

Sygn. akt KIO/UZP 1177/09

WYROK

z dnia 30 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 września 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o., PM Group Polska Sp. z o.o., Project Management Limited, NDI S.A., Dariusz Sawicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INTELLIGENT AVIATION Dariusz Robert Sawicki, ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Infrastruktury, ul. Chałubińskiego 4/6, 00-928 Warszawa** protestu z dnia **27 lipca 2009 r.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o., PM Group Polska Sp. z o.o., Project Management Limited, NDI S.A., Dariusz Sawicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INTELLIGENT AVIATION Dariusz Robert Sawicki, ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o., PM Group Polska Sp. z o.o., Project**

Management Limited, NDI S.A., Dariusz Sawicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INTELLIGENT AVIATION Dariusz Robert Sawicki, ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o., PM Group Polska Sp. z o.o., Project Management Limited, NDI S.A., Dariusz Sawicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INTELLIGENT AVIATION Dariusz Robert Sawicki, ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** na rzecz **Ministerstwa Infrastruktury, ul. Chałubińskiego 4/6, 00-928 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o., PM Group Polska Sp. z o.o., Project Management Limited, NDI S.A., Dariusz Sawicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INTELLIGENT AVIATION Dariusz Robert Sawicki, ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie opracowania pt.: *„Koncepcja lotniska centralnego dla Polski - prace analityczne” (RZP 8/06/08/PN/B)*, zostało wszczęte przez Ministerstwo Infrastruktury, ul. Chałubińskiego 4/6, 00-928 Warszawa zwane dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 185-245422 w dniu 24.09.2008 r.

W dniu 16.07.2009 r. (pismo z dnia 15.06.2009 r.) Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego informację o wykluczeniu Wykonawcy oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z niniejszą informacją wybrano ofertę konsorcjum firmy: 1) PwC Polska Sp. z o.o. (lider), al. Armii Ludowej 14, 00-638 Warszawa; 2) Oliver Wyman Consulting GmbH Marstallstrasse 11, 80539 München, Niemcy; 3) MKmetric Gesellschaft für Systemplanung mbH Durfacher Allee 49, 76131

Karlsruhe, Niemcy; 4) DFS Deutsche Flugsicherung GmbH AmDFS-Campus 10, 63225 Langen, Niemcy zwanym dalej: „Konsorcjum PwC”. Z kolei wykluczono z postępowania konsorcjum firm: 1) Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o. (lider), ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa, 2) PM Group Polska Sp. z o.o., ul. Klecińska 125, 54-424 Wrocław, 3) Project Management Limited Killakee House Belgrad Square, Tallaght, Dublin 24 (Irlandia), 4) NDI S.A., ul. M. Reja 13/15, 81-874 Sopot, 5) INTELIGENT AVIATION, Dariusz Sawicki, ul. Wincentego Witosa 18/9, 15-660 Białystok zwane dalej: „Konsorcjum Ernst & Young” albo „Protestującym”, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” oraz uznano jego ofertę za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp).

Zamawiający wskazał, że zgodnie z pismem z dnia 7.05.2009 r. Wykonawca - konsorcjum firm określiło termin związania ofertą do dnia 8.06.2009 r. Ze względu na protest niniejszego Wykonawcy wniesiony tego samego dnia, tj. 7.05.2009 r., na podstawie art. 181 ust. 1 Pzp zawieszeniu, aż do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, uległ bieg terminu związania ofertą. Ostateczne rozstrzygnięcie protestu nastąpiło z upływem dnia 25.05.2009 r., tj. z upływem 10 dnia od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu. A zatem bieg terminu związania ofertą Wykonawcy uległ zawieszaniu na łącznie 18 dni. W związku z powyższym termin wyznaczony na dzień 8.06.2009 r. uległ zawieszeniu do dnia 26.06.2009 r. Z uwagi na fakt, że do Zamawiającego nie wpłynęło pismo przedłużające termin związania ofertą wypełnił obowiązek wynikający z art. 46 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. o zwrocie wadium Wykonawcy.

W dniu 27.07.2009 r. (wpływ do Kancelarii Zamawiającego) na podstawie przepisu art. 180 Pzp Konsorcjum Ernst & Young złożyło protest wobec czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania polegających na:

- 1) wykluczeniu Protestującego z udziału w postępowaniu,
- 2) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum PwC,
- 3) wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu oraz z ostrożności procesowej
- 4) zaniechaniu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 46 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z uwagi na niezasadne wykluczenie Protestującego z udziału w postępowaniu i dokonanie zwrotu wadium przed upływem terminu na wniesienie środków ochrony prawnej,

2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z uwagi na zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu konsorcjum PwC, z ostrożności procesowej

3) art. 7 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z uwagi na zaniechanie unieważnienia postępowania. Na skutek jego wykluczenia z udziału w postępowaniu interes prawny Protestującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku.

W przypadku prawidłowego postępowania Zamawiającego oferta Protestującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza. Protestujący wnosząc protest dąży do uzyskania zamówienia i posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, wyrażający się we wnoszeniu środków ochrony prawnej w celu zapewnienia prawidłowości procedury o udzielenie zamówienia publicznego, by zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego nie była dotknięta sankcją nieważności.

W razie przyjęcia poglądu, że ważność wszystkich ofert uległa wygaśnięciu z uwagi na niemożność samodzielnego przedłużenia okresu związania ofertą przez wykonawców, to dokonanie przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej po upływie okresu związania ofertą oraz zaniechanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania, oznacza, że zachodzą przesłanki nieważności umowy z mocy prawa zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp. Wnoszę o uwzględnienie protestu oraz:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Protestującego z udziału w postępowaniu,
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert,
- 4) dokonanie czynności zaniechanej, tj. wykluczenia Konsorcjum PwC z udziału w postępowaniu, względnie:
- 5) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 46 ust. 1 pkt 1 Pzp, podniósł co następuje:

Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu przypadał na dzień 30.10.2008 r. Wykonawcy związani byli złożonymi przez siebie ofertami przez 60 dni, tj. do dnia 28.12.2008 r. Z uwagi na wniesienie w dniu 4.12.2008 r. protestu przez jednego z wykonawców, bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu do dnia 22.12.2008 r., tj. do dnia ostatecznego rozstrzygnięcia protestu (zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, rozstrzygnięcie protestu w dniu 12.12.2008 r. było ostateczne z upływem terminu na wniesienie odwołania). Na skutek tych okoliczności termin związania ofertą wygasł z dniem 16.01.2009 r.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wystosowane dnia 19.12.2008 r., o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenie ważności

wadium, Protestujący przedłużył termin związania ofertą o 60 dni oraz przedłużył ważność wadium wniesionego w pieniądzu. Odnosząc skutek tego oświadczenia woli do terminów w postępowaniu, bieg przedłużonego terminu związania ofertą rozpoczął się z dniem 17.01.2009 r., a upływał z dniem 17.03.2009 r.

W dniu 13.02.2009 r., na skutek wniesienia protestów na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu do dnia 3.04.2009r., tj. do dnia wydania orzeczenia przez KIO zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 Pzp. Tym samym bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu na 50 dni i upływał z dniem 6.05.2009 r.

W dniu 17.04.2009 r., na skutek wniesienia protestu, bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu do dnia 7.05.2009 r., tj. do dnia ostatecznego rozstrzygnięcia protestu (zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, rozstrzygnięcie protestu w dniu 27.04.2009 r. było ostateczne z upływem terminu na wniesienie odwołania). W dniu 7.05.2009 r., z uwagi na wniesienie protestu, bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu do dnia 25.05.2009 r., tj. do dnia ostatecznego rozstrzygnięcia protestu (zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, rozstrzygnięcie protestu w dniu 15.05.2009 r. było ostateczne. z upływem terminu na wniesienie odwołania). Wskutek powyższego bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu na okres 39 dni i upływał z dniem 14.06.2009 r. W dniu 6.03.2009 r. Protestujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane w piśmie z dnia 25.02.2009 r., złożył oświadczenie, że przedłuży ważność oferty oraz ważność wadium na czas niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów, tj. do dnia 15.05.2009 r. Skutkiem tego oświadczenia było przedłużenie okresu ważności oferty o kolejne 71 dni. W dniu 7.05.2009 r. Protestujący złożył oświadczenie, że przedłuży ważność oferty oraz ważność wadium na czas niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów, tj. do dnia 8.06.2009 r. - przedłużenie o kolejne 31 dni. Skoro zatem pierwotny termin związania ofertą złożoną przez Protestującego oraz okres ważności wadium wniesionym w formie pieniężnej upływał w dniu 14.06.2009 r., a Protestujący przedłużył okres związania swoją ofertą oraz ważność wadium o kolejne 102 dni, zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia Protestującego z udziału w postępowaniu, ani też do dokonania zwrotu wadium.

Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy wykonawca nie wniósł wadium, w tym na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. Przywołując powyższe regulacje zasadne jest wskazanie na następujące okoliczności: Zamawiający zwrócił się do Protestującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą jednokrotnie, pismem z dnia 19.12.2008 r. Protestujący wyraził taką zgodę w piśmie z dnia 22.12.2008 r., doręczonym zamawiającemu, w dniu 23.12.2008 r. Pismem z dnia 25.02.2009r.

zamawiający wezwał Protestującego, w oparciu o przepis art. 181 ust. 2a Pzp, do przedłużenia ważności wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów. W odpowiedzi na to wezwanie Protestujący -pismami z dnia 6.03.2009 r. i 7.05.2009 r. (doręczone Zamawiającemu w tych datach) - przedłużył ważność oferty na czas niezbędny do zabezpieczenia postępowania do swojej oferty tylko raz, w dniu 28.04.2009 r.; a więc w okresie, kiedy nie został ostatecznie rozstrzygnięty protest z dnia 17.04.2009 r. Skoro zamawiający uwzględnił okoliczność przedłużenia ważności oferty w stosunku do konsorcjum PwC, który uczynił to tylko raz, a nie uwzględnił faktu dwukrotnego samodzielnego przedłużenia ważności oferty przez Protestującego, to okoliczność powyższa ewidentnie świadczy o złamaniu zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu.

Zasadny jest również zarzut dokonania przez Zamawiającego zwrotu wadium. Protestującemu z naruszeniem Pzp. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 1 Pzp wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu przysługuje Protestującemu wniesienie protestu. Informacja o dokonaniu przez zamawiającego, konkretnej czynności w postępowaniu winna zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne, z pouczeniem o możliwości wniesienia określonego środka ochrony prawnej protestu. Dopiero kiedy upłynie termin wskazany w Pzp na wniesienie protestu i dopiero, gdy w tym terminie nie wpłynie protest, zamawiający niezwłocznie zwraca wadium. Jeżeli zaś protest został wniesiony, Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium wówczas, gdy protest został ostatecznie rozstrzygnięty, zgodnie z art. 182 ust. 2 Pzp.

W świetle powyższych okoliczności, w szczególności przedłużenia przez Protestującego terminu związania ofertą i terminu ważności wadium, dokonanie przez zamawiającego zwrotu wadium przed upływem terminu na wniesienie przez Protestującego środka ochrony prawnej na decyzję o wykluczeniu Protestującego z udziału w postępowaniu stanowi rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Wskazać należy nadto, iż jak wynika z protokołu postępowania zwrot wadium dokonany został przez zamawiającego przed zakończeniem prac przez komisję przetargową i podjęciu decyzji o wykluczeniu Protestującego z udziału w postępowaniu. Powyższe działania Zamawiającego zmierzają do pozbawienia Protestującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Z uwagi na ich nieważność w rozumieniu art. 58 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp, nie mogą one być skuteczne stosunku do Protestującego i uniemożliwiać Protestującemu udział w postępowaniu. Jednocześnie z ostrożności procesowej Protestujący dokonał przelewu zwróconej przez Zamawiającego kwoty wadium w wysokości 150 000 zł.

Podnosząc zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców z uwagi na zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu konsorcjum PwC, należy wskazać, co następuje: Konsorcjum PwC wniosło wadium zabezpieczające złożoną przez siebie ofertę w formie gwarancji. Z uwagi na zawieszenia biegu terminu związania ofertą do dnia 15.06.2009 r. Następnie w dniu 17.06.2009 r. Konsorcjum PwC ustanowiło kolejną gwarancję wadialną, obowiązującą w okresie od dnia 15.06.2009 r. do 15.08.2009 r. W wyniku tych działań oferta Konsorcjum PwC była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Abstrahując od dopuszczalności ustanowienia zabezpieczenia z mocą wsteczną podkreślić należy, że w dniu 16.06.2009 r. oferta nie była zabezpieczona wadium, a Zamawiający nie dysponował dokumentem gwarantującym mu zabezpieczenie przysługujących roszczeń, a co więcej - nie mógł dysponować dokumentem gwarancji, gdyż wadium ustanowiono dopiero w dniu 17.06.2009 r. Bez znaczenia jest więc okoliczność, że ważność gwarancji obejmuje okres od 15.06.2009 r. do 15.08.2009 r., w tym termin wsteczny w stosunku do daty ustanowienia gwarancji.

Obowiązkiem uczestnika postępowania jest złożenie wadium ważnego przez cały okres związania ofertą (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 13.10.2005 r., sygn. akt: IV Ca 468/05; podobnie w wyroku Zespołu Arbitrów z 5.04.2005 r., sygn. akt: UZPIZO/0-588/05). Wniesienie wadium stanowi zabezpieczenie ciężącego na wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, zatem data jego wniesienia i ważności okresu muszą odpowiadać okresowi Związania wykonawcy ofertą. Stąd też data upływu terminu ważności złożonej gwarancji wadialnej, nie może być krótsza od terminu związania ofertą. Jeżeli zatem zamawiający przesunął termin składania ofert, to wykonawca, który posiada gwarancję wadialną obejmującą pierwotny termin związania ofertą zobowiązany jest do jej przedłużenia z własnej inicjatywy bez wniosku w tej sprawie ze strony zamawiającego. Niedokonanie tej czynności przez wykonawcę stanowi przesłankę do wykluczenia z postępowania (wyrok zespołu arbitrów z 5.04.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-588/05, wyrok KIO z 24.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 108/07). Co ważne, w drugim z przywoływanych wyroków KIO, odnosząc się do zbliżonego stanu faktycznego, jak w niniejszej sprawie (tzn. ustanowienia wadium po upływie okresu ważności dotychczasowego wadium), stwierdziła, że: *"wadium ma zabezpieczać cały okres związania ofertą, zatem, w przypadku Odwołującego winien on przedłużyć 'ważność wadium poprzez złożenie stosownego dokumentu. bądź· wniesienie wadium w pieniądzu, nie później niż w ostatnim dniu terminu ważności posiadanego przez Zamawiającego zabezpieczenia wadialnego, w tym przypadku w dniu 03.12.2007r. Bezpodstawne jest twierdzenie Odwołującego, że w okresie tym nie był obowiązany przedłożyć dokumentu stanowiącego dowód posiadania wadium w całym okresie związania ofertą, w tym w przedłużonym okresie związania. Zamawiającemu nie wolno domniemywać faktów, które mogłyby się okazać korzystne dla wykonawców, ani twierdzić na podstawie innych· dokumentów niż załączone do oferty, te wykonawca ma prawo uczestniczyć*

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego też względu to Odwołujący był obowiązany wykazać Zamawiającemu, że przedłużył ważność wadium.(...) Ustawodawca w art. 45 pzp wyraźnie i odmiennie niż przepisy kodeksu cywilnego wskazuje, że wadium ma być wniesione, a nie jak twierdzi Odwołujący ustanowione. Przepisy kodeksy cywilnego zgodnie z normą art. 14 pzp mogą być stosowane odpowiednio tylko wtedy, gdy ustawa nie reguluje danej kwestii. W przypadku wadium fakt wnoszenia go do Zamawiającego wynika z ustawy pzp, a nie z Kodeksu Cywilnego. Ciężar dowodowy zatem wykazania faktu, że Odwołujący zabezpieczył postępowanie wadium obciążał Odwołującego, gdyż to on wywodził z tego skutki prawne (art. 6 kc). Należy stwierdzić, że Zamawiający zasadnie wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.". Podkreślenia wymaga fakt, iż skarga na powyższy wyrok Izby została oddalona prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie.

