant odwołuje się oferty zleceniodawcy to nie ma wątpliwości, iż wolą zleceniodawcy jest to, aby w dalszym ciągu pozostać związanym ofertą.

Odwołujący wskazał, że aby zastosować sankcję w postaci odrzucenia oferty przepis art. 89 ust. 1 Pzp należy stosować ściśle. Podkreślił, iż oferta może być odrzucona, jeżeli „wykonawca nie wyraził zgody (...) na przedłużenie terminu związania ofertą” ale jednocześnie przepis 85 ust. 4 Pzp wskazuje, iż „przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium”. Z powyższego wynika więc, iż art. 85 ust. 4 Pzp stworzył nierozzerwalny związek pomiędzy wadium i ofertą, bowiem jeżeli nie można skutecznie „przedłużyć” oferty bez „przedłużenia” wadium to w sytuacji, gdy wadium zostało „przedłużone” nie można uznać, iż termin związania ofertą nie został przedłużony.

Zauważył także, iż w każdym przypadku oświadczenie mające odnieść skutek co do oferty musi zawierać oświadczenie co do wadium albo musi być dokonane wraz z czynnością złożenia nowego wadium - a contrario skuteczne wydłużenie wadium nie wymaga dodatkowego oświadczenia co do oferty.

W ocenie Odwołującego, również sam Zamawiający miał wątpliwości co do swego rozstrzygnięcia, gdyż uznał za zasadne umieszczenie w uzasadnieniu odrzucenia oferty wzmianki, iż jego zdaniem przedłużenie terminu związania ofertą nie może być domniemane z okoliczności przedłużenia ważności wadium - Zamawiający jest jednak w błędzie.

Odwołujący wskazał następnie, iż ustawodawca wprowadzając do przesłanek odrzucenia ofert art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp wywołał skutek, dla stosowania art. 26 ust. 3 Pzp. Art. 85 ust. 2 Pzp dopuszcza zmianę treści oferty złożonej w postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie terminu związania, a zatem oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą musi być uznane za oświadczenie niezbędne dla przeprowadzenia postępowania. W przeciwnym razie regulacja art. 85 ust. 2 byłaby zbędna. Przepis art. 26 ust 3 Pzp stanowi: „Jeżeli wykonawca nie złożył (...) dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym (...)”.

Odwołującego wskazał ponadto, iż uzyskanie aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej jest czasochłonne i kosztowne. Nie sposób zatem wywieść, iż Odwołujący nie chciał „utrzymać” swojej oferty w przetargu i doprowadzić do jej odrzucenia. W istniejącym stanie faktycznym (w którym Odwołujący - upraszczając - przedłużył wadium, ale nie przedłużył odrębnym oświadczeniem terminu związania ofertą) Zamawiający (jeżeli nie uznał skuteczności przedłużenia terminu związania ofertą ze względu na treść art. 60 k.c.) winien wezwać Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż wydatkowanie środków publicznych musi być efektywne i racjonalne i zgodne z przepisami. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych w art. 44 ust. 3 stanowi, iż: „Wydatki publiczne powinny być dokonywane (...) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; (...) i dodaje w ust. 4, że jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. Zgodnie z dyspozycją art. 13 pkt 6a i 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, naruszeniem prawa

skutkującym odpowiedzialnością co najmniej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest wykorzystanie środków publicznych (...) niezgodnie z przeznaczeniem lub z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu, w tym: (...) procedur określonych przepisami o zamówieniach publicznych (...). Przywołane wyżej ustawy wraz z Pzp mają zapewnić m.in. efektywność systemu wydatkowania środków publicznych. Ustawa o finansach publicznych kreuje ogólne zasady m.in. efektywność i racjonalność, Pzp jest zatem aktem „służebnym”. Nie ma wątpliwości, iż sprzeczne z wolą ustawodawcy jest niegospodarne wydatkowanie środków publicznych i stosowanie formalizmu tam, gdzie nie jest to wymagane.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 czerwca 2018 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu powyższego stanowiska wskazał, iż nie odrzucenie oferty Odwołującego byłoby nierównym traktowaniem wykonawców, gdyż to Odwołujący nie dopełnił wymogu złożenia pisemnego oświadczenia o przedłużeniu związania z ofertą, a inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu złożył zarówno wymagane przez Zamawiającego oświadczenie, jak i dokument potwierdzający przedłużenie okresu ważności wadium. Należy nadmienić, iż Zamawiający kierując wniosek do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą załączył wzór oświadczenia Wykonawcy. Biorąc pod uwagę powyższe oraz obowiązujące przepisy i ich aktualne interpretacje (m.in. przez KIO np.: wyrok KIO 23/17, Sąd np.: Sygn. Akt X Ga 40/16/za, czy też w innych publikacjach) Zamawiający stwierdził, iż trudno się zgodzić z Odwołującym, iż Zamawiający stosował formalizm tam, gdzie nie jest to wymagane. Obowiązkiem Zamawiającego jest udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami ustawy. Co więcej, podjęcie przeciwnych, niż dotychczas działań przez Zamawiającego, skutkowałoby naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, iż Zamawiający dokonał wadliwej interpretacji przepisów art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp a także art. 85 ust. 2 Pzp i art. 9 ust. 1 Pzp wskazał, iż potwierdzeniem prawidłowości interpretacji przepisów dokonanej przez Zamawiającego jest obowiązująca wykładnia literalna przytoczonych powyżej przepisów, jak również treść wyroku KIO 23/17.

