

**WYROK**

**z dnia 17 czerwca 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Poprawa  
Beata Konik  
Renata Tubisz

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2021 r. **przez wykonawcę Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Telekomfort Domin Spółka jawna z siedzibą w Paniówkach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 2049/21 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) 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:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup centrali telefonicznej wraz z aparatami telefonicznymi – znak postępowania: WL-IV.272.43.2020 (zwane dalej „postępowaniem”). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawa ” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych - Ogłoszenie nr 775233-N-2020 z dnia 31.12.2020 r.

W dniu 7 lipca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie od zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. od:

- a) czynności badania i oceny złożonych ofert, a w konsekwencji od wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Telekomfort Domin Spółka jawna, z siedzibą w Paniówkach (zwany dalej „Telekomfort Domin”) jako najkorzystniejszej oferty,
- b) zaniechania wezwania wykonawcy TELEKOMFORT DOMIN do złożenia wyjaśnień dotyczących nowych okoliczności ujawnionych w toku postępowania a dotyczących zawarcia pomiędzy wykonawcami SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

- a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”, w związku z naruszeniem art. 85 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Ustawy, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy TELEKOMFORT DOMIN jako najkorzystniejszej, pomimo, iż wykonawca ten nie jest związany złożoną ofertą przetargową;
- b) z daleko idącej ostrożności – zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez bierne zachowanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy

TELEKOMFORT DOMIN do złożenia wyjaśnień dotyczących nowych okoliczności ujawnionych w toku postępowania a dotyczących zawarcia pomiędzy wykonawcami Suntar I Telekomfort Domin porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty TELEKOMFORT DOMIN jako najkorzystniejszej,
- b) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, a w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- c) z ostrożności – wezwania wykonawcy TELEKOMFORT DOMIN do złożenia wyjaśnień dotyczących nowych okoliczności ujawnionych w toku postępowania a dotyczących zawarcia pomiędzy wykonawcami SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz, że jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy może ponieść szkodę, bowiem w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego znajduje się na drugim miejscu w rankingu ofert, za ofertą Telekomfort Domin. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Ustawy, to przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej nie brałby pod uwagę oferty złożonej Telekomfort Domin, co skutkowałoby uzyskaniem przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego.

Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie ww. przepisów Ustawy miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem

wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny. Zamawiający pierwotnie rozstrzygnął niniejsze postępowanie w dniu 16 marca 2021 r., dokonując pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty. Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wniesione zostały dwa odwołania, pochodzące od Odwołującego oraz od wykonawcy Telekomfort Domin.

Wyrokiem z dnia 25 maja 2021 r., sygn. akt: KIO 908/21 oraz KIO 924/21, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła oba odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert, w tym odrzucenie oferty Suntar na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 Ustawy.

Następnie, Zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2021 r. poinformował wykonawców, iż na podstawie wyroku Izby unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonaną w dniu 16 marca 2021 r., zgodnie z którą jako najkorzystniejsza wybrana została oferta złożona przez Wykonawcę Suntar Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5b, 33-100 Tarnów. Jednocześnie Zamawiający poinformował o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert, w wyniku czego odrzucił ofertę nr 1, złożoną przez Suntar.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 85 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Telekomfort Domin jako najkorzystniejszej, pomimo, iż wykonawca ten nie jest związany złożoną ofertą przetargową, wskazać należy, co następuje.

Stosownie do postanowień art. 85 ust. 1 Ustawy wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z ust. 2 powołanego przepisu 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.

Zgodnie z postanowieniami pkt 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia składający ofertę pozostaje nią związany przez okres 30 dni licząc od dnia upływu terminu składania ofert. Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 8 lutego

2021 r. o godz. 11:00. Wykonawcy pozostali zatem związani złożonymi ofertami do dnia 9 marca 2021 r.

Jak wynika z dokumentacji udostępnionej Odwołującemu po drugim wyborze oferty, Zamawiający pismem z dnia 3 marca 2021 r., działając na podstawie art. 85 ust. 2 Ustawy, zwrócił się do wszystkich wykonawców z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w postępowaniu do dnia 30 kwietnia 2021 r. Zamawiający pouczył w wezwaniu, iż oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 30 kwietnia 2021 r. lub informację o braku wyrażenia takiej zgody, należy wnieść najpóźniej do dnia 9 marca 2021 r., a niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie wszyscy wykonawcy złożyli oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 30 kwietnia 2021 r.

Następnie, do upływu przedłużonego terminu związania ofertą, tj. do dnia 30 kwietnia 2021 r., jedynym wykonawcą, który postąpił zgodnie z przepisami Ustawy i dokonał samodzielnie przedłużenia terminu związania ofertą, był Odwołujący. Odwołujący pismem z dnia 30 kwietnia 2021 r. przedłużył termin związania ofertą do 30 czerwca 2021 r., a następnie kolejnym pismem z dnia 28 kwietnia 2021 r. złożył Zamawiającemu oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 31 sierpnia 2021 r.

Mając na względzie opisany powyżej stan faktyczny Odwołujący podnosi, iż w dniu 9 czerwca 2021 r., kiedy to Zamawiający dokonał unieważnienia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpił do ponownego badania i oceny złożonych ofert, jedynym wykonawcą, który pozostawał związany złożoną w postępowaniu ofertą, był Odwołujący.

Zgodnie z przepisem art. 85 ust. 2 Ustawy wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą. Przepis ten daje wykonawcy prawo do samodzielnego, dowolną ilość razy, przedłużenia terminu związania ofertą. To zatem wykonawca, wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą bądź samodzielnie przedłużając niniejszy termin podejmuje decyzję o dalszym udziale w postępowaniu.

Na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym zobowiązanym do działania z należytą starannością ciąży obowiązek podejmowania działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszym postępowaniu wykonawca Telekomfort Domin nie skorzystał z możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, tym samym utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Oczywistym jest, że Telekomfort Domin chcąc być nadal uczestnikiem postępowania, powinien był samodzielnie, do dnia 30 kwietnia 2021 r., przedłużyć termin związania ofertą. Zaniechanie tej czynności rodzi bowiem skutek w postaci upływu terminu związania ofertą, powodując tym samym, iż wykonawca przestaje być uczestnikiem postępowania, gdyż oferta przestaje go wiązać. Nie może więc już skutecznie ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, nie może go także uzyskać. W szczególności bowiem w dacie dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty Telekomfort Domin jako najkorzystniejszej, wykonawca ten był tej możliwości pozbawiony.

Za wyrokiem z dnia 9 września 2014 r., KIO 1737/14, Odwołujący wskazuje, że „[...] Izba stanęła na stanowisku, iż w świetle przepisów ustawy P.z.p. nie jest dopuszczalny wybór oferty, jako najkorzystniejszej, co do której upłynął termin związania jej treścią wykonawcy.

Pogląd ten znajduje trwałe oparcie w orzecznictwie Izby, np. KIO 109/13, KIO 776/13, czy KIO 1669/14, a także sądów okręgowych, np. wyrok Sądu Okręgowego w Ł. (sygn. akt XIII Ga 392/13) i T. (sygn. akt I Ca 495/13).

Tytułem przykładu można przywołać zawartą w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 635/12 tezę: „okres związania ofertą musi pozostawać ciągły i nieprzerwany. Nie jest natomiast dopuszczalne przerwanie okresu związania ofertą i po przerwie jego ponowne ustanowienie (...). Przepisy nie dopuszczają potwierdzenia takiego faktu po upływie wyznaczonego terminu, a ciągłość związania ofertą warunkuje wprost możliwość jej wyboru w danym postępowaniu.”

Jak wynika również z Komentarza do ustawy Prawo zamówień publicznych (Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Komentarz, wyd. II): „wybór najkorzystniejszej oferty musi nastąpić w terminie związania ofertą. Wybór oferty, której termin związania upłynął, pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1, gdyż prowadzi do nieuprawnionego zrównania sytuacji wykonawców, którzy znajdują się w okresie związania ofertą i są zobligowani do zawarcia umowy, a w przeciwnym wypadku zagrożeni utratą wadium czy też roszczeniem odszkodowawczym, z wykonawcami, którym przysługuje jedynie prawo do zawarcia umowy i nie ponoszą żadnego ryzyka związanego z ewentualną odmową (zob. wyrok SO w Łodzi z dnia 21 września 2012 r., XIII Ga 392/13, LEX nr 1721012, oraz wyroki KIO: z dnia 31 stycznia 2013 r., KIO 109/13; z dnia 19 kwietnia 2013 r., KIO 776/13; z dnia 27 sierpnia 2014 r., KIO 1669/14, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

Zamawiający dokonując ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty miał pełną świadomość co do stanu faktycznego niniejszego postępowania, bowiem już w piśmie z dnia

19 maja 2021 r., kierowanym do Prezesa Izby, wskazał wprost, że do upływu przedłużonego terminu związania ofertą (30 kwietnia 2021 r.) tylko wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. złożył pismo informujące o kolejnej, samodzielnej zgodzie na przedłużenie terminu do 30 czerwca 2021 r., podkreślając w dalszej części zdania, iż pozostali Wykonawcy w postępowaniu nie są już związani ofertą.

W związku z powyższym uznać należy, iż po upływie terminu związania ofertą TELEKOMFORT DOMIN oferta ta de facto przestała istnieć. Oferta ta nie jest już ofertą w sensie prawnym i Zamawiający nie mógł skutecznie dokonać jej wyboru jako najkorzystniejszej. Dokonanie czynności wyboru tej oferty doprowadziło zatem do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 85 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Ustawy i wypaczyło wynik przedmiotowego postępowania.

Odnośnie podnoszonego z daleko idącej ostrożności zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez bierne zachowanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy TELEKOMFORT DOMIN do złożenia wyjaśnień dotyczących nowych okoliczności ujawnionych w toku postępowania dotyczących zawarcia pomiędzy wykonawcami SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wskazać należy, co następuje.

Odwołujący wskazuje w pierwszej kolejności, iż zarzut zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy SUNTAR i wykonawcy TELEKOMFORT DOMIN ze względu na zawarcie przez tych wykonawców porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia był już przedmiotem orzekania przez Izbę w sprawie KIO 908/21.

Nie mniej jednak Odwołujący podnosi, iż wnosząc przedmiotowe odwołanie, w którym zaskarżony został ponowny wybór oferty najkorzystniejszej, jest on uprawniony do podnoszenia okoliczności, które decydują o tym, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą TELEKOMFORT DOMIN byłoby niezgodne z przepisami Ustawy. Niezgodne z przepisami Ustawy jest bowiem udzielenie zamówienia wykonawcy podlegającemu wykluczeniu z postępowania.

W tym miejscu Odwołujący podnosi, iż w dniu 25 czerwca 2021 r. skierował do Zamawiającego pismo wraz z dowodami (w aktach Zamawiającego) wskazujące na nowe okoliczności związane z podnoszonym uprzednio zarzutem zmyślenia dwóch wykonawców ubiegających się o udzielenie ww. zamówienia. Odwołujący wskazał Zamawiającemu, iż okoliczności opisane w składanym piśmie ujawniły się po wydaniu



orzeczenia przez Izbę, dlatego wniósł o wzięcie ich pod szczególną uwagę w toku powtórnej czynności badania i oceny ofert.

Jak wynika z udostępnionej aktualnie Odwołującemu dokumentacji postępowania, Zamawiający pozostał całkowicie bierny wobec nowych faktów i okoliczności ujawnionych w piśmie Odwołującego. Brak jest jakiegokolwiek śladu, by komisja przetargowa Zamawiającemu w jakikolwiek sposób analizowała przedstawione w piśmie z 25 czerwca 2021 r. informacje i dowody.

Odwołujący tymczasem przypomina, że Zamawiający zobowiązany jest bezwzględnie do przestrzegania zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 i ust. 3 Ustawy, stanowiących, że:

- „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz z godnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”
- „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”.

Zamawiającego nie wiąże przy tym żaden termin, gdyż aż do momentu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego może wykluczyć wykonawcę z postępowania i odrzucić jego ofertę. Co więcej, jest obowiązany wyjaśniać wszelkie wątpliwości co do rzetelności złożonej oferty, nawet po dokonanym wyborze. Na moment zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą istnieć jakiegokolwiek wątpliwości co do braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Obowiązek starannego i bezstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności rozpatrywanego przypadku jest wywodzony z art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy, ma więc kluczowe znaczenie dla prawidłowego działania Zamawiającego. I chociaż kontury prawne tego pojęcia nie zostały precyzyjnie nakreślone, to jednak służy ono jako fundament dla takich zasad jak zasada bezstronności, obiektywności oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiającemu nie przysługuje zatem zakres uznania w odniesieniu do poszanowania, w konkretnym przypadku, zasady staranności.

Z tych też powodów postępowanie musi prowadzić przy zachowaniu największej możliwej staranności w celu rozwiania wszelkich ewentualnych wątpliwości, jakie mogłyby zaistnieć. Przy ustalaniu stanu faktycznego zamawiający musi wykorzystać z urzędu wszystkie możliwości ustalenia stanu faktycznego, od którego zależy stosowanie prawa w konkretnym przypadku. Zamawiający ma więc wykorzystać wszystkie możliwe instrumenty w celu ustalenia czy wykonawca podlega, bądź nie, wykluczeniu z danego postępowaniu, w tym takie, do których potrzeba jest własna inicjatywa poza gorsetem przepisów

wskazujących na standardową procedurę. Żaden przepis nie zwalnia bowiem Zamawiającego z przestrzegania zasady sumienności, rozumianej jako obowiązek starannego i bezstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności danego przypadku. Ten etap postępowania zawsze podlega kontroli Izby.

Dlatego w opisanym wyżej stanie faktycznym, Zamawiający zobowiązany był i jest nadal zwrócić się do wykonawcy TELEKOMFORT DOMIN o udzielenie wyjaśnień poprzez odniesienie się do okoliczności przedstawionych w piśmie Odwołującego z dnia 25 czerwca 2021 r. Opisane tam okoliczności powinny zostać niezwłocznie wyjaśnione w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy. Odwołujący przypomina, że obowiązkiem Zamawiającego jest stworzenie na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkurencyjnego wykonywania zamówienia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a obowiązkiem wykonawców jest właściwe konkurencyjne wykonywanie o wybór ich ofert.

W dniu 12 lipca 2021 r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Telekomfort Domin Spółka jawna z siedzibą w Paniówkach (dalej jako Przystępujący), wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 11 sierpnia 2021 r. Odwołujący złożył pismo procesowe w którym przedstawił argumentację oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych potwierdzające zasadność wniesionego odwołania.

W dniu 12 sierpnia 2021r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym podniósł argumentację potwierdzającą niezasadność odwołania, w tym konieczność pozostawienia części zarzutów bez rozpoznania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, pism procesowych, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym 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, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”)

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia przez wykonawcę Telekomfort Domin Sp. j. z siedzibą w Paniówkach do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

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

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający przez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub przez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem art. 85 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Ustawy, przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako

najkorzystniejszej, pomimo, iż wykonawca ten nie jest związany złożoną ofertą przetargową, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący podnosi, że Przystępujący, po upływie terminu związania ofertą (określonego w treści SIWZ i przedłużonego na wezwanie przez Zamawiającego) samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą, co oznacza, iż jego oferta *de facto* przestała istnieć. W ocenie Odwołującego oferta ta nie jest już ofertą w sensie prawnym i Zamawiający nie mógł skutecznie dokonać jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Odwołuje stawia powyższy zarzut w oparciu o przepisy Pzp, tj.:

- art. 7 ust. 1 Pzp - 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. 7 ust. 3 Pzp - Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
- art. 85 ust. 1 Pzp - 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.
- art. 91 ust. 1 Pzp - Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby, czynnościom Zamawiającego nie można zarzucić naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także i tego, że wykonawca, któremu ma zostać udzielone zamówienia zastał wybrany niezgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, zgodnie z którą jeżeli wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą, to jego oferta przestaje istnieć i nie jest już ofertą w sensie prawnym.

Izba zwraca również uwagę na brak konsekwencji ze strony Odwołującego, bowiem z jednej strony podnosi okoliczność, iż oferta Przystępującego przestaje istnieć i nie jest już

ofertą w sensie prawnym, z drugiej jednak strony nie formułuje żądania w zakresie odrzucenia tej oferty i nie dopuszczenia jej ponownego badania i ocenie ofert.

Podkreślenia wymaga, iż z żadnego przepisu ustawy prawo zamówień publicznych nie wynika możliwość utraty ważności oferty w związku z brakiem samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę. Sam fakt, iż upłynął termin związania ofertą, którego wykonawca samodzielnie nie przedłużył, nie daje Zamawiającemu możliwości pominięcia takiej oferty, uznając ją za nieistniejącą i niebędącą ofertą w sensie prawnym. Aby oferta nie podlegała ocenie, musi zaistnieć przesłanka do jej odrzucenia. Jednakże Izba podkreśla, że nie istnieje podstawa prawna nakazująca odrzucenie oferty wykonawcy, który samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą, brak jest w tym zakresie sankcji ustawowych. Obowiązku takiego nie nakłada na Zamawiającego również art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, zgodnie z którym *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą.*

Wobec powyższego, Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie wyraził takiej zgody. Przepis ten nie odnosi się jednak do okoliczności, w której wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą. Okoliczności tej nie można zrównać z brakiem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, któremu ustawa przypisuje określone sankcje.

Zdaniem Izby, katalog przesłanek nakazujących odrzucenie oferty ma charakter zamknięty i nie podlega interpretacji w sposób rozszerzający.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie również w przeważającej ilości orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczących interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 7a. Pzp,

Jego zasadność, potwierdza również orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 (Saferoad Grawil sp. z o.o., Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu), w którym Trybunał podkreślił, iż 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.

Jeżeli zatem, oferta nie podlega odrzuceniu, to musi zostać uwzględniona w ocenie przez Zamawiającego, a w razie uznania jej za najkorzystniejszą, wykonawcy który ją złożył zostanie udzielone zamówienie publiczne, bowiem jego wybór nastąpił zgodnie z przepisami ustawy.

W ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył również przepisów określonych w art. 85 ust. 1 Pzp oraz 91 ust. 1 Pzp. Zamawiający określił termin związania ofertą zgodnie z wymaganiami ustawowymi, a wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w oparciu o kryteria oceny ofert określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie przedstawił żadnej przeciwnej argumentacji na potwierdzenie stawianego zarzutu. Wobec powyższego zarzut należało uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez bierne zachowanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących nowych okoliczności ujawnionych w toku postępowania, a dotyczących zawarcia pomiędzy wykonawcami Suntar I Przystępującym porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu Izba uznała zarzut za niezasadny.

*Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Podkreślenia wymaga, że ww. przepis służy innemu celowi, niż wskazuje Odwołujący, bowiem dotyczy wyłącznie wyjaśnienia treści złożonej oferty, a jego postanowień nie można rozszerzać na inne czynności Zamawiającego prowadzone w postępowaniu.

Niewątpliwie okoliczności podnoszone przez Odwołującego nie dotyczą treści oferty złożonej przez Przystępującego, lecz nowych ustaleń ujawnionych przez Odwołującego, w toku postępowania. Odnoszą się one do zawarcia pomiędzy Przystępującym a wykonawcą Suntar, który złożył ofertę w postępowaniu porozumienia, mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że w korespondencji z Zamawiającym prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia (błędnie datowanej w odwołaniu na 25 czerwca 2021 r. prawidłowa data 18 czerwca 2021 r.) ujawnił nowe okoliczności świadczące o zawarciu zмовы przetargowej, między dwoma wykonawcami ubiegającymi się o to samo zamówienie, czym uzasadniał konieczność powtórnej czynności badania i oceny ofert.

Z przywołanej korespondencji wynika, iż ta sama osoba, będąca przedstawicielem handlowym producenta - Suntar Professional Services Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, przygotowała ofertę handlową dla dwóch wykonawców składających oferty w tym samym

postępowaniu (Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie i Przystępującego), i która rok wcześniej (5 stycznia 2020 r.) uczestniczyła w spotkaniu w ramach wymiany centrali telefonicznej w imieniu wykonawcy Sun-Tar (pisownia podana w notatce). Izba wskazuje, że z notatki tej nie wynika, iż chodzi o ten sam podmiot, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu (Suntar sp. z o.o.) , ponadto informacja o złożonych ofertach z Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie dotyczy otwarcia ofert z 30 października 2020 r., nie może zatem stanowić potwierdzenia, że Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie uzyskał zamówienie publiczne, do którego odnosi się notatka z 5 stycznia 2020 r .

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących powyższych nowych okoliczności, jednakże w żaden sposób nie wskazuje czego i w jakim zakresie nie wyjaśnił Zamawiający, i na czym to zaniechanie ma polegać. Aby zarzucić zaniechanie wykonania jakiej czynności, najpierw należy wykazać z jakich okoliczności i z jakiej podstawy prawnej wynika obowiązek jej wykonania. Odwołujący przywołuje podstawę prawną, która odnosi się do zupełnie innych okoliczności, niż objęte zarzutem, z której nie wynika obowiązek wskazany przez Odwołującego.

Ponadto, sam fakt, iż jeden przedstawiciel handlowy przygotowuje ofertę handlową dla podmiotów które zwracają się do niego w tym celu, nie stanowi zmowy przetargowej ani innego czynu zakłócającego uczciwą konkurencję. Zjawisko takie jest typową praktyką, której celem jest sprzedaż oferowanych produktów.

W ocenie Izby Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił że doszło do zakłócenia konkurencji oraz nie wykazał, iż Zamawiający zaniechał czynności, do wykonania których zobowiązany był na mocy ustawy. Co więcej, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie czynności, do wykonania których na mocy art. 87 ust. 1 Zamawiający w analizowanym stanie faktycznym nie jest uprawniony.

Wobec powyższego, zarzut należy uznać za niezasadny.

Odnosząc się do przywołanych przez Odwołującego orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, wskazać należy iż w przeważającej ilości odnoszą się one do nieaktualnego już stanu prawnego.

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego w zakresie zasądzenia kosztów reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą na mocy norm przepisanych, wobec braku złożenia przez Zamawiającego rachunku lub spisu kosztów Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego. Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) *w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 od odwołującego na rzecz zamawiającego.*

Zgodnie z § 5 pkt 2 wysokość kosztów określa się na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy.

Reasumując, należało orzec jak w sentencji.