

Sygn. akt: KIO 1371/18

WYROK

z dnia 24 lipca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2018 roku przez wykonawcę **Agencja Inwestycyjna Terra Spółka z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Wielkopolskie Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii im. Eugenii i Janusza Zeylandów Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Poznaniu**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty wykonawcy Odwołującego;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Wielkopolskie Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii im. Eugenii i Janusza Zeylandów Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Poznaniu i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Agencję**

Inwestycyjna Terra Spółka z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od zamawiającego **Wielkopolskiego Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii im. Eugenii i Janusza Zeylandów Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Poznaniu** na rzecz wykonawcy - **Agencji Inwestycyjnej Terra i Wspólnicy Spółka z o.o. Spółka komandytowa, z siedzibą w Poznaniu** kwotę w wysokości **11 299zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy dwustu dziewięćdziesięciu dziewięciu złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, kosztów zastępstwa procesowego i kosztów dojazdu

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 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 Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 10 lipca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. Nr 1579 ze zm. - dalej „ustawa PZP”) odwołanie złożył wykonawca Agencja Inwestycyjna Terra sp. z o.o. i Wspólnicy sp. k. z siedzibą w Poznaniu, dalej „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest nadzór inwestorski nad realizacją robót budowlanych zadania pt. <<Modernizacja Pawilonu Chorych Nr 2 Szpitala w Ludwikowie w formule „zaprojektuj i wybuduj” w ramach projektu „Wielkopolski Regionalny Program Operacyjny na lata 2014-2020, Działanie 9.1 Inwestycje w infrastrukturę zdrowotną i społeczną, Poddziałanie 9.1.1. Infrastruktura ochrony zdrowia”>> prowadzi Zamawiający: Wielkopolskie Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii im. Eugenii i Janusza Zeylandów Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Poznaniu.

Numer ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: 536921 -N-2018 z dnia 28.03.2018 r.

Informacja o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania została mu przekazana w dniu 05 lipca 2018 r. Odwołanie zostało złożone w dniu 10 lipca 2018 r., a więc w dochowaniu 5-dniowego terminu zawitego. W tym samym dniu kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało braków formalnych.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert, odrzuceniu oferty Odwołującego, unieważnieniu postępowania.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonał naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp tj. dokonanie unieważnienia postępowania z powołaniem na błędną przesłankę, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, albowiem oferta Odwołującego została odrzucona z rażącym naruszeniem prawa;
3. art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego;
4. art. 85 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię i zastosowanie, albowiem Zamawiający stwierdza, że Odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania

ofertą, co pozostaje w oczywistej i jawnej sprzeczności z treścią pisma i oświadczeniem wykonawcy z dnia 04 maja 2018 r.

Odwołujący wskazał, że działania Zamawiającego polegające na odrzuceniu jego oferty, na podstawie wadliwego zarzutu, że nie wyraził on zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, ergo dokonanie czynności sprzecznej z prawem, która miała wpływ na wynik postępowania, z jednoczesnym unieważnieniem postępowania, uniemożliwia ubieganie się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Zmiana decyzji Zamawiającego doprowadzi do stworzenia Odwołującemu realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert, uchylenie bezprawnej czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający następująco uzasadnił swoją wadliwą decyzję o odrzuceniu oferty:

„1. Zamawiający informuje, że działając zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej /Wyrok z dnia 26 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1176/18/ dokonał następujących czynności:

- *unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy „Abakus” Prowadzenie i Nadzorowanie Inwestycji B. K.,*
- *unieważnił czynność wykluczenia wykonawcy Agencji Inwestycyjnej „Terra” sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k.*
- *ponownie dokonał czynności oceny ofert wyżej wskazanych wykonawców.*

2. Po dokonaniu czynności ponownej oceny ofert, Zamawiający działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7a Prawo zamówień publicznych odrzuca oferty wykonawców:

- 1) Agencja Inwestycyjna „Terra” sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k.,*
- 2) „Abakus” Prowadzenie i Nadzorowanie Inwestycji B. K. .*

Wykonawcy nie przedłużyli terminu związania ofertą, który upłynął w dniu 11.06.2018 roku. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą.

3. Zamawiający działając zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec braku ofert niepodlegających odrzuceniu unieważnia postępowanie o zamówienie publiczne”.

Odwołujący po pierwsze oświadczył, że na powyższe wezwanie z dnia 04 maja 2018 r. jeszcze tego samego dnia odpowiedział twierdząco i wyraził zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą. Twierdzenie Zamawiającego, że podstawą odrzucenia oferty jest „brak

wyrażenia zgody o jakiej mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie okresu związania ofertą” jest w sposób oczywiste nieprawdziwe. Dowodem na tę okoliczność jest pismo Odwołującego z dnia 05 maja 2018 r., które Odwołujący załączył do odwołania.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający usiłuje doprowadzić do unieważnienia postępowania i postąpić niezgodnie z wyrokiem KIO z dnia 26 czerwca 2018 r. o sygnaturze KIO 1176/18, gdy KIO nakazała ponowną ocenę ofert, ergo wybór oferty Odwołującego.