Wyjaśnił, iż działając na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp Zamawiający pismem z dnia 11 maja 2018 r. zwrócił się z wnioskiem do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą oraz ważności wadium, załączając jednocześnie wzór oświadczenia Wykonawcy. W w/w piśmie Zamawiający podał również, że oświadczenie Wykonawcy wraz z dokumentami potwierdzającymi przedłużenie wadium należy złożyć w oryginale w siedzibie Zamawiającego tj.: Karpackim Oddziale Straży Granicznej imienia I Pułku Strzelców Podhalańskich z siedzibą w Nowym Sączu, ul. 1 Pułku Strzelców Podhalańskich 5, 33-300

Nowy Sącz (na biurze przepustek) lub przesłać na w/w adres w nieprzekraczalnym terminie do dnia 16.05.2018 r. oraz poinformował, iż brak zgody skutkować będzie odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy. Z uwagi na fakt, iż Odwołujący przekazał jedynie aneks przedłużający okres ważności wadium Zamawiający, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, odrzucił ofertę. Wyjaśnił, iż brak stosownego oświadczenia złożonego przez osoby uprawnione do działania w imieniu Odwołującego było dla niego równoznaczne z brakiem zgody o której mowa w art. 85 ust. 2 i art.89 ust. 1 pkt 7a ustawy. Stwierdził, iż złożenie aneksu gwarancji bez oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą w żaden sposób nie można uznać za oświadczenie woli Wykonawcy z uwagi na fakt, iż aneks ten nie jest podpisany przez osoby uprawnione do składania przedmiotowych oświadczeń.

Zamawiający odnosząc się do przywołanych przez Odwołującego art. 14 ust. 1 Pzp oraz 60 k.c. podkreślił, iż art. 14 ust. 1 ustawy ma zastosowanie, gdy przepisy Pzp nie stanowią inaczej, a w art. 9 ust. 1 Pzp wskazano jednoznacznie, że postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Mając powyższe na uwadze, w analizowanym przypadku nie może mieć miejsca zastosowanie cytowany powyżej art. 60 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach (Sygn. Akt X Ga 40/16/za): „samo przedłużenie terminu winno być dokonane w sposób wyraźny w formie pisemnej nie może być domniemane z innych czynności czy zdarzeń.”

W ocenie Zamawiającego nieuzasadniony jest zarzut Odwołującego, co do rzekomo nieprawidłowej interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego gruntownie przeanalizował przepisy ustawy oraz ich interpretacje (m. in.: wyroki KIO, wyroki Sądu, Prawo zamówień publicznych Komentarz 13 wydanie Jerzego Pieróg). Wszystkie interpretacje potwierdzały zasadność odrzucenia oferty Odwołującego. W swoim komentarzu Jerzy Pieróg, w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą podaje: „Przedłużenie terminu związania ofertą, czy to samodzielnie, czy na wniosek zamawiającego, możliwe jest tylko w okresie obowiązywania tego związania. Po jego upływie przedłużenie terminu związania ofertą należy uznać zawsze za nieskuteczne, chociażby w okresie tym wadium pozostawało jeszcze w gestii zamawiającego. Takie stanowisko potwierdziła również KIO w wyroku z 7 grudnia 2012 r. KIO 2572/12 i KIO 2573/12: „oświadczenie o wyrażeniu zgody na wydłużenie terminu związania ofertą nie może być domniemane z okoliczności przedłużenia ważności wadium. ... Obie instytucje, tj. związanie ofertą oraz zabezpieczenie oferty wadium, pozostają ze sobą powiązane w ten sposób, iż nie jest wystarczające przedłużenie ważności wadium bez wydłużenia terminu związania ofertą, co jednak nie oznacza, że skutki wydłużenia ważności wadium rozciągają się na wydłużenie terminu związania ofertą”.

W opinii Zamawiającego błędnym jest również założenie Odwołującego, iż „Zamawiający (jeżeli nie uznał skuteczności przedłużenia terminu związania ofertą ze względu na treść art. 60 k.c.) winien wezwać Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym.

Jak wspomniano już wcześniej, Zamawiający zwrócił się z wnioskiem m.in. do Odwołującego o złożenie oświadczenia potwierdzającego wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenie okresu ważności wadium w terminie do dnia 16 maja 2018 r. Był to termin w którym Oferenci mogli wyrazić swoją wolę. Dopiero po upływie ww. terminu Zamawiający mógł dokonać weryfikacji przesłanych dokumentów, jednak w tym czasie nie było już możliwości do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, gdyż minął termin związania ofertą. Przedłużenie terminu oznacza konieczność zachowania jego ciągłości, a zatem konieczność przedłużenia tego terminu jeszcze przed upływem terminu związania ofertą. Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 31 marca 2015 r. gdzie wskazano, iż w przypadku, gdy nie zostanie zachowana ciągłość związania ofertą, czyli jeżeli pierwotny termin związania ofertą upłynie, a dopiero później wykonawca wyrazi wolę jego przedłużenia, to nie można już mówić o skutecznym przedłużeniu terminu związania ofertą (KIO 520/15). Reasumując, w przypadku opisanym przez Odwołującego nie było podstaw do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy, ponieważ oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu nie jest oświadczeniem o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Podobną opinię wyraża wspomniany wcześniej Jerzy Pieróg w swoim komentarzu: „Brak działania ze strony wykonawcy, czy to samodzielnie, czy po otrzymaniu wniosku od zamawiającego, oznacza nieprzedłużenie terminu związania ofertą. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 lutego 2009 r. (KIO/UZP 119/09, Legalis) podkreśliła, że oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą musi być na tyle wyraźne, aby nie budziło wątpliwości, i to bez względu na to, czy jest to oświadczenie samodzielne, czy związane z wnioskiem zamawiającego, gdyż nie podlega ono, jako że nie jest oświadczeniem, o którym mowa w art. 25 ust. 1, uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 7 czerwca 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, iż Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na nieprzedłużenie przez niego terminu związania ofertą.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne i podlegało oddaleniu.

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

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

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: T4B Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz API Smart sp. z o.o. z siedzibą w Sławkowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zważyła:

Uwzględniając ustalony w postępowaniu bezsporny stan faktyczny i obowiązujący stan prawny, Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Z postanowień SIWZ wynika, że Zamawiający określił termin związania ofertą na 30 dni, który rozpoczynał się wraz z upływem terminu składania ofert (pkt 10 SIWZ).

Odwołujący zadeklarował w Formularzu oferty, okres związania ofertą na wymagane 30 dni, a więc termin, w którym oferta Odwołującego traciła swój wiążący charakter miał w dniu 16 maja 2018r., skoro termin składania ofert upływał w dniu 17 kwietnia 2018r.

Z akt postępowania wynika i zostało potwierdzone przez strony postępowania, że przed upływem terminu związania ofertą, Zamawiający w dniu 11 maja 2018r. wezwał Odwołującego, do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 30 czerwca 2018 r. Wraz z wezwaniem Zamawiający przesłał Odwołującemu przykładowy wzór oświadczenia wykonawcy. Poinformował, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Zamawiający pouczył Odwołującego, iż brak odpowiedzi w określonym terminie, tj. do dnia 16 maja 2018 r., lub przedłożenie niekompletnych, błędnych oświadczeń potraktowane zostanie jako brak zgody wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego w dniu 16 maja 2018 r. przedłożył Zamawiającemu aneks przedłużający okres ważności gwarancji ubezpieczeniowej złożonej tytułem wadium. Jak sam wskazał w odwołaniu „*innych dokumentów Odwołujący nie złożył*”.

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

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy, wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Przepis ten daje wykonawcy również prawo do samodzielnego - dowolną ilość razy, przedłużenia terminu związania ofertą. To zatem wykonawca, wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie Zamawiającego, bądź samodzielnie przedłużając ten termin, podejmuje decyzję o dalszym swoim udziale w postępowaniu przetargowym. Na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym zobowiązanym do działania z podwyższoną starannością zgodnie z art. 355 § 2 K.c. w związku z art. 14 Pzp - ciąży podejmowanie czynności zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - jeżeli tylko nadal wykonawca pozostaje danym przetargiem zainteresowany.

Jak wynika z orzecznictwa sądów okręgowych, wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie może przyjąć postaci zgody dorozumianej - *per facta concludentia*. Zgoda ta musi zostać Zamawiającemu zakomunikowana wprost, w sposób bezpośredni. Poglądy takie wyraził: Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 21 grudnia 2010 r., sygn. akt VI Ga 240/10 oraz Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 21 września 2012r., sygn. akt XIII Ga 379/12.

Wskazać następnie należy, odnosząc się do stanowiska Odwołującego, iż pomimo ścisłej relacji okresu związania ofertą z zabezpieczeniem oferty wadium - nie można pomijać, że są to dwie odrębne instytucje prawne, realizujące na gruncie przepisów ustawy odmienne cele. Wniesienie wadium w myśl art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp, przede wszystkim zabezpiecza Zamawiającego przed nieuprawnionymi decyzjami wykonawcy - wycofania się z przetargu o zamówienie publiczne, w którym uczestniczy.

Zauważyć dodatkowo należało, że nie jest wystarczające samo przedłużenie ważności wadium, na co powoływał się Odwołujący, jako potwierdzenie, iż Odwołujący wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Jak wynika bowiem z orzecznictwa KIO oraz sądów okręgowych, niewątpliwie instytucje przedłużenia ważności wadium oraz przedłużenia terminu związania ofertą są ze sobą powiązane, ale dla zobowiązaniowego charakteru oferty nie jest wystarczające samo przedłużenie ważności wadium - bez wydłużenia terminu związania ofertą. Ze złożonego wadium nie ma możliwości wywodzenia, iż wykonawca automatycznie przedłużył termin związania ofertą. Czynność przedłużenia ważności wadium nie zastępuje złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania

ofertą. Złożenie też samego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania, bez jednoczesnego przedłużenia ważności wadium - jest tak samo nieskuteczne i zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp.

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

Art. 89 ust. 1 pkt 7a) Pzp ustanawia sankcję dla takiego wykonawcy, który nie zgodził się wprost na przedłużenie okresu związania ofertą - w postaci konieczności odrzucenia takiej oferty.

Izba stoi na stanowisku, iż zgoda wykonawcy na przedłużenie tego terminu nie może mieć dorozumianego charakteru. Brak ważnego terminu związania ofertą ma ten skutek, że Zamawiający, który mimo braku związania wykonawcy ofertą chciałby zawrzeć umowę z wykonawcą, to w razie wycofania się tego wykonawcy z podpisania umowy nie ma żadnego regresu do takiego wykonawcy w tym również możliwości zatrzymania wniesionego wadium. Tym samym wniesienie samego wadium, bez przedłużenia terminu związania ofertą nie tworzy dla Zamawiającego żadnego zabezpieczenia, przed możliwością wycofania się wykonawcy z podpisania umowy.

Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter sformalizowany, prowadzone jest w formie pisemnej - jak stanowi zasada przyjęta w art. 9 ust. 1 Pzp. Dopuszczalny sposób komunikowania się między Zamawiającym a wykonawcą określony został w rozdziale 2a - komunikacja zamawiającego z wykonawcami - co ma na celu utrzymanie przejrzystości postępowania oraz zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie zachodzi więc możliwość dokonywania skutecznych czynności uczestnika przetargu publicznego - poprzez fakty dorozumiane i ewentualne wywodzenie z nich zamierzeń wykonawcy. Wprawdzie do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców z mocy art. 14 Pzp stosuje się przepisy K.c., ale tylko wówczas, gdy przepisy Pzp nie stanowią inaczej.

Za niezasadne Izba uznała także stanowisko Odwołującego, że w sytuacji kiedy wezwany wykonawca nie odpowie na wezwanie Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą to Zamawiający winien zastosować wezwanie do takiego wykonawcy w trybie art. 26 ust.3 Pzp.

Na wstępie wskazać należy, iż Izba uznała - pomimo nieprecyzyjnego wskazania w osnowie odwołania przez Odwołującego w zakresie zarzutu 3, przepisu art. 89 ust. 1, iż Odwołujący zarzucał naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy. Powyższe wynikało bowiem z uzasadnienia powyższego zarzutu zawartego w punkcie 9 odwołania.

Przechodząc do oceny powyższego zarzutu wskazać należy, że Odwołujący powyższy obowiązek Zamawiającego wywodził ze znowelizowanej treści art. 26 ust.3 Pzp, gdzie w wyniku nowelizacji ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. dodano treść, iż Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia także „innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”. Zdaniem Odwołującego dokument w postaci oświadczenia wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą jest właśnie tym innym dokumentem. Izba powyższe stanowisko uznała za nieznajdujące podstaw prawnych w Pzp. Kwestie dotyczące wzywania wykonawców do złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą są uregulowane w art. 85 ust 2-3 Pzp. Dokument oświadczenia wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą nie jest tak samo, jak i dokument gwarancji wadialnej, treścią oferty.

Izba zauważa również, że zwrot z art. 26 ust 3 Pzp dotyczący - innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, jest tożsamy z określeniem zawartym w art. 25 ust.1 Pzp i odnosi się do dokumentów ujętych w wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Tym samym przyjęć należy, że obowiązek wzywania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – prawo zamówień publicznych dotyczy oświadczeń lub dokumentów, które zostały wymienione w ww. rozporządzeniu. Jednakże zauważyć należy, że w powyższej treści rozporządzenia brak jest wymienionego dokumentu - oświadczenia, który winien złożyć wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego o przedłużenie terminu związania ofertą.

Reasumując Izba stwierdziła, iż odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp podlega oferta wykonawcy, który wezwany przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie oświadczy stanowczo, że wyraża zgodę na przedłużenie tegoż terminu. Tak też orzekł Sąd Okręgowy w Tarnowie (sygn. akt I Ca 495/13).

Wykonawca wezwany ma obowiązek złożenia stanowczego i jednoznacznego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania go złożoną przez niego ofertą. Stanowisko takie zajęła Izba m.in. w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 2651/11: "brak jednoznacznego oświadczenia wykonawcy (zaniechanie podjęcia czynności) oznacza, że zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą nie została wyrażona", czy też w orzeczeniu o sygn. akt KIO 2572/12, KIO 2573/12: "Kwestia stwierdzenia wystąpienia przesłanki wykluczenia z postępowania nie może pozostawać w sferze domniemania. Brak zgody oznacza, iż wykonawca nie złożył oświadczenia zawierającego zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą lub odmówił zgody." Podobnie Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 21 grudnia 2010 r. wydanym w sprawie VI Ga 240/10, który stwierdził, że "nie może budzić wątpliwości wobec literalnego brzmienia art. 85 ust. 2, iż wykonawca chcąc

Sygn. akt KIO 1034/18

uczestniczyć w dalszym ciągu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poza terminem określonym jako termin związania ofertą winien złożyć w związku z tym jednoznaczne i nie budzące wątpliwości oświadczenie. Sąd Okręgowy rozpoznający skargę w niniejszym składzie podziela stanowiska wyrażane w dotychczasowym orzecznictwie KIO odnośnie tego, że zgoda taka nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być oświadczeniem wykonawcy (vide m.in. wyrok KIO z dnia 22.03.2010 r. sygn. akt KIO/UZP 267/10, uchwała KIO z dnia 5.05.2010 r. KIO/KD 46/10, wyrok KIO z dnia 14.06.2010 r. KIO/UZP 1021/10)".

W konsekwencji powyższego Izba uznała, iż Odwołujący pomimo złożenia aneksu gwarancji ubezpieczeniowej nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, pomimo wyraźnego i jasnego wezwania Zamawiającego skierowanego do niego w powyższym zakresie. W konsekwencji więc uznała, iż Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Zamawiający występując z wezwaniem dochował wszelkich warunków oznaczonych w art. 85 ust. 2 ustawy - było to wezwanie o przedłużenie terminu związania ofertą wystosowane do odwołującego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, wskazywało ono termin, do którego miało nastąpić przedłużenie, i zostało przekazane z odpowiednim wyprzedzeniem, ponadto do wezwania Zamawiający dołączył przykładowy wzór oświadczenia wykonawcy. Odwołujący był więc wzywany i na to wezwanie – zdaniem Izby - nie odpowiedział. Oświadczenia o zgodzie na przedłużenie terminu związania ofertą nie mogło zastąpić przedłużenie okresu ważności wadium. W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący nie dochował należytej staranności, nie podejmując działań zmierzających do utrzymania swego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji możliwości uzyskania zamówienia.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy. Skoro odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć Odwołującego.

Przewodniczący: