

WYROK

z dnia 27 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 r. przez **wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Skarb Państwa: Prokuraturę Krajową z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2) zasądza od **wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego: Skarbu Państwa: Prokuratury Krajowej z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 2019 r., poz. 1843 ze zm. z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa: Prokuratura Krajowa z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Dostawa licencji, aktualizacja licencji i subskrypcji oprogramowania oraz usług wsparcia lub produktów równoważnych w ramach programu licencjonowania grupowego dla podmiotów rządowych”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 21 września 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp oraz w konsekwencji nie zgodził się z unieważnieniem przez Zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego

dalej również: „Przystępującym”). Izba oddaliła opozycję Odwołującego, uznając że brak interesu w rozstrzygnięciu na korzyść strony do której przystępuje uzasadniany jest przez Odwołującego wnioskiem o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W ocenie Izby wykonawca na moment zgłoszenia przystąpienia posiadał interes w rozstrzygnięciu na korzyść strony do której przystępuje z uwagi na wniesione odwołanie o sygn.. akt KIO 2383/20, kwestionując czynność Zamawiającego w postaci odrzucenia jego oferty z postępowania o dzielenie zamówienia.

Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy T-Systems Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Wykonawca ten nie wykazał umocowania pełnomocnika składającego zgłoszenie przystąpienia. Dodatkowo oferta wykonawcy T-Systems – jak słusznie zauważył Odwołujący w opozycji – została odrzucona przy pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej przez Zamawiającego w maju 2020 r., a wykonawca nie skorzystał ze środków ochrony prawnej i nie wniósł odwołania na czynność Zamawiającego. W konsekwencji wykonawca T-Systems nie ma już możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego a z chwilą odrzucenia jego oferty przestał być wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający – Skarb Państwa: Prokuratura Krajowa z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Dostawa licencji, aktualizacja licencji i subskrypcji oprogramowania oraz usług wsparcia lub produktów równoważnych w ramach programu licencjonowania grupowego dla podmiotów rządowych”*.

Odwołujący pismem z dnia 24 kwietnia 2020 r. przedłużył termin związania ofertą do dnia 29 maja 2020 r.

Zamawiający w dniu 7 maja 2020 r. wystąpił do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą. Wobec braku oświadczenia wykonawcy w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą Zamawiający pismem z dnia 11 września 2020 r. odrzucił ofertę wykonawcy Integrated Solutions Sp. Z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp na przedłużenie terminu związania ofertą.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp koniecznym jest złożenie wyraźniej zgody, bądź wyraźnego oświadczenia o braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że zwrot „wykonawca nie wyraził zgody” odnosi się zarówno do sytuacji w której wykonawca składa oświadczenie o takiej właśnie treści, jak i do sytuacji, w której wykonawca przejawia bierną postawę wobec wniosku Zamawiającego.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że trudno przez fakty dorozumiane – wobec pisemności postępowania - domniemywać zgodę wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą. Jak wynika z orzecznictwa sądów okręgowych, wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie może przyjąć postaci zgody dorozumianej - per facta concludentia. Zgoda ta musi zostać Zamawiającemu zakomunikowana wprost, w sposób bezpośredni. Poglądy takie wyraził: Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 21 grudnia 2010 r., sygn. akt VI Ga 240/10 oraz Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 21 września 2012r., sygn. akt XIII Ga 379/12.

Ponadto wobec przywołanego orzeczenia TSUE C – 35/17 zgodzić należało się z Przystępującym, że orzeczenie to dotyczyło innej okoliczności faktycznej i prawnej a w niniejszej sprawie Zamawiający wystąpił do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą, wykonawca zaś na wezwanie Zamawiającego nie odpowiedział. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp posługuje się sformułowaniem „nie wyraził zgody” nie zaś „odmówił wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą”. Zgodzić należało się również z Zamawiającym, że wniosek Zamawiającego należało potraktować jako instrukcję skierowania oświadczenia wyrażonego w formie elektronicznej na wypadek, gdyby Odwołujący zdecydował się wyrazić zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Istotne w tej sprawie jest to, że wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Jak słusznie zauważył Przystępujący nie można zgodzić się z Odwołującym, że milczenie – w świetle art. 89 ust. 7a ustawy Pzp - wyraża aprobatę wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą. Sankcją – w przypadku braku zgody (a także milczenia wykonawcy) jest odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Inaczej sytuacja przedstawia się wobec brzmienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodzić należało się, że przepisy te nie są analogiczne – wbrew twierdzeniom Odwołującego, gdyż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający dokonuje czynności (poprawia inne omyłki wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), ingerując w treść oferty wykonawcy. W konsekwencji zgodzić należało się, że w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp nie zachodzi możliwość dokonywania skutecznych czynności uczestnika przetargu publicznego - poprzez fakty dorozumiane i ewentualne wywodzenie z nich zamierzeń wykonawcy.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....