

Sygn. akt: KIO 255/14

**WYROK**  
z dnia 28 lutego 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Jarosław Rybacki**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2014 r. przez wykonawcę: **ATM Grupa S.A. w Bielanach Wrocławskich (55-040), ul. Dwa Światy 1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komendę Główną Ochotniczych Hufców Pracy w Warszawie (00-349), ul. Tamka 1**

przy udziale wykonawcy: **Artgraph sp. z o.o. w Warszawie (00-705), ul. Nadrzeczna 12** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **ATM Grupa S.A. w Bielanach Wrocławskich** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **ATM Grupa S.A. w Bielanach Wrocławskich** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy: **ATM Grupa S.A. w Bielanach Wrocławskich** na rzecz zamawiającego: **Komendy Głównej Ochotniczych Hufców Pracy w Warszawie** kwotę **2 214 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście czternaście złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *„Wyprodukowanie 15-odcinkowego cyklu audycji o tematyce zawodoznawczej, w tym zawodów ginących, deficytowych i zawodów przyszłości przeznaczonych do emisji telewizyjnej w ramach projektu «OHP jako realizator usług rynku pracy», współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego, zapewnienie emisji w ogólnopolskim kanale telewizyjnym 5 wybranych przez Zamawiającego, a także dystrybucji pakietów egzemplarzy audycji do 17 lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego”* zostało wszczęte przez Komendę Główną Ochotniczych Hufców Pracy w Warszawie, zwaną dalej Zamawiającym. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 209 - 362587) w dniu 26 października 2013 r.

W dniu 12 lutego 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w formie pisemnej przez wykonawcę: ATM Grupa S.A. w Bielanach Wrocławskich, zwanego dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy: Artgraph sp. z o.o. w Warszawie, wobec czynności oceny złożonych ofert, a także wobec zaniechania wezwania powołanego wykonawcy do złożenia odpowiednich wyjaśnień. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

- 1) *„naruszenie art. 22 ust. 2 pkt 4) Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy Artgraph sp. z o.o., pomimo iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia,*
- 2) *naruszenie art. 91 Ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2) Ustawy poprzez nieuzasadnione przyznanie wykonawcy Artgraph sp. z o.o. maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenie”, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu,*  
*z ostrożności również:*
- 3) *naruszenie art. 26 ust. 4 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Artgraph sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu wiedzy i doświadczenia,*

*a także wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą wykonywać zamówienie.”*

Mając na uwadze podniesione zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, a także czynności uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, a następnie powtórzenia czynności oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 17 lutego 2014 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył wykonawca: Artgraph sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a w szczególności powoływana przez Zamawiającego przesłanka z art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp. W ocenie Izby, wobec faktu, iż Odwołujący złożył ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia i wobec czynności podjętych w tym właśnie postępowaniu wniósł odwołanie, nie sposób było go uznać za podmiot nieuprawniony, na który wskazano w powołanym art. 189 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Mając na celu ocenę faktu posiadania przez Odwołującego legitymacji do wniesienia rozpoznawanego odwołania, Izba ustaliła, że na mocy pkt 4.4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający określił termin związania wykonawców złożoną przez nich ofertą na okres 60 dni. Wskazał on tam również, iż bieg terminu związania ofertą rozpoczynał się wraz z upływem terminu składania ofert, który to termin, zgodnie z pkt 5.1 SIWZ, upłynął w dniu 9 grudnia 2013 r. o godzinie 10:00. Informacja ta znajduje swe potwierdzenie w pkt 7.2 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia.

Powołany pkt 4.4 SIWZ stanowi powielenie regulacji zawartej w art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, który stanowi, że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu

składania ofert. Przepis ten ustanawia odmienny od ustalonego przepisami kodeksu cywilnego sposób liczenia terminów. Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym w przypadku ustalania dnia w którym upływa termin związania ofertą nie znajdują zastosowania przepisy kodeksu cywilnego. Podobnie Izba w orzeczeniu KIO 2020/12.

Mając to na uwadze Izba uznała, iż Zamawiający prawidłowo ustalił, że w prowadzonym przez niego postępowaniu określony w treści SIWZ termin związania wykonawców złożonymi przez nich ofertami na okres 60 dni upłynął w dniu 6 lutego 2014 r.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą. W ocenie Izby z powołanego przepisu wynika konieczność utrzymania przez wykonawcę stanu związania złożoną przez siebie ofertą. Mowa w nim wyraźnie o przedłużeniu, a zatem o utrzymaniu stanu związania ofertą przed jego upływem. Skład orzekający w pełni utożsamia się w tym zakresie z poglądem wyrażonym w wyroku KIO 2020/12, gdzie Izba wyjaśniła, że: *„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 ofertą 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 nie może upłynąć, lecz winien być przedłużany, tak aby stan związania ofertą wykonawcy nie ustał”*.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący, co zostało potwierdzone w toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestnika postępowania przez samego Odwołującego, i co wynika z przedstawionych przez Zamawiającego dokumentów, w dniu 7 lutego 2014 r. doręczył Zamawiającemu datowane na ten sam dzień pismo, w którym zawarł swe oświadczenie o „przedłużeniu obowiązywania oferty” złożonej Zamawiającemu. Biorąc pod uwagę to, że termin związania wykonawców złożonymi przez nich ofertami upłynął w dniu 6 lutego 2014 r., uznać należało, iż w przypadku Odwołującego nie została zachowana ciągłość związania go złożoną przez niego ofertą. Tym samym, uwzględniając cytowany powyżej pogląd Izby, należało uznać, iż Odwołujący podjął próbę restytuowania –

ustanowienia na nowo – stanu związania złożoną przez siebie ofertą, albowiem, po upływie pierwotnego terminu, przedłużenie tegoż nie było już możliwe. Co istotne, rozpoznawane przez Izbę odwołanie zostało doręczone Prezesowi Izby w dniu 12 lutego 2014 r., a zatem już po dacie, w której nastąpiło przerwanie ciągłości związania Odwołującego złożoną przez niego ofertą.

