

**Sygn. akt KIO 1817/12**

**Sygn. akt KIO 1822/12**

**WYROK**

**z dnia 7 września 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SYSTRA S.A. w Paryżu (Francja), BBF Sp. z o.o. w Poznaniu oraz w dniu 27 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ayesa Polska Sp. z o.o. w Szczecinie, Agua y Estructura S.A. w Sewilli (Hiszpania), MGGP S.A. w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie

przy udziale:

- URS Polska Sp. z o.o. w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ayesa Polska Sp. z o.o. w Szczecinie, Agua y Estructura S.A. w Sewilli (Hiszpania), MGGP S.A. w Tarnowie zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1817/12, po stronie zamawiającego;
- URS Polska Sp. z o.o. w Warszawie, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SYSTRA S.A. w Paryżu (Francja), BBF Sp. z o.o. w Poznaniu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. w Krakowie, E=R=G Sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu, Biuro Projektów Komunikacyjnych Sp. z o.o. w Poznaniu zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1822/12, po stronie zamawiającego:

**orzeka:**

1. oddala odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SYSTRA S.A. w Paryżu (Francja), BBF Sp. z o.o. w Poznaniu oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ayesa Polska Sp. z o.o. w Szczecinie, Agua y Estructura S.A. w Sewilli (Hiszpania), MGGP S.A. w Tarnowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SYSTRA S.A. w Paryżu (Francja), BBF Sp. z o.o. w Poznaniu oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ayesa Polska Sp. z o.o. w Szczecinie, Agua y Estructura S.A. w Sewilli (Hiszpania), MGGP S.A. w Tarnowie tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt KIO 1817/12**

**Sygn. akt KIO 1822/12**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest "Wykonanie prac projektowych łącznie z uzyskaniem pozwoleń na budowę, opracowaniem materiałów przetargowych na roboty budowlane, przygotowaniem materiałów do uzyskania decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej i uzyskaniem tych decyzji, w ramach projektu POIiŚ 7.1-8 Modernizacja linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa - Poznań pozostałe roboty, odcinek Sochaczew - Swarzędz - prace przygotowawcze".

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 stycznia 2012 r. pod nr 2012/S 1-001592.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

16 sierpnia 2012 r. zamawiający *via fax* przesłał informację o wynikach postępowania, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez URS Polska sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: "URS") oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SYSTRA S.A. w Paryżu (Francja), BBF Sp. z o.o. w Poznaniu (dalej jako: "Konsorcjum SYSTRA").

Czynności i zaniechania zamawiającego stały się podstawą odwołań wniesionych 27 sierpnia 2012r. przez Konsorcjum SYSTRA oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ayesa Polska Sp. z o.o. w Szczecinie, Agua y Estructura S.A. w Sewilli (Hiszpania), MGGP S.A. w Tarnowie (dalej jako: „Konsorcjum Ayesa”).

### **Odwołanie wniesione przez Konsorcjum SYSTRA – sygn. akt KIO 1817/12:**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty URS, jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta URS uzyskała mniejszą łączną ilość punktów w ustalonych kryteriach, niż oferta odwołującego, a brak było podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz przez zaniechanie dokonania oceny i badania oferty odwołującego w dniu 25 lipca 2012 r. podczas ostatniego posiedzenia komisji przetargowej;

- art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania wobec nie przedłużenia terminu związania ofertą, pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych umożliwiających zastosowanie w/w przepisów;
- art. 85 ust. 2 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, w sytuacji, w której zamawiający jest gospodarzem prowadzonego postępowania i odpowiada za jego prowadzenie zgodnie z przepisami Pzp;
- art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 182 ust. 6 Pzp przez błędną jego interpretację przez zamawiającego i wywodzenie z w/w przepisów obowiązku wykonawców przedłużenia terminu związania ofertą.

Wniósł o uwzględnienie odwołania po jego merytorycznym rozpoznaniu oraz o nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania czynności, do których jest zobowiązany na podstawie Pzp - ponownej oceny i badania złożonych ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego, wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający dokonał czynności wykluczenia jeszcze w okresie związania odwołującego złożoną ofertą. Wskazał w uzasadnieniu, że termin związania odwołującego złożoną ofertą upływał 28 lipca 2012 r., nie zaś – jak przyjął zamawiający - 25 lipca 2012 r.

W ślad za stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego zawartym w orzeczeniu z 24 lutego 2010 r. (sygn. SK 22/08) wywodził, że po upływie terminu związania ofertą może dojść do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w takim przypadku brak jest jedynie po stronie składającego ofertę (wykonawcy) obowiązku zawarcia umowy.

Odwołujący podniósł, że katalog podstaw wykluczenia zawarty w art. 24 Pzp ma charakter zamknięty, a żadna z przesłanek zawartych w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nie zaszła. Argumentował, że wykładnia językowa art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś, kiedy nikt wykonawcy o zgodę nie pytał, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody, nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. Odwołujący przywołał orzeczenie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. VI Ga 192/10), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2010 r. (sygn. KIO 1469/10), zacytował też uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 44/11).

Odwołujący wywiódł, że biorąc pod uwagę powiązanie instytucji związania ofertą oraz instytucji wadium, dopuszczenie przez ustawodawcę możliwości wniesienia nowego wadium

- a więc tym samym dopuszczalność "luki czasowej" w jego funkcjonowaniu przełożyć można również na element związania ofertą.

Z ostrożności wskazał również, iż treść art. 85 ust. 2 Pzp nie statuuje wymogu, aby czynność przedłużenia terminu związania ofertą miała swoje miejsce w okresie związania ofertą. Odwołujący ocenił, iż upływ terminu związania ofertą nie powoduje, iż oferta taka przestaje istnieć lub wygasa. Podkreślił, iż stan związania ofertą wyraża się tym, że po jej złożeniu oferent w zasadzie nie ma wpływu na dojście umowy do skutku. Zawarcie umowy następuje na skutek złożenia przez oblata jednostronnego oświadczenia woli o przyjęciu oferty, a więc zależy wyłącznie od decyzji oblata. Oznacza to, iż stan związania odnosi się jedynie do skutku złożenia oferty, a nie jej bytu, jako oświadczenia woli. Oświadczenie o dalszym związaniu ofertą precyzujące przedmiot tego oświadczenia nie powoduje złożenia nowej oferty, ale rozciąga skutki tego oświadczenia na dalszy okres czasu.

Odwołujący zakwestionował pogląd, jakoby art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a tym bardziej przepis art. 182 ust. 6 Pzp stanowił o obowiązku przedłużania terminu związania ofertą przez wykonawcę.

URS oraz Konsorcjum Ayesa w wyniku wezwania zamawiającego z 28 sierpnia 2012r. przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

### **Odwołanie wniesione przez Konsorcjum Ayesa – sygn. akt KIO 1822/12:**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp przez bezpodstawnie zaniżoną ocenę oferty odwołującego w kryterium „jakość”, podkryterium 2 - „planowanie realizacji zamówienia” oraz przez wybór oferty złożonej przez URS, pomimo, iż najkorzystniejszą w świetle przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert jest oferta odwołującego. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie dokonania powtórnej czynności oceny oferty odwołującego we wskazanym kryterium i przyznania ofercie 81,9 punktów oraz o dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający dokonał ponownej oceny ofert, przy czym wykroczył poza treść sentencji orzeczenia Izby, powtórzył ocenę wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, w tym oferty odwołującego i zmienił pierwotną ocenę oferty odwołującego - zamiast 89,89 punktów, przyznał 69,9 pkt. Odwołujący

zakwestionował jedną z dwóch podstaw obniżenia punktacji - brak w Szczegółowym Harmonogramie Realizacji Zamówienia ścieżki krytycznej na wykresie Gantta. Uznał, że postanowienia specyfikacji pkt 19.9.2.3.1 i 2 nie dają podstawy do obniżenia punktacji. Stwierdził, że w przedstawionym przez niego harmonogramie ujęta została wymagana ścieżka krytyczna - w opisie zawartym w legendzie wykresu Gantta. Odwołujący wywodził, że dokonany opis:

1. jednoznacznie definiuje ścieżkę krytyczną,
2. wskazuje, że ścieżka ta składa się wyłącznie z zadań zdefiniowanych w harmonogramie przedstawionym w formie wykresu Gantta,
3. zawarty jest w legendzie wykresu Gantta, czyli jest elementem tego wykresu.

Podniósł, że zamawiający nie kwestionuje faktu, iż ścieżka krytyczna została przedstawiona, lecz uznaje, że nie wystarcza przedstawienie jej w legendzie wykresu Gantta. Odwołujący wskazał, że wykres Gantta składa się nie tylko z części graficznej (wówczas nie byłby w ogóle czytelny), lecz także z części opisowej - opisu zadań i legendy, zamawiający nie postawił w specyfikacji wymagania, by ścieżka krytyczna została zdefiniowana w części graficznej wykresu Gantta. Ponadto zadania składające się na ścieżkę krytyczną zostały ujęte w wykresie Gantta (w tym w części graficznej), natomiast ich identyfikacja jako zadań ścieżki krytycznej, została dokonana w części opisowej wykresu.

Odwołujący podkreślił, że w ramach omawianego podkryterium zamawiający oceniać miał „kompletność” opracowania (harmonogramu), a nie formę jego sporządzenia. Wykonawca miał więc zawrzeć w harmonogramie wszystkie wymagane elementy, natomiast forma, w jakiej to uczynił, jest kwestią wtórną i niepodlegającą ocenie.

Zarzucił, że zamawiający powinien był przyznać odwołującemu w omawianym podkryterium 50 pkt, a nie jedynie 20.

URS, Konsorcjum SYSTRA S.A. oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. w Krakowie, E=R=G Sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu, Biuro Projektów Komunikacyjnych Sp. z o.o. w Poznaniu w wyniku wezwania zamawiającego z 28 sierpnia 2012r. przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznała odwołania w granicach podniesionych w nich zarzutów i pominęła podnoszone przez zamawiającego brak zabezpieczenia wadialnego oferty złożonej przez Konsorcjum SYSTRA oraz błędy popełnione przez Konsorcjum Ayesa w harmonogramie. Okoliczności te nie były powołane w informacji o wynikach postępowania, wykonawcy nie odnosili się do nich w odwołaniach. Skoro nie zostały objęte zarzutami odwołania niedopuszczalne jest ich uwzględnienie w podstawie rozstrzygnięcia.

#### **Odwołanie wniesione przez Konsorcjum SYSTRA – sygn. akt KIO 1817/12:**

Izba uznała za bezskuteczne przystąpienie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Biuro Inżynierskich Usług Projektowych Sp. z o.o. w Krakowie, E=R=G Sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu, Biuro Projektów Komunikacyjnych Sp. z o.o. w Poznaniu zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego. Izba ustaliła, co zostało potwierdzone przez pełnomocnika wykonawców na posiedzeniu, że kopia zgłoszenia przystąpienia nie została przekazana odwołującemu, a jedynie przesłana pełnomocnikowi poprzednio reprezentującemu odwołującego - na adres kancelarii prawnej. Art. 185 ust. 2 *in fine* Pzp nakazuje przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Przesłanie kopii pełnomocnikowi (*nota bene* już nie reprezentującemu wykonawcy) obowiązkowi temu nie czyni zadość.

Wyznaczony przez zamawiającego termin związania ofertą wynosił 90 dni i rozpoczął swój bieg od dnia składania ofert - 29 marca 2012 r. Dzień ten był pierwszym dniem biegu terminu – stosownie do art. 85 ust. 5 Pzp. Zgodnie z art. 182 ust. 6 Pzp bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu od dnia 25 maja 2012 r. - dnia wniesienia pierwszego odwołania w postępowaniu do dnia 25 czerwca 2012 r. - dzień wydania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu (sygn. akt KIO 1072/12, KIO 1075/12, KIO1080/12, KIO 1083/12). Terminy wynikające z art. 182 ust. 6 Pzp winny być liczone zgodnie z art. 111 § 2 k.c. w zw. z art. 14 Pzp.

Zamawiający nie wzywał do przedłużenia terminu związania ofertą, a odwołujący nie przedłużył go samodzielnie. Termin związania ofertą odwołującego upłynął 27 lipca 2012r. Komisja przetargowa 25 lipca 2012r. dokonała oceny ofert, 26 lipca 2012r. wniosła o zatwierdzenie wyników postępowania, w tym o wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Pan P.... N..... posiadający pełnomocnictwo do przeprowadzenia postępowania za wyjątkiem zatwierdzenia wyników postępowania, zaakceptował stanowisko komisji i pismem z 7 sierpnia 2012r. przekazał je zarządowi zamawiającego. Zarząd uchwałą z dnia 13 sierpnia 2012r. zatwierdził wynik postępowania, w tym wykluczenie odwołującego. Informacja o wynikach postępowania została przesłana wykonawcom 16 sierpnia 2012r.

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

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

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

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

Wstępnie należy zwrócić uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter formalny, stanowi uporządkowany ciąg czynności zamawiającego, które zobowiązany jest on uzewnętrznić przez przesłanie wykonawcom stosownej informacji. Termin dokonywania czynności w ramach wewnętrznej struktury zamawiającego, w wyniku podziału kompetencji przyznanych przez kierownika zamawiającego poszczególnym osobom bądź podmiotom, pozbawiony jest na gruncie ustawy doniosłości prawnej, skutek czynności zamawiającego następuje bowiem dopiero od dnia przesłania wykonawcom informacji o jej dokonaniu.

W postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny zgodności z przepisami czynności zamawiającego, nie poddaje ocenie stanowiska komisji przetargowej, przy pomocy której zamawiający prowadzi postępowanie (*arg.* z art. 180 ust. 1 oraz art. 20 Pzp). W konsekwencji przedwczesny o dwa dni wniosek komisji przetargowej o wykluczenie odwołującego nie ma znaczenia, wobec faktu, że w dniu przesłania informacji o wynikach postępowania odwołujący nie był związany ofertą złożoną w postępowaniu.

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

sprawie zamówienia publicznego, od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty poprzedzającej udzielenie zamówienia.

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

Pogląd ten znajduje oparcie w art. 85 ust. 2 Pzp, który stanowi, że wykonawca, samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak, niż 60 dni. Wbrew twierdzeniom odwołującego ustawa w przywołanym przepisie, mimo, iż nie stanowi *expressis verbis* o konieczności utrzymania stanu związania ofertą przez wykonawcę, wymóg ten statuuje, co powoduje konieczność przedłużenia terminu związania ofertą w czasie związania ofertą. Przedłużyć, czyli – zgodnie z językowym znaczeniem tego pojęcia - spowodować, że coś trwa dłużej, niż przewidziano, można jedynie istniejący stan prawny. Stan prawny, który ustał, może być wyłącznie restytuowany - ustanowiony na nowo. Możliwości takiej ustawa w odniesieniu do terminu związania ofertą nie przewiduje.

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

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

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenia woli wykonawcy mogą być interpretowane z zastosowaniem dyrektyw wynikających z przepisów kodeksu cywilnego stosownie do odesłania zawartego w art. 14 Pzp. Istnienie oświadczeń woli wykonawcy nie

może jednak domniemywane, ani przez zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, ani przez Izbę w postępowaniu odwoławczym.

Z faktu, że ustawodawca dopuścił możliwość przerwy w zabezpieczeniu oferty wadium, nie należy wywodzić możliwości przerwy w związaniu ofertą, oferta oraz wadium stanowią bowiem odrębne instytucje ustawowe. W myśl art. 182 ust. 6 Pzp bieg terminu związania ofertą może jedynie ulec zawieszeniu, podczas, gdy przerwanie stanu zabezpieczenia oferty przez wadium wynika z art. 46 Pzp.

W ocenie Izby przepis - inny niż art. 85 ust. 2 Pzp - wskazujący na obowiązek ciągłości związania ofertą stanowiłby regulację zbędną, wobec wynikającego z art. 14 Pzp obowiązku stosowania do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia przepisów kodeksu cywilnego. Na gruncie przepisów kodeksu cywilnego stan związania ofertą jest bowiem – obok wymogów stawianych oświadczeniu woli stanowiącego ofertę - istotą ofertowego sposobu zawarcia umowy. Różnica w stosunku do przepisów ustawy ustalających obowiązek zamawiającego wskazania terminu związania ofertą, wyraża się w tym, że w myśl art. 66 § 2 k.c. termin związania ofertą określa oferent.

Zgodnie z postanowieniami art. 66 k.c. oświadczenie woli stanowi ofertę jeśli zawiera istotne postanowienia umowy i ma charakter stanowczy. Oświadczenie wiąże oferenta przez czas przez niego wskazany, jeśli w tym okresie adresat oferty (oblat) złoży oświadczenie o przyjęciu oferty dochodzi do zawarcia umowy. Związanie jest koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty (*vide*: Komentarz do art. 66 kodeksu cywilnego, [w:] B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda, Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz, LEX, 2009).

Stan związania ofertą wyraża się tym, że po jej złożeniu oferent w zasadzie nie ma wpływu na dojście umowy do skutku. Zawarcie umowy następuje na skutek złożenia przez zamawiającego (oblata) jednostronnego oświadczenia woli o przyjęciu oferty, a więc zależy wyłącznie od decyzji oblata.

Nie można uznać, że w odniesieniu do oferty wykonawcy, który nie jest już nią związany, możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego powstaje wyłącznie skutkiem jednostronnego oświadczenia woli zamawiającego o wyborze oferty. Wykonawca taki musi wszak zgodzić się na zawarcie umowy. W takiej sytuacji nie można mówić, że zawarcie umowy następuje po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkurencyjnym, z zachowaniem zasad zawartych w art. 7 ust. 1 Pzp. Skoro zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego następuje na zasadzie dobrowolności po stronie wykonawcy oraz po dodatkowym wyrażeniu zgody to należałoby uznać je za *quasi* zamówienie z wolnej ręki (*vide*: art. 66 Pzp). Sprzecznym z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej

konkurencji jest jednakowe traktowanie wykonawców związanych złożoną ofertą – zobligowanych do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego pod groźbą utraty wadium oraz wykonawców, którzy mogą zawrzeć umowę wyłącznie na zasadzie dobrowolności bez zagrożenia jakąkolwiek dolegliwością.

W doktrynie wskazuje się, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest wielostronnym stosunkiem prawnym (*vide*: R. Szostak – „Przetargowy wybór oferty najkorzystniejszej na tle europejskich tendencji rozwojowych” w „Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych – Polska na tle UE”, red. A. Borowicz, UZP, Warszawa 2012). Izba wyraża pogląd, że wykonawca przystępuje do niego przez złożenie oferty i zachowuje w nim swoje prawa przez związanie złożoną ofertą. Jeżeli termin związania ofertą upływa, wykonawca nie jest już stroną takiego stosunku prawnego nawiązanego przez złożenie oferty.

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

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

#### **Odwołanie wniesione przez Konsorcjum Ayesa – sygn. akt KIO 1817/12:**

Zgodnie z pkt 19.9.2.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca powinien przedstawić Szczegółowy Harmonogram Realizacji Zamówienia (SzHRZ), którego „kompletność” i „spójność” podlegają ocenie zamawiającego w ramach kryterium „jakość” podkryterium 2 „planowanie realizacji zamówienia”. *„SzHRZ ma być przedstawiony w formie wykresu Gantta i zawierać terminy rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych działań, ich wzajemnych zależności (uzależnienie rozpoczęcia danego działania lub jego zakończenia od innych działań) oraz wskazywać bufor czasowe i ścieżkę krytyczną”.*

Zgodnie z pkt 19.9.2.3.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli wykonawca w opracowaniu przedstawi wszystkie dane wymagane w punkcie 19.9.2.3.1 i dane te „są spójne” zamawiający oceni, że opracowanie w ramach podkryterium 2 jest kompletne i przyzna PK2=50 punktów”. Jeżeli natomiast „wykonawca w opracowaniu nie przedstawi wszystkich danych wymaganych w punkcie 19.9.2.3.1, ale przedstawione dane „są spójne” zamawiający oceni, że opracowanie w ramach podkryterium 2 nie jest kompletne i przyzna PK2=20 punktów.

Ścieżka krytyczna została wskazana przez odwołującego w opisie zawartym w

legendzie wykresu Gantta przez stwierdzenie: „Wykonawca na obecnym etapie prac zidentyfikował następującą ścieżkę krytyczną projektu przebiegającą przez zadania (czynności o numerze id.) 2 -> 287 -> 349 -> 620 -> 778 -> 836”.

Zamawiający uznał, iż wykonawca nie przedstawił na wykresie Gantta ścieżki krytycznej gdyż „zdefiniowano ją jedynie w legendzie”) i nie przyznał odwołującemu maksymalnej liczby punktów. Ocena ta nastąpiła w ramach powtórnej oceny ofert, której zamawiający dokonał wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 czerwca 2012r. sygn. akt KIO 1065/12, 1072/12, KIO 1075/12, KIO1080/12, KIO 1083/12. W orzeczeniu tym Izba uwzględniła odwołania wniesione przez Konsorcjum Arcadis, URS i Konsorcjum i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert w kryterium „jakość”.

Odwołujący spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania i przyznanie ofercie odwołującego w ramach powtórnej oceny ofert, żądanych 50 pkt w kryterium „jakość”, podkryterium 2, da odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

Izba nie podzieliła poglądu, że zamawiający dokonał ponownej oceny ofert z przekroczeniem treści sentencji orzeczenia z 25 czerwca 2012r.

Zważyć trzeba, że Izba rozpoznaje wyłącznie zarzuty podniesione w odwołaniu, zatem w razie uwzględnienia odwołania, nakazuje zamawiającemu wykonanie czynności adekwatnych do potwierdzonych zarzutów odwołania, tak aby ustały skutki naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W sytuacji, gdy stosownie do art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp Izba nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert, treść sentencji nie zobowiązuje zamawiającego do dokonania czynności wyłącznie wobec ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu odwoławczym. Takie działanie zamawiającego byłoby sprzeczne z art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający jest zobowiązany do równego traktowania wykonawców. Zachowanie tej zasady oraz poszanowanie uczciwej konkurencji ma miejsce wyłącznie wtedy, gdy zamawiający wykonując orzeczenie Izby uwzględnia oceny leżące u podstaw rozstrzygnięcia Izby jednakowo wobec wszystkich ofert podlegających ocenie.

Zamawiający zatem prawidłowo dokonał powtórnej oceny wszystkich ofert, w tym oferty odwołującego.

Wymaganie zamawiającego ujęcia ścieżki krytycznej w harmonogramie sporządzonym w formie wykresu Gantta było sformułowane jednoznacznie w postanowieniu 19.9.2.3.1 specyfikacji. Wymaganiu temu nie odpowiada wskazanie przez odwołującego ścieżki krytycznej wyłącznie jako legendy wykresu zawierającego Szczegółowy Harmonogram Realizacji Zamówienia.

Tak jak legenda mapy stanowi, zgodnie z definicją słownikową (*vide*: Słownik języka polskiego PWN), objaśnienie występujących na mapie symboli graficznych i barwnych, tak legenda wykresu Gantta winna stanowić słowny opis elementów wskazanych na wykresie.

Izba uznała również, że skoro zamawiający wymagał wyraźnie, aby wykres zawierał ścieżkę krytyczną, samo ujęcie w wykresie zadań, przez które ścieżka krytyczna ma przebiegać jest niewystarczające.

Przyjmuje się powszechnie, że „ścieżka krytyczna” jest to ciąg takich zadań, czynności projektowych, co do których opóźnienie choćby jednego z nich musi opóźnić zakończenie realizacji projektu. Jednak graficzny sposób wyznaczania ścieżki krytycznej odwołuje się do również do zdarzeń.

Prezentowaną interpretację potwierdza opinia dr P.... W..... z Katedry Zarządzania Projektami Szkoły Głównej Handlowej złożona na rozprawie przez odwołującego.

Wskazuje ona (str.3), że technika ścieżki krytycznej opiera się na „przedstawieniu struktury projektu w postaci wykresu sieciowego dwupunktowego, w którym czynności składowe projektu oznaczane są jako łuki (..), natomiast zdarzenia, jako węzły grafu. (...) Zdarzenia oznaczają wystąpienie określonego stanu, przed (zdarzenie początkowe) lub po (zdarzenie końcowe) wykonania czynności”. Stanowi również (str. 6), iż „Identyfikacja zadań ze ścieżki krytycznej może odbywać się bezpośrednio na wykresie w postaci pogrubienia lub oznaczenia kolorem łuków grafu i zdarzeń, przez które ścieżka przechodzi.” Dopuszczenie w treści opinii możliwości wskazania ścieżki krytycznej w sposób opisowy jako sekwencji zadań, wynikające z dojrzałości projektowej osoby tworzącej plan przebiegu projektu, pozostaje bez znaczenia wobec jednoznaczności wymagania zamawiającego ujęcia ścieżki krytycznej na wykresie.

Izba uznała, że zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty odwołującego w kryterium jakości i tym samym zgodnie z przepisami ustawy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.  
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:** .....