W ten sposób zapewne Zamawiający chciał powiedzieć, że nie czuje się związany ofertą Odwołującego, ale zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp uznać należy za nieprawidłowe.

Odwołujący oświadczył, że czuje się związany ofertą, składa oświadczenie o wyrażeniu zgody na jej wybór i deklaruje, że podpisze umowę, a więc nie ma jakichkolwiek przeszkód prawnych i faktycznych aby udzielić mu zamówienia publicznego, tym bardziej, że wszystkie czynności, jakie de facto zakwestionował Zamawiający wraz ze złożeniem poprzedniego odwołania, oceną ofert, będącą wynikiem wyroku KIO także były dokonane po dniu 11.06.2018 r., którą to datę usiłuje wykorzystać Zamawiający dla „pozbycia” się Odwołującego.

Stanowisko Odwołującego jest zbieżne ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, dla przykładu: Komentarz Legalis do PZP, Art. 85 PZP red. Jaworska 2018, wyd. 1/Grześkowiak-Stojek

„Rozdział III, teza 3, 4 i 6. Zmiana w kierunkach orzekania.

Coraz częściej w orzecznictwie prezentowane jest jednak drugie stanowisko, zgodnie z którym w przepisach PrZamPubl brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy bądź odrzucenia jego oferty. Teoria ta oparta jest na stwierdzeniu, że upływ terminu związania ofertą nie powoduje ani jej nieważności, ani jej niezgodności z ustawą. Nie przesądza też o nieskuteczności oferty, ale jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Dlatego też brak jest podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub pkt 7a PrZamPubl. Dla przykładu, w wyr. z 11.2.2016 r. (KIO 111/16. Legalis), KIO podkreśliła, że na gruncie przepisów PrZamPubl, upływ terminu związania ofertą nie decyduje o ważności i skuteczności oferty, lecz jedynie o braku po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Upiływ terminu związania ofertą nie powoduje więc ani jej nieważności, ani jej niezgodności z ustawą. Artykuł 85 ust. 1 PrZamPubl służy jedynie ochronie interesów wykonawców i ma na celu zapewnienie im możliwości uchylenia się od podpisania umowy w sytuacji, gdy na skutek upływu czasu mogą oni już nie być zainteresowani podpisaniem umowy na warunkach zaproponowanych w ofertach. Kwestia ta w zasadzie została ostatecznie przesądzona przez TSUE, który orzeczeniem z 13.7.2017 r. (w sprawie C- 3 5/17 Saferoad Grawil et Saferod Kabex) wydanym w trybie prejudycjalnym, 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. Prezentowane stanowisko uległo dodatkowo wzmocnieniu, wobec jednakże odmiennego brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 7a PrZamPubl - zgodnie z którym wyraźnie przesłanką odrzucenia oferty jest jedynie brak wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą - od obowiązującego w uprzednim stanie prawnym art. 24 ust. 2 pkt 2 PrZamPubl. Aktualnie w orzecznictwie podkreśla się, że ustawodawca skutku w postaci odrzucenia oferty wykonawcy nie wiąże z brakiem związania ofertą, ale z niewyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na warunkach, o których mowa w art. 85 ust. 2 PrZamPubl. W wyr. z 6.2.2017r. (KIO 151/17. Legalis) KIO - z faktu, że przesłanką odrzucenia oferty nie uczyniono samego braku związania ofertą - wywiodła, że nie można zrównać sytuacji, w której wykonawca nie przedłuża terminu związania ofertą samodzielnie z brakiem przedłużenia na wezwanie zamawiającego. Ustawodawca szczególne znaczenie przypisał czynności dokonywanej na wezwanie zamawiającego w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą i tylko ją obwarował sankcją odrzucenia oferty. Podobnie KIO w wyr. z 7.3.2017 r. (KIO 324/17, Legalis).

4. Przypadki odrzucenia oferty.

Zgodnie z tą samą linią orzecniczą, PrZamPubl nie przewiduje podstaw do odrzucenia oferty (a uprzednio, przed nowelizacją PrZamPubl z 2016 r. - wykluczenia wykonawcy z postępowania), w sytuacji, gdy nie przedłużył on samodzielnie terminu związania ofertą. Sąd Okręgowy w Lublinie w wyr. z 17.1.2014 r. (IX Ga 392/13, www.szukio.pl) stwierdził, że nieprzedłużenie związania ofertą w sytuacji braku wezwania przez zamawiającego, nie może być traktowane jako równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego. Wyrok ten wydany był w odniesieniu do obecnie już nieobowiązującego art. 24 ust. 2 pkt 2 PrZamPubl - sąd podkreślił, że art. 24 ustanawia zamknięty katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, a zatem przepis ten nie może być interpretowany rozszerzająco. Obecnie, po nowelizacji PrZamPubl z 2016 r., brak wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wniosek zamawiającego stanowi przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a PrZamPubl. Jak podkreśliła KIO w wyr. z 6.2.2017r. (KIO 151/17 Legalis), brak wyrażenia zgody na warunkach, określonych w przepisie art. 85 ust. 2 PrZamPubl, skutkujący koniecznością odrzucenia oferty, to nie tylko przypadek całkowitego braku zgody, ale także sytuacja wyrażenia zgody, ale niezgodnej z żądaniem zamawiającego (np. na krótszy okres).

6. Ochronny charakter instytucji związania ofertą.

Coraz częściej podkreśla się w orzecznictwie wyłącznie ochronny dla interesów wykonawców charakter art. 85 ust. 1 PrZamPubl. Akcentowane jest, że w świetle PrZamPubl

brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, która nie wiąże wykonawcy, straciła cechy oferty. Brak związania ofertą oznacza jedynie brak obowiązku zrealizowania treści oferty po stronie wykonawcy, ale nie niweczy prawa wykonawcy do zrealizowania oferty. W konsekwencji zamawiający w dalszym ciągu ma możliwość doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty, przy czym wykonawca może bez negatywnych dla siebie konsekwencji uchylić się od zawarcia takiej umowy. Stanowisko takie uzasadniane jest faktem, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania, który odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne jego przeprowadzenie. Przedłużenie terminu związania ofertą leży w interesie zamawiającego, gdyż dzięki temu ma on pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu (tak m.in. wyr. KIO z 18.5.2016 r., KIO 672/16. Legalis; wyr. SO w Rzeszowie z 16.2.2011 r., VI Ga 192/10, www.szukio.pl; wyr. KIO z 30.11.2015 r., KIO 2529/15. Legalis).

W tym stanie rzeczy zdaniem Odwołującego odwołanie jest zasadne i w pełni usprawiedliwione.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nadesłaną przez Zamawiającego oraz dokumentację postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1176/18, a także stanowisko Odwołującego wskazane w odwołaniu, stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie, ustaliła i zważyła co następuje:

Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że Zamawiający w dniu 26 kwietnia 2018 roku zwrócił się do wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wyrażenie zgody na przedłużenie ważności oferty o 37 dni, to jest do dnia 11 czerwca 2018 roku. Podwodem konieczności skierowania do wykonawców wezwania była, zdaniem Zamawiającego, przedłużająca się procedura przetargowa i odwoławcza.

Odwołujący w dniu 5 maja 2018 roku składając pisemne oświadczenie wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą.

Po dacie 11 czerwca 2018 roku ani Zamawiający, ani Wykonawcy innych oświadczeń, czy wezwań w tym przedmiocie nie składali.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia, Izba uznała, iż zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania potwierdził się, wobec tego odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie zarzutów odwołania jako niezasadnych.

Osią sporu w przedmiotowej sprawie była kwestia, czy Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy w sytuacji kiedy wykonawca nie przedłużył samodzielnie, terminu związania ofertą.

Na wstępie rozważań dostrzeżenia wymaga, iż kwestia dotycząca wpływu terminu związania ofertą na możliwość przeprowadzenia w całości postępowania o udzielenie zamówienia, zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych nie jest postrzegana jednolicie. Różnica w ocenie tej sytuacji odnosi się w szczególności do kwestii - czy pomimo upływu terminu związania ofertą, oferta taka jest nadal ofertą w myśl Pzp i czy może zostać wybrana jak oferta najkorzystniejsza w postępowaniu. Sama kwestia dotycząca możliwości zawarcia umowy z wykonawcą, którego okres związania ofertą po wyborze upłynął, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie i nie była też sporna pomiędzy stronami. W tej materii Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08) uznał, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wymaga ważności terminu związania ofertą - dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą.

W orzecznictwie sądów okręgowych w sprawach dotyczących wpływu braku związania ofertą na możliwość jej wyboru jako najkorzystniejszej przewija się stanowisko wyrażone m.in. przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14, że ze względu na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów Pzp, należy uznać, że upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia

po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Podobnie Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 21 września 2012 r., XIII Ga 379/12 uznał, że „*celem związania ofertą jest umożliwienie dochodzenia przez zamawiającego spełnienia zobowiązania zawartego w ofercie wykonawcy. Służy to więc głównie zabezpieczeniu interesów zamawiającego, a nie wykonawcy (...). Po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą jednakże różnicą że działania zgodne z jej treścią (czyli zawarcie umowy na warunkach w ofercie oznaczonych) zależne jest już wyłącznie od suwerennej decyzji wykonawcy*”. Podobne stanowiska zostały zawarte w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 17 stycznia 2014 r., IX Ga 392/13 , a także w wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r., akt VI Ga 192/10, w którym Sąd uznał, że upływ terminu związania ofertą w żadnym przypadku, sam przez się, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy (aktualnie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp - przyp. red.), ponieważ nie stanowi przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odmienne stanowisko w tej zajął Sąd Okręgowy w Tarnowie, który w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r. sygn. akt I Ca 495/13, przyjął że „*konsekwencje upływu terminu związania ofertą należy oceniać przez pryzmat art. 66 k.c., na podstawie którego stan związania ofertą jest istotnym, konstytutywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy, stanowiącego ofertę. Oferta wygasa wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym oferent był swoją ofertą związany.(...) W konsekwencji uznano, 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. (...) Wykonawca poprzez przedłużenie terminu związania ofertą musi wykazać, że miał wolę przedłużenia okresu związania z ofertą, albowiem oświadczenia woli wykonawcy w tym zakresie nie może mieć charakteru dorozumianego, ale winno być wyrażone wprost. W ocenie Sądu, przeciwnie do stanowiska zajętego przez autora skargi, wybór oferty, której termin związania wygasł, pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp.*

Przechodząc do oceny sytuacji w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, skład orzekający Izby uważa, że Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż brak jest podstawy prawnej w tym zakresie. Próba wywodzenia z treści art. 89 ust.1 pkt 7a ustawy Pzp – sytuacji, kiedy wykonawca *nie wyraził zgody* na przedłużenie terminu związania ofertą, na sytuację kiedy wykonawca *samodzielnie nie przedłużył* terminu związania ofertą jest niezasadne, a wydaje się być możliwe tylko w sytuacji rozszerzającej interpretacji tej przesłanki, czy też wywodzenia podstawy do odrzucenia poprzez analogię sytuacji, gdyż skutkiem w obu przypadkach jest brak związania ofertą.

Zdaniem Izby brak terminu związania ofertą jest podstawą do odrzucenia oferty tylko w sytuacji, kiedy wykonawca wezwany przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie wyrazi na to zgody. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący taką zgodę wyraził w sposób stanowczy, na piśmie, w terminie określonym przez Zamawiającego. Co ciekawe, w uprzednio toczącym się postępowaniu odwoławczym, które także miało miejsce po 11 czerwca 2018 roku (a więc po upływie terminu związania ofertą) Zamawiający w żaden sposób nie odwoływał się do tej przesłanki, nie wskazywał na nieważność oferty Odwołującego i nie upatrywał w upływie terminu związania braku interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Zauważyć należy, iż żaden przepis ustawy nie wymaga permanentnego utrzymania przez wykonawcę stanu związania ofertą, a tylko to mogłoby być podstawą w razie upływu tego terminu do rozpatrywania niezgodności takiej oferty z ustawą. Jednocześnie *de lege lata* żaden z przepisów ustawy Pzp nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest. Izba stoi na stanowisku, że katalog przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy ma charakter zamknięty i nie można podstaw odrzucenia interpretować w sposób rozszerzający. Wszelkie postawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, jako wyjątki od zasady, iż złożona oferta podlega badaniu i wyborowi winny być interpretowane w sposób ścisły. Izba w tym zakresie podziela w pełni i przyjmuje za swoje stanowisko doktryny i orzecznictwa przywołane przez Odwołującego w odwołaniu, a także na rozprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i argumentację organów orzekających, z których wynika, że brak samodzielnego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą nie może być podstawą do odrzucenia oferty takiego wykonawcy, Izba uznaje, że brak jest podstaw, aby Zamawiający dokonał odrzucenia oferty, co do której termin związania upłynął. Tym samym Zamawiający dokonując odrzucenia ofert naruszył przepis art. 89 ust.1 pkt 7a ustawy Pzp, gdyż przepis ten w tej sytuacji nie ma zastosowania.

Końcowo podkreślić należy, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, natomiast możliwość podpisania umowy z wykonawcą który nie potwierdził na ten termin związania ofertą, jest w orzecznictwie możliwością niekwestionowaną.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 2 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego, koszty zastępstwa procesowego na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy oraz koszty dojazdu na podstawie kopii złożonych biletów PKP.

Przewodniczący: