

**WYROK**  
z dnia 9 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych WODKAN Sp. z o.o., ul. Zodiakowa 15, 61-244 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Lidzbark Warmiński, ul. A. Świętochowskiego 14, 11-100 Lidzbark Warmiński,**

przy udziale wykonawcy **MELBUD S.A., ul. Składowa 4, 86-300 Grudziądz,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych WODKAN Sp. z o.o., ul. Zodiakowa 15, 61-244 Poznań i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych WODKAN Sp. z o.o., ul. Zodiakowa 15, 61-244 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych WODKAN Sp. z o.o., ul. Zodiakowa 15, 61-244 Poznań** na rzecz **Gminy Miejskiej Lidzbark Warmiński, ul. A. Świętochowskiego 14, 11-100 Lidzbark Warmiński** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 w Olsztynie.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Wykonanie Zadania 1 Rozbudowa i modernizacja miejskiej oczyszczalni ścieków w Lidzbarku Warmińskim wg Warunków kontraktowych FIDIC (Czerwona Księga), w projekcie pn. „Kompleksowe rozwiązanie gospodarki wodno - ściekowej Gminy Miejskiej Lidzbark Wwarmiński”, Wnoszący odwołanie wykonawca - Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno - Hydrotechnicznych „WODKAN” Sp. z o.o. z Poznania zarzucił Zamawiającemu - Gminie Miejskiej Lidzbark Warmiński naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 14 w zw. z art. 60, 61, 65 i 66 kc, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 85, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, oraz uznanie przy ponownej ocenie ofert, że najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez Odwołującego. W uzasadnieniu odwołania wykonawca stwierdził, że Zamawiający po ponownym przeprowadzeniu oceny ofert w dniu 19 stycznia 2012 r., dokonał wyboru kolejno oferty firmy „MELBUD” S.A. z Grudziądza jako najkorzystniejszej oferty, wykluczając po raz drugi z tego postępowania Odwołującego bezpodstawnie przyjmując, że Odwołujący utracił status wykonawcy, gdyż jego oferta przestała być ważna. Nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego wykonawca stwierdził, że dokonane ponowne wykluczenie go z postępowania i odrzucenie jego oferty jest nieprawidłowe, albowiem w wyroku z dnia 16 grudnia 2011 r. KIO nakazała m.in. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny z uwzględnieniem oferty odwołującego. Sformułowanie cytowane z orzeczenia KIO jest konsekwencją prawną i logicznym następstwem prawidłowej interpretacji przez Izbę woli Odwołującego się w zakresie dalszego udziału w postępowaniu przetargowym, aż do momentu dokonania przez Zamawiającego właściwego wyboru najkorzystniejszej oferty, którą złożył wykonawca. Wykonawca stwierdził także, że o woli przedłużenia oferty i terminu jej związania świadczy również argumentacja Odwołującego zawarta w uzasadnieniu pierwszego odwołania, także w części dotyczącej interesu prawnego wykonawcy i tym samym potwierdzenia ciągłej i nieprzerwanej woli uzyskania przedmiotowego zamówienia na podstawie złożonej oferty, która spełnia wymogi SIWZ i która jest ważna przez cały okres postępowania przetargowego od momentu jej złożenia poprzez zgodę wykonawcy na wniosek o jej przedłużenie o kolejne 30 dni, poprzez następne samodzielne przedłużenie związania oferty w odwołaniu do dnia dokonania czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie przedłużenia ważności tej oferty i jej związania do dnia