W powołanym wcześniej wydanym w sprawie KIO 2020/12 wyroku Izba wyjaśniła również, że: *„związanie ofertą, zgodnie z istotą tej czynności i stanowiskiem przedstawianym w doktrynie i orzecznictwie, jest oświadczeniem wykonawcy potwierdzającym uczestniczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia i podporządkowanie się konsekwencjom wynikającym z tego faktu, a przede wszystkim wyrażającym gotowość zawarcia umowy na warunkach przedstawionych przez zamawiającego, w razie wybrania oferty tego wykonawcy. Wykonawca składa oświadczenie o związaniu ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ. Związanie ma charakter ciągły, a staranność wykonawcy polega na dbałości o aktualność związania ofertą. Na gruncie Prawa zamówień publicznych jest niewątpliwe, że wybór oferty najkorzystniejszej ma nastąpić w terminie związania ofertą, natomiast wykonawca powinien być związany złożoną przez siebie ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert.”* Podobnie o konieczności dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jedynie spośród tych, które w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób nieprzerwany począwszy do chwili upływu terminu składania ofert wiążą wykonawców, którzy je złożyli Izba wypowiedziała się w orzeczeniach wydanych w sprawach: KIO 1804/12, 109/13, czy też 1817/12 1822/12.

W tym kontekście przywołać należy uzasadnienie do projektu zmiany ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która to zmiana ostatecznie stała się począwszy od 24 października 2008 r. (Dz. U. z 2008 r. Nr 171 poz. 1058) obowiązującym prawem. Co istotne w wyniku tej właśnie nowelizacji przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp otrzymał obecne brzmienie. W uzasadnieniu projektu w zakresie zmiany powołanego przepisu w celu umożliwienia wykonawcy samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą zapisane zostało: *„Przyznanie wykonawcy uprawnienia do samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą umożliwi zawarcie ważnej umowy w postępowaniach, w których zamawiający nie zwraca się do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą.”* Nawet, przy uwzględnieniu dokonanych od tego czasu zmian w regulacji art. 94 ustawy Pzp, pogląd ten należy uznać za częściowo aktualny. Na potwierdzenie czego można przywołać argumentację Izby zawartą w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 1924/12: *„nie budzi wątpliwości, iż wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym oferent był swoją ofertą związany, oferta wygasa. Tym samym staje się ona ofertą jedynie*

*w znaczeniu historycznym lub substratem materialnym oferty, a nie wiążącym oferenta oświadczeniem woli o gotowości zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach. Powyższe znajduje potwierdzenie w znowelizowanym brzmieniu art. 85 ust. 2 Pzp, w którym ustawodawca dał wykonawcy możliwość samodzielnego, niezależnego od inicjatywy zamawiającego, przedłużania okresu związania swoją ofertą. Zmiana stanu prawnego w tym zakresie podyktowana została koniecznością zapobieżenia sytuacji, w której możliwe było doprowadzanie przez zamawiającego do eliminacji ofert z postępowania przez brak czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą. W innym wypadku ww. regulacja art. 85 ust. 2 Pzp i możliwość samodzielnego przedłużania przez wykonawców terminu związania ich ofertami ponad minimum wymagane przez zamawiającego, byłyby w istocie zbędne, skoro wykonawcy i bez takiego przedłużenia oraz poddania się rygorom i konsekwencjom z powyższym związanym, mogliby liczyć na pozostawanie ich oferty w postępowaniu oraz jej przyjęcie, tj. wybór jako najkorzystniejszej. Natomiast sprzecznym z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji byłoby jednakowe traktowanie wykonawców związanych złożoną ofertą (wobec których zamawiający zachowywałby wszelkie roszczenia wynikające ze związania ofertą) oraz wykonawców ofertą swoją nie związanych, którzy mogą zawrzeć umowę wyłącznie na zasadzie dobrowolności bez zagrożenia jakąkolwiek dolegliwością.”*

Kierując się tak dokonanyymi ustaleniami, Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, nie przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. Zgodnie z powołanym przepisem odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. O ile w rozpoznawanym przypadku, uznać należało, iż Odwołujący miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, złożył bowiem ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia, to brak już było podstaw do przesądzenia, iż na dzień wniesienia odwołania mógłby on ponieść szkodę w wyniku potwierdzenia się podnoszonych przez niego zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Ewentualne uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania, doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji czynności badania i oceny ofert, w wyniku której oferta złożona przez Odwołującego nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, z uwagi na fakt, iż przerwany został stan związania nią Odwołującego. Stąd też, wobec braku możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody, niemożliwym było uznanie, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....