11 lutego 2012 r., (wynikającego z pisma Odwołującego się z dnia 12 stycznia 2012 r.), Wskazując na art. 85 ustawy Pzp stwierdził, że do złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą ustawa Pzp wymaga aktywnego działania, inicjatywy wykonawcy, przy czym winno to nastąpić przed upływem terminu związania oferta i brak działania w tym zakresie jest równoznaczny z brakiem zgody na przedłużenie terminu związania oferta, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca wskazując także na art. 14 ustawy Pzp, podniósł, że posiłkując się przepisami KC w tym art. 66 § 1, przez ofertę należy rozumieć oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, określające istotne postanowienia tej umowy. Z definicji tej wynika, że w ofercie musi być stanowcza propozycja zawarcia umowy, a ponadto propozycja ta musi zawierać konieczne elementy jej treści. Wszystkie te elementy zawiera oferta Odwołującego. Stwierdził także, że Zamawiający w SIWZ nie przedstawił żadnych szczególnych wymogów, w szczególności co do formy, treści i czasu. Z tych względów przywołując komentarze do art. 85 ustawy Pzp, zwrócił uwagę, że terminy w nim zawarte odnoszą się nie tylko do wykonawcy, ale również do Zamawiającego, albowiem to Zamawiający ma obowiązek określenia w SIWZ czasu w jakim oferenci są związani złożoną ofertą. W niniejszej sprawie pierwotny termin związania ofertą wynosił 60 dni, a następnie za zgodą wykonawcy na wniosek Zamawiającego został przedłużony o następne 30 dni (przedłużony z uwagi na zawieszenie jego biegu przez złożenie odwołania), a który następnie został z inicjatywy wykonawcy przedłużony do dnia dokonania ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a ostatecznie sprecyzowany pismem Odwołującego się z dnia 12 stycznia 2011 r., na dzień 11 lutego 2012 r. Właściwa interpretacja art. 85 ustawy Pzp musi prowadzić do stwierdzenia, że przedłużanie związania ofertą ponad ustawowe terminy w intencji ustawodawcy powinno chronić przede wszystkim interes wykonawcy, który nie może być skazany na zbyt opieszale dokonywanie wyboru oferenta, co może go narazić na ewentualną szkodę czy też utratę wadium. Ochrona interesu wykonawcy przez ustawodawcę nie może jednak być interpretowana, w ten sposób, że w sytuacji gdy Wykonawca cały czas dąży swoim postępowaniem do uzyskania zamówienia, Zamawiający będzie wykorzystywał i nadinterpretowywał przepisy, aby go nie wybrać. Podkreślił, że w niniejszej sprawie to Zamawiający wystąpił o przedłużenie terminu o 30 dni (na co otrzymał zgodę), a nie na 60 dni (na co również by otrzymał zgodę), a także że po wydaniu orzeczenia przez KIO w dniu 16 grudnia 2011 r., do dnia 30 grudnia 2011 r., przez okres dwóch tygodni, kiedy jak sam przyznaje w tym okresie jego zdaniem oferta Odwołującego się była ważna nie zrobił nic mimo tak długiego okresu, aby ją wybrać, tym bardziej w sytuacji gdy z orzeczenia KIO wynikał obowiązek ponownego wyboru z udziałem oferty odwołującego się. Fakt potwierdzenia przez Zamawiającego otrzymania uzasadnienia orzeczenia KIO z dnia 2 stycznia 2012 r., nie ma żadnego znaczenia dla sprawy, tym bardziej że ustawa Pzp skutki prawne odnosi do dnia ogłoszenia orzeczenia, a nie do dnia

doręczenia jego uzasadnienia. Stwierdził także, że Odwołujący z własnej inicjatywy złożył przy piśmie z dnia 12 stycznia 2012 r. gwarancję wadialną, w której określił nowy termin związania ofertą. Zatem jego oferta była cały czas ważna, a termin był odpowiednio przedłużony i Zamawiający miał tego świadomość poprzez otrzymanie odpisu odwołania oraz ww. pisma. Wyjaśnił także, że pismo z dnia 12 stycznia 2012 r., zostało podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentacji - Członka Zarządu Piotra Olszaka (który podpisywał ofertę oraz odwołania), a tylko błędnie przystawiono pieczęć pracownika odpowiedniej komórki. Tym samym za błędne i chybione, zdaniem wykonawcy, należy uznać okoliczności przywołane w zawiadomieniu o wyborze oferenta. W konkluzji wykonawca stwierdził, że nie istniały podstawy prawne, ani faktyczne do ponownego wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, w sytuacji gdy oferent złożył oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą, a złożona przez niego oferta była prawidłowa i winna być wybrana.

#### **Rozpoznając niniejsze odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Tak jak ustaliła Izba, Zamawiający w piśmie z dnia 4 listopada 2011 r. wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą - wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium - o kolejne 30 dni, który to termin upływał pierwotnie w dniu 14 grudnia 2011 r. Odwołujący wyraził taką zgodę, przedkładając także gwarancję z wymaganym okresem ważności. W związku z odwołaniem wniesionym do Prezesa KIO w dniu 30 listopada 2011 r. nastąpiło - w myśl art. 182 ust. 6 ustawy Pzp - zawieszenie biegu terminu związania ofertą, który to termin rozpoczął ponownie bieg od dnia 17 grudnia 2011 r. w związku z ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 16 grudnia 2011 r. wyroku w zakresie wniesionego odwołania. To oznacza, że - w niniejszej sprawie - termin związania ofertą upłynął ostatecznie z dniem 30 grudnia 2011 r. i tylko wykonawca zgodnie z art. 85 ust.1 ustawy Pzp był uprawniony do samodzielnego przedłożenia terminu związania ofertą przed jego upływem, albowiem w tym postępowaniu Zamawiający - tak jak stanowi ustawa Pzp - skorzystał z przysługującego mu uprawnienia. Kolejne przedłużenie mogło być tylko skutkiem decyzji wykonawcy. Izba stwierdza także, że uwzględniając odwołanie i nakazując dokonanie określonych czynności Krajowa Izba Odwoławcza nie wydłuża terminu związania ofertą, albowiem takie upoważnienie nie wynika z przepisów prawa. Upływ terminu związania ofertą pomiędzy wydaniem wyroku a jego wykonaniem powoduje konieczność złożenia przez wykonawcę stosownej deklaracji w myśl art. 85 ust.2 ustawy Pzp. Jednakże nie może być ono złożone - tak jak w tym przypadku - po upływie terminu związania ofertą. Izba ustaliła,

że w okresie od dnia 14 grudnia 2011 r. do dnia 11 stycznia 2012 r. Odwołujący nie składał żadnych oświadczeń, co do przedłużenia terminu związania ofertą. Taką czynność wykonał dopiero w dniu 12 stycznia 2012 r., przedkładając pismo wraz z gwarancją ubezpieczeniową tytułem wadium. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca, któremu zwrócono wadium nie jest zobowiązany po wydaniu wyroku na jego korzyść do wniesienia z własnej inicjatywy wadium. Taki obowiązek powstaje na skutek wezwania zamawiającego, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania oferta odwołującego się wykonawcy zostaje wybrana jako najkorzystniejsza. Izba jednocześnie stwierdza, że pismo z dnia 12 stycznia 2012 r. nie mogło być uznane przez Zamawiającego jako oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą od dnia 31 grudnia 2011 r. albowiem przede wszystkim zostało złożone po upływie terminu związania ofertą, ponadto nie zawiera oświadczenia o okresie związania od 31.12. 2011 r. i jeszcze dodatkowo pismo to zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną do składania oświadczenia woli w imieniu wykonawcy. Izba stwierdza również, że składane w toku rozprawy oświadczenie nie może być podstawą do ustalenia osoby podpisującej, albowiem nieczytelność podpisu uniemożliwia jednoznaczne stwierdzenie, że podpis ten został złożony przez uprawnionego członka zarządu, działającego jako pełnomocnik spółki. Izba zwraca również uwagę, że wskazywany przez wykonawcę art. 87 ustawy Pzp reguluje procedurę wyjaśnień związanych z treścią oferty i umożliwia usunięcie ewentualnych omyłek, ale tylko takich, które dotyczą treści oferty. Zatem wskazany art. 87 ustawy Pzp nie mógł służyć jako podstawa do składania wyjaśnień i w konsekwencji składania przez wykonawcę oświadczeń w przedmiocie związania ofertą po dniu 30 grudnia 2011 r. Tym samym w niniejszej sprawie miał zastosowanie przepis art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, stanowiący o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, albowiem wykonawca *de facto* nie przedłużył okresu związania ofertą.

W konkluzji Izba stwierdza, że po dniu 30 grudnia 2011 r. wnoszący odwołanie wykonawca nie przedłużając zgodnie z art. 85 ust.2 ustawy Pzp terminu związania ofertą utracił także status wykonawcy w rozumieniu ustawy Pzp i tym samym nie miał interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem ze wskazanym art. 179 ust.1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wykonawcy tylko wtedy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp. Przede wszystkim, jak wskazała Izba, ustawa Pzp nie wymaga od zamawiającego wykonania wyroku KIO [podobnie wyroku sądu] w ustawowo zakreślonym terminie. Tym samym każdy wykonawca - tak jak wskazano powyżej - jest zobowiązany do podejmowania tych czynności do których został bezpośrednio i pośrednio zobowiązany ustawą Pzp. W tym przypadku do złożenie we właściwym terminie -

w myśl art. 85 ust.2 ustawy Pzp – deklaracji przedłużenia terminu związania ofertą. Uchybienie przez wykonawcę temu przepisowi ustawy – nawet niezamierzone - powoduje, że nie może w konsekwencji ponieść szkody w uzyskaniu zamówienia, albowiem pozbawiając się skutkiem zaniechań statusu wykonawcy, nie może w tym postępowaniu ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

.....