Podnosząc z ostrożności procesowej zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z uwagi na zaniechanie unieważnienia postępowania, należy podnieść, co następuje:

Niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 24.09.2008 r. Z tej przyczyny do postępowania stosuje się przepisy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), zgodnie z art. 4 ust. 1 teże. Termin składania ofert upłynął w dniu 30.10.2008r. Zgodnie z postanowieniem art. 85 ust. 1 pkt 3 Pzp okres związania ofertą w tym postępowaniu nie mógł być dłuższy niż 60 dni. Tym samym ostatnim dniem związania złożonymi ofertami w postępowaniu był dzień 28.12.2008 r., z zastrzeżeniem art. 85 ust. 2 Pzp. Przepis ten w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania stanowił, iż w uzasadnionych przypadkach co najmniej na 7 dni przed upływem terminu związania ofertą Zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Zamawiający skorzystał z tego uprawnienia i w dniu 19.12.2008 r. wezwał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni. Biorąc pod uwagę okresy zawieszenia terminu związania ofertą wynikające z art. 181 ust. 1 Pzp, termin ten upłynął w dniu 14.06.2009 r., a więc przed dniem wyboru oferty najkorzystniejszej, co miało miejsce w dniu 15.07.2009 r. W takich okolicznościach zamawiający winien unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Z uwagi na konieczność stosowania do niniejszego postępowania przepisów Ustawy w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, wykonawcy nie mają uprawnienia do samodzielnego przedłużania terminu związania

ofertą. W przypadku dokonania takiej nieuprawnionej czynności przez wykonawców, zamawiający nie może uznać jej za skuteczną. Powyższe potwierdza stanowisko prezentowane w orzecznictwie. W wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21.08.2006 r., sygn. akt: XIX Ga 328/06, skład orzekający stwierdził, że wykonawca nie może jednostronnie przedłużyć terminu związania ofertą. W ocenie sądu *„Nie doszło do kolejnego przedłużenia terminu związania ofertą na skutek jednostronnego oświadczenia woli wykonawcy, gdyż taka możliwość nie wynika z przepisów Pzp, ani z przepisów KC.”* Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 21.01.2008 r., sygn. KIO/UZP 85/07 stwierdziła, iż: *„Skład orzekający Izby nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że termin związania ofertą podlega przedłużeniu samodzielnie przez wykonawcę na skutek złożonego przez niego, z własnej inicjatywy oświadczenia woli w tym zakresie.”*

Należy podnieść, iż ustawodawca uznał za właściwe dokonanie zmiany prawa w tym zakresie (nowelizacja art. 85 ust. 2 Pzp dokonana powołaną ustawą z dnia 4 września 2008r., która ma zastosowanie do postępowań wszczętych po dniu 24.10.2008 r.). Zgodnie z uzasadnieniem projektu nowelizacji tej ustawy (druk sejmowy Nr 471 - uzasadnienie przedłożenia projektu rządowego): *„Ulegają zmianie zasady przedłużenia terminu związania ofertą (art. 85 ust. 2). Przyznaje się wykonawcy uprawnienie do samodzielnego, a nie tylko jak obecnie dokonywanego na wniosek zamawiającego, przedłużenia terminu związania ofertą. Upięty terminu związania ofertą jest w praktyce bardzo częstą przyczyną unieważniania postępowań. Samodzielne oświadczenie woli wykonawcy w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą, zgodnie ze stanowiskiem zespołu arbitrów wyrażonym m.in. w orzeczeniach z dnia 15 lutego 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-229/05) oraz z dnia 19 września 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2495/06), uznawano za bezskuteczne. 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. Jednocześnie, w celu zapewnienia ochrony wykonawcom, pozostawia się ograniczenie możliwości przedłużenia terminu związania ofertą z inicjatywy zamawiającego, wskazując, że takie przedłużenie może nastąpić tylko raz na okres nie dłuższy niż 60 dni.”*

Katalog podstaw unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, określony art. 93 ust. 1 Pzp, ma charakter obligatoryjny. Skutkiem tego Zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy zaistnieje jedna z opisanych w tym przepisie okoliczności. W szczególności art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi, iż zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Sądu Okręgowego w Poznaniu (postanowienie z 4.11.2005 r., sygn. akt: II Ca 941/05) wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera

istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, tak że powoduje jej bezwzględną nieważność. W szczególności wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. W niniejszym postępowaniu dokonania w sposób skuteczny wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tych okolicznościach zobowiązany jest unieważnić postępowanie. Skoro bowiem nie jest możliwe samodzielne przedłużenie przez wykonawców ważności ofert, w niniejszym postępowaniu na dzień dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, żadna ze złożonych ofert nie była już ważna z uwagi na upływ terminu ważności ofert. Przyjęcie zaś przeciwnego poglądu, dopuszczającego możliwość samodzielnego przedłużenia ważności ofert przez wykonawców implikuje wniosek, iż oferta Protestującego była ważna na dzień dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana. Natomiast wykonawca konsorcjum PwC powinien zostać wykluczony z niniejszego postępowania. W niniejszym postępowaniu Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 03.08.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Podnosząc zarzut dotyczący niezasadnego wykluczenia Protestującego z udziału w postępowaniu i dokonania zwrotu wadium przed upływem terminu na wniesienie środków ochrony prawnej Protestujący wskazuje, iż pozostaje on związany ofertą z jednoczesną - ważnością wadium wskutek „*przedłużenia okresu związania swoją ofertą oraz ważności wadium o kolejne 102 dni*”. Jak należy domniemywać z treści uzasadnienia protestu, Protestujący obliczył liczbę 102 dni jako sumę liczby dni, jakie upłynęły od dat złożenia przez Protestującego oświadczeń z dnia 6.03.2009 r. i 7.05.2009 r., określających terminy ważności oferty i wadium do wymienionych w tych oświadczeniach konkretnych dat tych ważności (odpowiednio do dnia 15.05.2009 r. oraz do dnia 8.06.2009 r.).

Zamawiający na podstawie ponownej rzetelnej analizy dokumentacji postępowania stwierdza, że przedmiotowy zarzut jest bezpodstawny, a przedstawiona argumentacja nie może zostać przyjęta. Wskazywane przez Protestującego rzekome przedłużenie okresu związania ofertą o 102 dni nie wynika z przepisów prawa, a także nie wynika z dokumentacji postępowania. Złożone przez Protestującego oświadczenia z dnia 6.03.2009 r. i 7.05.2009 r. są jasne, zrozumiałe i nie budzą wątpliwości co do ich treści. Termin związania ofertą wyrażony ww. oświadczeniami został określony datą kalendarzową. Tak określony termin nie może być przeliczany w sposób przyjęty przez Protestującego. Zmiana tak określonego terminu wymaga złożenia oświadczenia, którego Protestujący nie złożył. Protestujący nie może bowiem kreować dodatkowych okresów przedłużających okres związania ofertą i zwrotu wadium. abstrahując od treści złomnych przez siebie oświadczeń woli w tej sprawie, tj. wbrew treści tych oświadczeń. Zwrot wadium przez Zamawiającego nastąpił na podstawie

ustawowego obowiązku wynikającego z art. 46 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium, jeżeli upłynął termin związania ofertą. Okoliczność upływu terminu związania ofertą w dacie zwrotu wadium jest oczywista, co potwierdza, że dokonanie zwrotu wadium było zasadne i prawidłowe.

Zasadnie zatem Zamawiający dokonał zwrotu wadium, a następnie wykluczył Protestującego z postępowania o zamówienie publiczne, o czym Protestujący został zawiadomiony niezwłocznie po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, na zasadzie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Analizując zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum PwC i argumentację powyższego zarzutu należy zauważyć, iż oferta Konsorcjum PwC od dnia otwarcia ofert zabezpieczona była następującym wadium:

- Gwarancją Nr 00/10476, ważną od 24.10.2008 r. do 29.12.2009 r.
- Aneksem nr 1 z dnia 22.12.2009 r., ważnym do 7.03.2009 r.
- Aneksem nr 2 z dnia 3.03.2009 r., ważnym do 30.04.2009r.
- Aneksem nr 3 z dnia 29.04.2009 r., ważnym do 15.06.2009 r.
- Gwarancją Nr 00/11424, ważną od 15.06.2009 r. do 15.08.2009 r.

Wprawdzie na gwarancji Nr G0/11424 widnieje data 17.06.2009 r., jednakże gwarancja ta potwierdza objęcie zobowiązań Wykonawcy powstałych od dnia 15.06.2009 r. i informuje o ważności do dnia 15.08.2009 r. A zatem zgodnie z informacjami zawartymi w powyższych gwarancjach i aneksach oferta Konsorcjum PwC zabezpieczona jest skutecznie wadium łącznie od 24.10.2008 r. do 15.08.2009 r. Z powyższego wynika, iż interes Zamawiającego; o którym mowa w art. 46 ust. 5 Pzp, jest zabezpieczony w całym okresie związania ofertą, tym samym Zamawiający nie ma podstaw by twierdzić, że nie będzie miał możliwości zatrzymania wadium wraz z odsetkami, jeżeli Konsorcjum PwC odmówiłoby podpisania umowy, nie wniosłoby zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub też w sytuacji, gdyby zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Konsorcjum.

Możliwość zaspokojenia z gwarancji ewentualnych roszczeń Zamawiającego zależy bowiem wyłącznie od tego, czy okres ważności gwarancji jest tożsamy z okresem związania ofertą (wyrok KIO/UZP 115/09). Zachowanie tych wymagań zapewnia Zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów. Aby należycie ocenić gwarancję wadialną w tym kontekście powinno się badać przede wszystkim możliwość skutecznego zaspokojenia się zamawiającego z sumy wadium. Tezę powyższą zawarł skład orzekający KIO w wyroku z dnia 20.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 266/09.

Dodatkowo, Konsorcjum PwC już po wniesieniu protestu przedstawiło Zamawiającemu oświadczenie wystawcy gwarancji (pismo ING Bank Śląski SA z dnia

31.07.2009 r.) potwierdzające skuteczność zobowiązania wobec Zamawiającego. Oświadczenie wystawcy gwarancji nie jest nowym czy dodatkowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ono jedynie potwierdza w sposób ostateczny, iż Zamawiający będzie mógł zaspokoić się z gwarancji wadialnej (również KIOIUZP 266/09).

Protestujący podnosząc zarzut zaniechania unieważnienia postępowania wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy nie mieli uprawnień do samodzielnego przedłużania terminów związania ofertą, a w przypadku dokonania przez wykonawców takiej nieuprawnionej czynności zamawiający nie może uznać jej za skuteczną oraz że wobec niemożności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na upływ terminu związania ofertą postępowanie powinno być unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Na potwierdzenie powyższej tezy Protestujący przytacza wybrane orzecznictwo ZA (m.in. orzeczenie z dnia 15.02.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-229/05 czy orzeczenie z dnia 15.02.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/O-2495/06) wyroki niektórych sądów okręgowych (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21.08.2006 r., sygn. akt.: XIX Ga 328/06 czy postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4.11.2005r., sygn. akt: II Ca 941/05) oraz wybrane wyroki Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 21.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 85/07). Odnosząc się do zarzutu Protestującego Zamawiający wskazuje, że nie mógł postąpić w sposób opisany przez Protestującego. Ustawa Pzp nie reguluje uprawnień Wykonawców w zakresie składania oświadczeń woli dotyczących przedłużenia terminu związania ofertą, zatem zgodnie z art. 14 Pzp, zastosowanie mają w tym przypadku przepisy ustawy Kodeks cywilny. Stanowisko to znalazło potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.05.2007 r., który stwierdził, że językowa wykładnia przepisu art. 85 ust 2: *„prowadzi do wniosku, że jego adresatem jest jedynie zamawiający, a nie wykonawca. Tym samym więc wykonawca może poprzez jednostronną czynność prawną - oświadczenie woli - wydłużyć bez zgody, czy też inicjatywy zamawiającego, termin związania swoją ofertą. Tej kwestii bowiem nie dotyczy komentowany przepis, a zatem czynność ta jest ważna na podstawie art. 58 k. c., gdyż żaden przepis Prawa zamówień publicznych, a także Kodeks cywilny jej nie zakazuje ”* (sygn. akt: XIX Ga 194/07).

Stanowisko takie zostało wielokrotnie potwierdzone również w bogatym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, późniejszym niż wyroki wskazywane przez Protestującego, m.in. w wyroku KIO z dnia 21.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 315/08 oraz KIO/ZP 330/08. W świetle art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. złożenie oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą świadczy niewątpliwie o chęci Wykonawców do zawarcia umowy i jej realizacji. Stanowi również zabezpieczenie dla Zamawiającego, który sam nie może podjąć takiej inicjatywy z uwagi na wyczerpanie uprawnień płynących z art. 85 ust. 2 Pzp, a przy tym potrzebny jest dodatkowy czas na dokonanie przez Zamawiającego czynności zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy o zamówienie publiczne. zamawiający

nie ma prawa do zmiany oświadczenia woli Wykonawcy. Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła w wyroku z dnia 09.05.2008 r., sygn. akt: KIOIUZP 401/08, z dnia 14.08.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 794/08, jak i w wyroku z dnia 20.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1070/08.

Powyższe znalazło także potwierdzenie w nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, wprowadzonej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) obowiązującą od dnia 24.10.2008 r., zgodnie z którą brzmienie art. 85 ust. 2 jest następujące: *„Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dnia 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”*.

Wskazać ponadto należy, że niewzięcie pod uwagę oświadczeń woli wyrażonych przez poszczególnych Wykonawców naruszałoby w szczególności zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zamawiający uwzględnił zatem terminy ważności ofert, zadeklarowane przez poszczególnych Wykonawców, co bez wątpienia było korzystniejsze zarówno dla Wykonawców, jak i dla przeprowadzanego postępowania.

W dniu 13.08.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 46 ust. 1 pkt 1 Pzp, dodatkowo wskazał co następuje. Zgodnie z art. 181 ust. 1 Pzp, w przypadku wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert, bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Norma ta ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej (ius cogens), zatem nie może być zmieniana lub uchylana wolą stron. Należy więc zastanowić się, jakie skutki implikuje fakt wniesienia protestu w sytuacji, gdy ważność oferty została przedłużona. Co do zasady - zgodnie z normą bezwzględnie obowiązującą - następuje zawieszenie biegu terminu związania ofertą. Tak uznał Zamawiający w odniesieniu np. do oferty Konsorcjum PwC, które przedłużyło termin związania swojej oferty poprzez wskazanie określonej liczby dni. Z uwagi na fakt, iż norma art. 181 ust. 1 Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący, musi mieć ona zastosowanie także w przypadku, gdy termin związania ofertą został przedłużony poprzez wskazanie określonej daty. Odmienne podejście nie tylko byłoby sprzeczne z powołaną normą bezwzględnie obowiązującą, ale także w sposób oczywisty naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał na problem, o jaki okres czasu przedłuża się, w powołanej sytuacji, bieg terminu związania ofertą, lub inaczej rzecz

ujmując, o jaki okres czasu zawiesza się bieg terminu związania ofertą. Ma to tym istotniejsze znaczenie, że okres zwieszenia biegu terminu związania ofertą z uwagi na wniesienie protestu (liczony do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu) może być dłuższy, niż okres, na jaki przedłużony został termin związania ofertą, wyznaczony określoną datą. Jeżeli więc wykonawca przedłużył termin związania ofertą do określonego dnia (np. o 30 dni), a okres zawieszenia biegu terminu związania ofertą wynosi 45 dni, to okazuje się, że wyznaczona w oświadczeniu wykonawcy data jest wcześniejsza, niż wynikająca z uwzględnienia okresu zawieszenia. W niniejszym postępowaniu sytuację wyjaśnia jednak okoliczność, że termin związania ofertą został przedłużony nie tyle poprzez wskazanie określonej daty, lecz przede wszystkim poprzez wskazanie pewnego okresu czasu - do zaistnienia pewnego zdarzenia (do ostatecznego rozstrzygnięcia postępowania lub do zawarcia umowy). Niestety, w ocenie Odwołującego, Zamawiający kwestię tę zignorował, bezrefleksyjnie uznając, że wyznaczenie określonej daty ma decydujące znaczenie i tylko termin jest prawnie relewantny dla ustalenia terminu związania ofertą. Pomiął więc normę bezwzględnie obowiązującą, ustanowioną w art. 181 ust. 1 Pzp, stwierdzającą zawieszenie biegu terminu związania ofertą do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

Co ważne, Zamawiający pominął też najważniejszą okoliczność, a mianowicie treść oświadczeń woli Odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą. Zgodnie z tymi oświadczeniami, termin związania ofertą został przedłużony na czas niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów. Odwołujący zawarł w nim wyraźne oświadczenie woli wskazujące na chęć objęcia ważnością swojej oferty do czasu zakończenia postępowania i zawarcia umowy. Właśnie z uwagi na bezwzględnie obowiązującą normę art. 181 ust. 1 Pzp, jak też oświadczenie Odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą na czas niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, wskazanie w oświadczeniu o przedłużeniu terminu związania ofertą określonej daty uznać należy za prawnie bezskuteczne, bo sprzeczne z powołaną normą. Skoro tak, to oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą Odwołującego jest nadal ważne, do czasu zawarcia umowy.

Powyższa argumentacja, w ocenie Odwołującego, znajduje swoje oparcie także w zasadach wykładni oświadczeń woli. Skoro z mocy art. 14 Pzp, do oświadczeń woli zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego, to także art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W nauce prawa podkreśla się, iż celem wykładni nie jest wykrycie subiektywnej woli danej osoby, ale zrozumienie rzeczywistej treści jej działania, zmierzającego do wywołania skutków prawnych. Okoliczności, w których oświadczenie woli zostało złożone, mogą mieć istotny wpływ na wynik jego tłumaczenia, niejednokrotnie bowiem to one

konstytuują określoną treść oświadczenia, określającą zamierzone przez składającego je skutki - oświadczenie to mogłoby mieć inne znaczenie, gdyby okoliczności faktyczne mające wpływ na jego treść były inne. W świetle reguł wykładni ustanowionych w kodeksie cywilnym, przy jej dokonywaniu należy uwzględniać również kontekst sytuacyjny. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3.02.2006 r. (sygn. akt: I CK 320/05), nawet gdy postanowienia umowy są jasne, a umowa zawarta jest między profesjonalistami, o jej treści decyduje rzeczywista wola stron, którą trzeba oceniać na podstawie kontekstu sytuacyjnego. Celem umowy jest cel gospodarczy lub inny, który strony chciały osiągnąć przez zawarcie umowy.

Natomiast zastosowanie kryterium zasad współżycia społecznego oznacza potrzebę tłumaczenia oświadczeń woli z zachowaniem zasad etycznych i moralnych przestrzeganych w społeczeństwie. Zasady te mogą wyłączać możliwość wykładni prowadzącej do nierównego traktowania stron lub takiego tłumaczenia niejasnych oświadczeń woli, które by prowadziło do uprzywilejowania jednej i obciążenia drugiej w nadmierny sposób. Zasady wykładni treści oświadczeń woli, wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 29.06.1995 r. (sygn. akt: III CZP 66/95). W myśl stanowiska Sądu Najwyższego: *„Na tle art. 65 k.c. należy przyjąć kombinowaną metodę wykładni, opartą na kryteriach subiektywnym i obiektywnym. Stanowisko takie zajmują też przedstawiciele nauki prawa cywilnego. Stosowanie kombinowanej metody wykładni do czynności prawnych inter vivos obejmuje dwie fazy. W pierwszej fazie sens oświadczenia woli ustala się mając na uwadze rzeczywiste ukonstytuowanie się znaczenia między stronami. Oznacza to, że uznaje się za wiążący sens oświadczenia woli, w jakim zrozumiała go zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie. Decydująca jest zatem rzeczywista wola stron. Podstawę prawną do stosowania w tym wypadku wykładni subiektywnej stanowi art. 65 § 2 k.c. który, choć mowa w nim o umowach, odnosi się w istocie do wszystkich oświadczeń woli składanych innej osobie. Jeżeli okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, konieczne jest przejście do drugiej, obiektywnej fazy wykładni, w której właściwy dla prawa sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak, jak adresat sens ten rozumiał i rozumieć powinien. Za wiążące uznać trzeba w tej fazie takie rozumienie oświadczenia woli, które jest wynikiem starannych zabiegów interpretacyjnych adresata. (...) Zgodnie z kombinowaną metodą wykładni, priorytetową regułą interpretacyjną oświadczeń woli, składanych indywidualnie adresatom, stanowi rzeczywista wola stron. Zastosowanie tej reguły wymaga wyjaśnienia jak strony rzeczywiście rozumiały złożone oświadczenie woli, a w szczególności, jaki sens łączyły z użytym w oświadczeniu woli zwrotem lub wyrażeniem. W razie ustalenia, że były to te same treści myślowe, pojmowany zgodnie sens oświadczenia woli trzeba uznać za wiążący. Jeżeli chodzi o oświadczenia woli ujęte w formie pisemnej, czyli wyrażone w dokumencie, to sens tych oświadczeń ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu. W procesie jego*

interpretacji podstawowa rola przypada językowym regułom znaczeniowym. Wykładni poszczególnych wyrażen dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w tym także związków treściowych występujących między zawartymi w tekście postanowieniami. Uwzględnieniu podlegają również okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone, jeżeli dokument obejmuje takie informacje, a także cel oświadczenia woli wskazany w tekście lub, zrekonstruowany na podstawie zawartych w nim postanowień.

Tekst dokumentu nie stanowi wyłącznej podstawy wykładni ujętych w nim oświadczeń woli składanych indywidualnie oznaczonym osobom. Pomimo ograniczeń dowodowych, które znalazły wyraz w treści art. 247 k.p.c., dopuszczalny jest dowód ze świadków lub z przesłuchania stron, jeżeli jest to potrzebne do wykładni niejasnych oświadczeń woli stron zawartych w dokumencie. W takim wypadku bowiem wspomniane dowody nie są skierowane przeciw osnowie dokumentu, a jedynie posłużyć mają jej ustaleniu w drodze wykładni (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 18 września 1951 r. C112/51, OSN 1952, poz. 70 oraz z dnia 4 lipca 1975 r. III CRN 160/75, OSPiKA 1977, poz. 6). W procesie wykładni zawartych w dokumencie oświadczeń woli składanych indywidualnie adresatom dopuszczalne jest zatem sięgnięcie do takich okoliczności towarzyszących złożeniu oświadczenia woli, które mogą być stwierdzone za pomocą poza dokumentowych środków dowodowych. Interpretacja oświadczenia woli w takim wypadku przebiega według ogólnych zasad kombinowanej metody wykładni. Wiążący prawnie sens oświadczenia woli ustala się więc mając w pierwszej kolejności na uwadze rzeczywistą wolę stron, a dopiero wtedy gdy nie da się jej ustalić, sens ten ustala się na podstawie przypisania normatywnego."

Uwzględniając powyższe zasady wykładni oświadczeń woli wskazać należy na dwie istotne kwestie:

- 1) okoliczności, w których składane były oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą,
- 2) treść tych oświadczeń.

Odwołujący składał oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą w sytuacji, gdy bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu z uwagi na wniesienie protestów. Warto przypomnieć, iż pierwsze oświadczenie (z dnia 6.03.2009 r.) zostało złożone, gdy protest na wykluczenie Odwołującego nie został jeszcze ostatecznie rozstrzygnięty (wyrok KIO zapadł w dniu 3.04.2009 r.), natomiast drugie w dacie, w której został wniesiony protest na zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Nie może więc ulegać wątpliwości, iż oświadczenia te z istoty rzeczy nie mogły się odnosić do terminu, który biorąc pod uwagę stan sprawy nie gwarantował ostatecznego rozstrzygnięcia postępowania. Jest wręcz odwrotnie. Odwołujący wyraźnie wskazał w każdym z oświadczeń, że przedłuża termin związania ofertą do czasu ostatecznego zakończenia postępowania. Natomiast wskazanie daty miało w tej sytuacji charakter wyłącznie informacyjny i nie niosło

za sobą skutków prawnych. Zamawiający nadmierną wagę przyjął do wskazanych dat, natomiast całkowicie zignorował oświadczenie Odwołującego, że przedłuży termin związania swoją ofertą do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia postępowania, a więc ostatecznego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. W takim zaś przypadku, Zamawiający powinien dokonać wykładni oświadczeń woli złożonych przez Odwołującego i ewentualnie wezwać go do złożenia wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z uwagi na zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu konsorcjum PWC, należy wskazać, co następuje:

W nauce prawa oraz w orzecznictwie (wyrok ZA z dnia 21.03.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-481/05), podkreśla się, iż definicja legalna wadium zawarta jest nie w ustawie Prawo zamówień publicznych, lecz w art. 70⁴ KC. Zgodnie z art. 70⁴ § kodeksu cywilnego, w warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). Funkcja wadium polega głównie na zabezpieczeniu organizatora przetargu poprzez możliwość zatrzymania wadium na wypadek niezawarcia umowy przez oferenta, którego oferta nie została wybrana (M. Żak, w Komentarzu do art. 70⁴ KC - Komentarz do niektórych przepisów Kodeksu cywilnego zmienionych ustawą z dnia 14.12.2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw). Zastrzeżenie wadium stanowi jeden z wymogów uczestnictwa w postępowaniu, na co zresztą wskazuje wyraźnie dyspozycja art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp o wykluczenia z postępowania wykonawcy uchylającego się od ustanowienia wadium. Wadium staje się integralnym składnikiem stosunku przetargowego wynikającego z dodatkowego zastrzeżenia umownego dołączonego do porozumienia przetargowego skutkującego obligacyjnie, ponieważ wniesienie wadium jest dodatkowym świadczeniem. W przypadku wcześniejszego wygaśnięcia wadium powinno być ono odnowione (R. Szostak, Charakter prawny wadium przetargowego w obrębie zamówień publicznych, Przegląd Sądowy z 1998, Nr 11-12). Ponadto zwraca się uwagę, że: *"Wynikająca z warunków przetargowych konieczność ustanowienia niezbędnego wadium powoduje, że uchybienia w postaci uchylecia się od spełnienia tego wymogu nie da się pogodzić z adhezyjną akceptacją warunków przetargowych. Samo porozumienie się stron nie wystarcza, lecz konieczne jest wniesienie odpowiedniego wadium. Dopóki do tego nie dojdzie, nie jest możliwe nawiązanie stosunku przetargowego."* - R. Szostak, Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne, Wyd. AE w Krakowie, 2005 r., str. 66-67.

Piśmiennictwo zgodnie uznaje, że zasadnicza funkcja gwarancji (czy to bankowej,

czy też ubezpieczeniowej) polega na dostarczeniu beneficjentowi (tutaj: Zamawiającemu) niewątpliwego oraz łatwo realizowalnego zabezpieczenia spełnienia świadczenia przez zindywidualizowanego dłużnika (Wykonawca). Cel ten osiągnie się wówczas, gdy przesłanki aktualizacji obowiązku gwaranta są łatwe do spełnienia i umożliwiają jego niezwłoczną realizację (A. Koch [...] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań -część szczegółowa. Tom 8, Warszawa 2004, str. 489). Konsekwencją gwarancyjnego charakteru wadium jest to, że Zamawiający w całym okresie związania ofertą może zaspokoić swoje roszczenia.

Konsekwentnie, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.06.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 537/08, Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze, Zeszyt Nr 2, W-wa 2008, str. 35), wadium wnoszone w formie gwarancji ubezpieczeniowej musi zapewniać taką samą płynność, jak wadium wnoszone w pieniądzu. Oznacza to, że dochodzenie roszczenia z tytułu gwarancji nie powinno być utrudnione, a wadium ma zapewniać realną możliwość zaspokojenia z wadium. Należy też zaznaczyć, iż zgodnie ze stanowiskiem przyjętym w orzecznictwie KIO: *„ustawa Prawo zamówień publicznych ze szczególnym rygoryzmem traktuje kwestie wnoszenia wadium. Powoduje to niemożność jego uzupełniania po terminie składania ofert, pomimo że przepisy tej ustawy umożliwiają uzupełnianie innych dokumentów. Wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela nie mogą mieć charakteru sanującego błędną gwarancję ubezpieczeniową, gdyż zostały złożone po terminie składania ofert.”*- wyrok KIO z dnia 3.09.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 868/08, Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze, Zeszyt nr 3, str. 31).

Nie jest więc dopuszczalne powoływanie się na oświadczenie złożone przez bank lub zakład ubezpieczeń dotyczące treści wystawionej gwarancji, skoro zostały one złożone po dacie złożenia dokumentu gwarancji.

Zamawiający rozstrzygając protest, powołując się na pogląd zaprezentowany w wyroku KIO/UZP 115/09, uznał, iż możliwość zaspokojenia z gwarancji ewentualnych roszczeń Zamawiającego zależy bowiem wyłącznie od tego, czy okres ważności gwarancji jest tożsamy z okresem związania ofertą. Stanowisko Zamawiającego uznać należy za błędne, nadto niezgodne z poglądem wyrażonym przez KIO w powołanym wyroku. Pogląd zaprezentowany w wyroku z dnia 6.02.2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 115/09) brzmi następująco: *"Porównując przez pryzmat powyższego wadium wniesione w formie gwarancji oraz wadium wniesione w formie pieniądza, stwierdzić należy, że możliwość zaspokojenia ewentualnych roszczeń zamawiającego będzie zależała w przypadku gwarancji od tego, czy okres ważności gwarancji (termin obowiązywania gwarancji) jest tożsamy z okresem związania ofertą, zaś w przypadku pieniądza, od jego pozostawiania w dyspozycji zamawiającego na rachunku bankowym zamawiającego."*. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, z powyższego nie wynika, że warunkiem koniecznym, lecz jednocześnie wystarczającym dla ważności wadium wniesionego formie niepieniężnej (gwarancja) jest,

aby okres obowiązywania gwarancji był tożsamy z okresem związania ofertą, a konsekwencji - nie ma znaczenia prawno fakt dostarczenia do zamawiającego dokumentu ustanawiającego wadium. KIO uznała bowiem, w okolicznościach konkretnej sprawy, tylko zbędność składania przez wykonawcę oświadczenia o przedłużeniu ważności wadium w przypadku, gdy wadium zostało wniesione w pieniądzu. Pogląd KIO należy rozpatrywać w kontekście sprawy, na tle której został sformułowany. KIO, dokonując porównania sposobów wnoszenia i przedłużania ważności wadium wnoszonego w pieniądzu oraz formie gwarancji (bankowych i ubezpieczeniowych) wyraziło istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej stanowisko: *„W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji jest ono skutecznie wniesione, gdy najpóźniej w terminie składania ofert zamawiający otrzyma stosowny dokument, a zatem w chwili fizycznego wejścia przez zamawiającego w posiadanie takiego dokumentu, a z jego treści wynikać będzie termin ważności co najmniej tożsamy z terminem związania ofertą. W sytuacji, gdy pierwotnie wyznaczony przez zamawiającego termin składania ofert zostaje zmieniony, a wykonawca złożył już ofertę i doręczył zamawiającemu dokument gwarancji z okresem obowiązywania tej gwarancji ustalonym odpowiednio do pierwotnego terminu składania ofert i okresu związania ofertą, wówczas wykonawca taki, dla uznania skuteczności wniesienia wadium, będzie zmuszony doręczyć zamawiającemu aneks do złożonej wcześniej gwarancji, obejmujący nowy okres związania ofertą, ewentualnie będzie mógł złożyć nowy dokument gwarancyjny z okresem obowiązywania tej gwarancji ustalonym odpowiednio do zmienionego terminu składania ofert, czy wreszcie będzie mógł wnieść wadium w innej formie, np. w pieniądzu.[. ..] Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że dla skuteczności wniesienia wadium zarówno w formie gwarancji, jak i w formie pieniądza nie jest wymagane ze strony wykonawców złożenia żadnego oświadczenia zamawiającemu, a jedynie uprzednie wykonanie dyspozycji i czynności wobec podmiotów innych niż sam zamawiający (złożenie dyspozycji przelewu, złożenie wniosku o udzielenie gwarancji), a w przypadku gwarancji dodatkowo doręczenie dokumentu gwarancyjnego (aneksu). W ocenie składu orzekającego Izby, skuteczność przedłużenia wadium należy odczytywać tak samo, jak skuteczność wniesienia wadium, tj. jako obowiązek dopełnienia czynności faktycznych, fizycznych, nie zaś jako obowiązek polegający na złożeniu jakiegokolwiek oświadczenia. Samo oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu ważności wadium złożonego w formie gwarancji, w sytuacji nie złożenia dokumentu, który to wadium w istocie stanowi, byłoby bez znaczenia dla skuteczności wniesienia wadium.”.*

Z powyższego stanowiska KIO wynika wyraźnie, iż skoro do przedłużenia ważności wadium stosuje się te same wymagania co do wniesienia wadium, a przypadku wniesienia wadium konieczne jest dostarczenie do Zamawiającego dokumentu wadium (gwarancji), którego okres odpowiada okresowi związania ofertą, to nie sposób uznać, że KIO mówiąc o skuteczności zaspokojenia roszczeń zamawiającego z wadium wniesionego w formie

gwarancji miało na myśli wyłącznie okres ważności gwarancji, bez fizycznego dostarczenia tego dokumentu przed upływem ważności dotychczas ustanowionego wadium.

Odnosząc się do dalszych wywodów Zamawiającego, związanych z powołaniem się na wyrok KIO z dnia 20.03.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 266/09), gdzie aby ocenić należyte gwarancję wadium w kontekście zabezpieczenia interesów zamawiającego powinno się badać przede wszystkim możliwość skutecznego zaspokojenia się Zamawiającego z sumy wadium, podnieść należy, iż powołane orzeczenie absolutnie nie odnosi się do sytuacji, z którą mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Przy ocenie ważności gwarancji badać należy oczywiście możliwość skutecznego zaspokojenia się z sumy wadium, lecz mieć przy tym należy na uwadze fakt, iż warunkiem koniecznym w tym zakresie jest nie tylko objęcie wadium całego okresu związania ofertą (w tym okresu przedłużonego), ale nieprzerwane dysponowanie przez Zamawiającego dokumentem gwarancji przez ten okres, albowiem tylko prawidłowo wystawiony i doręczony we właściwym okresie dokument gwarancji daje Zamawiającemu prawo i gwarancję skutecznego zaspokojenia swoich roszczeń z wadium.

W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był do podjęcia czynności mającej na celu wykluczenie z postępowania Konsorcjum PwC, bowiem oferta tego Wykonawcy nie jest zabezpieczona wadium. Co więcej, w realiach postępowania, zaniechanie wykluczenia i dopuszczenie do udziału w dalszym postępowaniu Wykonawcy narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) - wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 5.01.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-3032/06.

Odnosząc się złożonego z ostrożności procesowej zarzutu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z uwagi na zaniechanie unieważnienia postępowania, należy podnieść, co następuje. Nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego z rozstrzygnięcia protestu. Nawet pobieżna lektura rozstrzygnięcia protestu prowadzi do wniosku, iż w świetle powołanego orzecznictwa, możliwość dokonywania samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawców w postępowaniach wszczętych przed dniem 24.10.2008 r. nie była, jak chce to widzieć Zamawiający, oczywista. Wręcz odwrotnie, stanowisko to - w świetle poglądów wyrażanych w orzecznictwie arbitrażowym i sądowym - uznać należałoby za co najmniej dyskusyjne. Lektura uznanych komentarzy do ustawy Prawo zamówień publicznych prowadzi do wniosku, iż żaden z autorów nie wyraził poglądu, zgodnie z którym dopuszczalne jest samodzielne przedłużanie terminu związania ofertą. Część autorów wcale nie odnosi się do tej kwestii, dopuszczając jedynie przedłużanie tego terminu jednokrotnie w trybie art. 85 ust. 2 Pzp na wniosek Zamawiającego. Natomiast inni autorzy wprost wykluczają tego rodzaju możliwość. I tak, zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez P. Graneckiego: „Wykonawca nie ma uprawnienia do „samodzielnego określenia terminu związania ofertą, gdyż prowadziłoby to

do naruszenia zasady legalizmu postępowania (art. 7 ust. 3) oraz zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1)."- P. Granecki, w:., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, CH BECK, Warszawa 2007, str. 243. Zdaniem 1. Pieroga: „*Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość przedłużenia terminu związania ofertą już po otwarciu ofert. Może to jednak nastąpić tylko jeden raz i zostać dokonane co najmniej na 7 dni przed upływem terminu związania ofertą. Ponadto może to mieć miejsce tylko w uzasadnionych przypadkach, a maksymalny okres przedłużenia wynosi 60 dni, niezależnie od tego, jaki pierwotnie został ustalony termin związania ofertą. Z inicjatywą przedłużenia terminu związania ofertą może wystąpić zamawiający, natomiast przedłużenie staje się skuteczne tylko wobec tych wykonawców, którzy wyrażą na to zgodę.*”- J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 8, CH BECK, Warszawa 2007, str. 282 -283. W literaturze zwraca się również uwagę, iż: „*Zasadą jest, że określony przez zamawiającego termin (okres), w którym wykonawca jest związany ofertą powinien być ostateczny. Przedłużanie tego terminu stanowi wyjątek od zasady, dlatego ustawodawca wymaga, aby miał on miejsce jedynie "w uzasadnionych przypadkach"*” - W. Łysakowski, w:., Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, pod red. T. Czajkowskiego. UZP W-wa 2007, str. 293). Ponadto podnosi się, iż: „*Cywilistyczna zasada związania ofertą została wyrażona w art. 66 K.c. Zgodnie z nią oferent jest związany stanowiącym ofertę oświadczeniem woli zawarcia umowy złożonym drugiej stronie i w oznaczonym w ofercie terminie nie może zwolnić się z obowiązku zawarcia umowy na warunkach przedstawionych w ofercie. Prawo zamówień publicznych modyfikuje tę cywilistyczną konstrukcję wprowadzając rozwiązanie, zgodnie z którym to nie oferent (według prawa zamówień wykonawca) - składając ofertę wskazuje termin, w którym oczekuje odpowiedzi - ale Zamawiający w SIWZ określa, jak długo będzie trwał okres związania ofertą wykonawców, którzy złożą oferty w postępowaniu.*” - W. Dzierżanowski, w:., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. Wolters Kluwer, W-wa 2007, str. 311-312). Przeciwno możliwości samodzielnego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą przemawiają też istotne względy konstrukcyjno-prawne. Bezspornym jest, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter cywilnoprawny, a jeżeli przepisy Ustawy nie stanowią inaczej, przepisy Kodeksu cywilnego stosuje się wprost (art. 14 Pzp). Zamieszczenie przez zamawiającego ogłoszenia o wszczęciu postępowania oraz SIWZ należy traktować jako ofertę zawarcia przyszłego stosunku przetargowego. Istotne warunki tego stosunku wyznacza właśnie ogłoszenie i SIWZ. W tej sytuacji złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi do nawiązania stosunku przetargowego (tzw. umowy przetargowej). Już w latach 80-tych w polskiej doktrynie prawniczej wyrażono - uznany aktualnie - pogląd, w myśl którego złożenie oferty w przetargu wywiera dwa skutki prawne. Pierwszy skutek wyraża się w związaniu oferenta złożoną przez niego ofertą, drugi zaś - polega na zaakceptowaniu propozycji - ogłaszającego

przetarg (Zamawiającego) co do dalszego trybu postępowania przetargowego -dochodzi do zawarcia porozumienia przetargowego, kreującego stosunek przetargowy (G. Ćmikiewicz: „*Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy*”, Problemy Prawne Handlu Zagranicznego, t. 7, Katowice 1983 r., z nowszej literatury Z. Radwański w: System prawa prywatnego. Prawo cywilne - część ogólna. Tom 2, W-wa 2002 r., R. Szostak, „*Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*”, Kraków 2005). Celem tego stosunku jest doprowadzenie do wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonawca składając ofertę w postępowaniu, właśnie z uwagi na nawiązanie stosunku przetargowego, nie może skutecznie odwołać swojego oświadczenia woli. Pogląd ten dość jednolicie prezentowany jest w nauce prawa (G. Ćmikiewicz, *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy*, str. 14, Z. Radwański w: System prawa prywatnego. Prawo cywilne - część ogólna. Tom 2, W-wa 2002 r., str. 31, W. Kocot, *Zawieranie umów sprzedaży według Konwencji Wiedeńskiej*, W-wa 1998 r., str. 98).

Oczywiście tylko wyjątkowo jest to dopuszczalne na gruncie kodeksu cywilnego - zgodnie z art. 662 § 2 K.c. w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami oferta może być odwołana przed zawarciem umowy, jeżeli oświadczenie o odwołaniu zostało złożone drugiej stronie przed wysłaniem przez nią oświadczenia o przyjęciu oferty. Z przyczyn oczywistych ta wyjątkowa regulacja nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie, skoro oferta Odwołującego nie została złożona innemu przedsiębiorcy. Powyższe implikuje niedopuszczalność, co do zasady możliwości dokonywania zmiany terminu związania ofertą, albowiem w istocie prowadziłoby to do modyfikacji lub odwołania oferty w tym zakresie, w jakim podlega ona zmianie. Skoro doszło do nawiązania umowy przetargowej, to możliwość dokonania jednostronnej zmiany tej umowy (a do tego w istocie sprowadzałoby się samodzielne dokonanie przedłużenia terminu związania ofertą) musi znajdować swoje oparcie w określonej normie kompetencyjnej. Krótko mówiąc, wykonawca musi posiadać odpowiednie uprawnienie, które wynikać może bądź z przepisu prawa, bądź też z umowy. W tym przypadku normy takiej brak. Z całą pewnością przepis art. 85 ust. 2 Pzp, w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r., nie uprawniał wykonawców do samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą. Wykonawca mógł przedłużyć ważność oferty tylko raz i to na wezwanie zamawiającego, złożone na co najmniej 7 dni przed upływem terminu związania ofertą. Kwestia ta zostanie rozwinięta w dalszej części odwołania. Również treść stosunku przetargowego, wyznaczonego ogłoszeniem oraz SIWZ, nie zezwalała na samodzielne przedłużanie terminu związania ofertą, albowiem recypowała jedynie treść art. 85 ust. 2 Pzp w poprzednim brzmieniu.

Skoro dopuszczalność samodzielnego przedłużania ofert przez wykonawców nie była

oczywista w orzecznictwie oraz literaturze, zaś akceptowana przez Zamawiającego, to powinien dać on temu wyraz w SIWZ, aby wszyscy wykonawcy mieli świadomość możliwości korzystania z tego rozwiązania. Jednakże ani w SIWZ, ani też w na późniejszym etapie postępowania Zamawiający nie wskazał, iż dopuszczalne będzie samodzielne przedłużanie przez wykonawców terminu związania ofert, tym bardziej, iż znane mu było orzecznictwo w tym zakresie. W Rozdz. IX SIWZ Termin związania ofertą, w pkt 2 zd. 2, Zamawiający przytoczył jedynie dyspozycję art. 85 ust. 2 Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania. W tym czasie Zamawiający mieć powinien wiedzę na temat uchwalonych zmian do Pzp, mocą których zmieniano treść art. 85 ust. 2 Pzp (ustawa została uchwalona w dniu 4.09.2008 r., zaś SIWZ nosi datę 18.09.2008 r.), wprowadzających możliwość samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą przez wykonawców. Ponadto Odwołujący, wnosząc w dniu 7.05.2009 r. protest na zaniechania wezwania go do złożenia wyjaśnienia dotyczących treści oferty i/lub uzupełnienia dokumentów, podniósł w uzasadnieniu protestu okoliczność, iż: *"okres „ważności” złożonych w przetargu ofert lada dzień wygaśnie"*, a więc zwracał uwagę, iż jego zdaniem nie jest możliwe samodzielne przedłużanie terminu związania ofertą Zamawiający rozstrzygając protest pismem z dnia 15.05.2009 r. nie odniósł się do wątpliwości Wykonawcy o upływającym terminie związania ofertą. Gdyby więc prowadził postępowanie z zachowaniem - wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp - zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, to chociażby w rozstrzygnięciu protestu powinien wskazać, iż jego zdaniem przedłużenie terminu, związania ofertą przez wykonawców jest dopuszczalne. Zasada przejrzystości Pzp oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania zaś zamawiający podejmują przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ujawnionych kryteriów. Wykonawca jest w stanie z góry przewidzieć, o co chodzi w postępowaniu i jakie posiada szanse związane z udziałem w konkretnej procedurze. Rozróżnia się przejrzystość ex-ante i ex post. Obowiązek przejrzystości ex-ante oznacza przede wszystkim, iż przedsiębiorstwo z siedzibą w innym państwie członkowskim ma dostęp do odpowiednich informacji odnoszących się do zamówienia przed jego udzieleniem i w konsekwencji jest w stanie wyrazić swoje ewentualne zainteresowanie otrzymaniem takiego zamówienia (wyrok ETS z 21.07.2005 r. w sprawie C-231/03 Coname). Dla zachowania przejrzystości ex-ante konieczne jest również m.in. zapewnienie uprzedniego podania dokładnych informacji na temat kryteriów kwalifikacji oraz kryteriów udzielenia zamówienia (w ogłoszeniu lub dokumentacji przetargowej) - wyrok ETS z 12.12.2002 r., C-470/99. Również w opinii z dnia 11.06.2008 r. - sporządzonej na zlecenie Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu do powyższego projektu nowelizacji ustawy - autorstwa dr Agnieszki Sołtysińskiej, podniesiono, co następuje, cyt.: *"Kolejne zmiany dotyczące przyznania wykonawcy, uprawnienia do samodzielnego przedłużania terminu*

związania ofertą pozwalają na prowadzenie postępowania i zawarcie umowy w sytuacji, gdy zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy z takim wnioskiem -nowelizowany przepis jest uzasadniony: skoro wykonawca może przedłużyć termin związania ofertą na wniosek zamawiającego, to również może to uczynić z własnej inicjatywy. Omawiany przepis pozostawia nadal zamawiającym uprawnienie do jednokrotnego zwrócenia się o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, aczkolwiek nie precyzuje - jak w obecnym stanie prawnym - że powinno to nastąpić co najmniej na siedem dni przed upływem terminu związania ofertą. Z proponowanych zmian wynika również, iż przedłużenie terminu nie musi nastąpić jedynie w "uzasadnionych przypadkach", co jest z pewnością konsekwencją przyznania wykonawcom prawa do inicjatywy w zakresie wyrażania zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.". Nowelizacja ustawy, zgodnie z powyższymi uwagami, nie zmierzała więc do rozstrzygnięcia istniejących wątpliwości na korzyść jednego ze stanowisk, lecz miała charakter prawotwórczy, a więc zmierzała do ewidentnej zmiany obowiązującego prawa. Mając na względzie dyrektywę racjonalnego prawodawcy nie można pozbawić znaczenia jurydycznego nowelizacji dokonanej przez ustawę z dnia 4.09.2008 r. W konsekwencji nie sposób się zgodzić z poglądem prezentowanym przez Zamawiającego, iż był zobowiązany do uwzględnienia oświadczeń woli wyrażonych przez poszczególnych wykonawców, a przeciwnie działanie naruszałoby zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Nie dość, że Zamawiający nie wskazał, jakie są ustalone zwyczaje w tym zakresie, to właśnie nie poinformowanie wykonawców o akceptowanych przez Zamawiającego zasadach przedłużania terminu związania ofertą narusza zasady współzycia społecznego, a nadto zasadę uczciwej konkurencji. Indywidualne przedłużanie terminu związania ofertą przez każdego z wykonawców prowadzi w konsekwencji do sytuacji, gdy termin związania ofertą przez każdego z wykonawców jest inny. Trudno więc mówić o porównywalności ofert. Nadto, skoro Zamawiający może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej jedynie w terminie związania ofertą, a terminy te są różne, to taka interpretacja daje Zamawiającemu prawo do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w takim momencie, gdy ważność jednej z ofert wobec jej nieprzedłużenia wygasa, a inna oferta nadal jest ważna, co w oczywisty sposób nie tylko kłóci się z zasadą równego traktowania wykonawców, ale daje pole do nadużyć. Wskazał także, jak w proteście, że katalog podstaw unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, określony art. 93 ust. 1 Pzp, ma charakter obligatoryjny. Skutkiem tego zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy zaistnieje jedna z opisanych w tym przepisie okoliczności. W szczególności art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi, iż zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Kopie treści odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym z postanowieniami SIWZ, treścią ofert, po wysłuchaniu oświadczeń woli, jak i stanowiska stron i uczestników postępowania na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

W następnej kolejności Izba ustaliła, że: *„Podzielając stanowisko zawarte w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych z 2004 r. „Środki ochrony prawnej – poradnik”, autorstwa Waldemara Łysakowskiego rozdział III skład orzekający uznał, iż brak jest materialno-prawnej przesłanki warunkującej skuteczność wniesienia środka ochrony prawnej przez Odwołującego w postaci interesu prawnego (art. 179 ust. 1). W związku z tym, stosując wykładnię gramatyczną i systemową powołanego wyżej przepisu, należy przyjąć, że wykazanie przez Odwołującego interesu prawnego jest jego obowiązkiem przy korzystaniu z każdego środka ochrony prawnej. Charakter prawny wymienionej przesłanki oznacza, że jej niewykazanie przez wnoszącego środek ochrony prawnej skutkuje oddaleniem wniesionego środka ochrony prawnej nawet wtedy, gdy środek ten jest merytorycznie uzasadniony, tj. zostało wykazane naruszenie przez zamawiającego przepisów Ustawy PZP, czy przepisów zawartych w aktach wykonawczych wydanych na tej podstawie.”* (wyrok KIO z dnia 19.12.2007 r., sygn. akt. KIO/UZP 1431/07). Ponadto, z uwagi na materialno - prawny charakter interesu prawnego podlega on rozpoznaniu na rozprawie.

Interes prawny istnieje wówczas, gdy w konkretnym, toczącym się postępowaniu, w wyniku naruszenia prawa przez Zamawiającego Wykonawca traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą (por. SO w Białymstoku z 31.03.2006 r., sygn. akt: II Ca 104/06, SO w Warszawie z 21.03.2006 r., sygn. akt: V Ca 2402/05). W przedmiotowym stanie faktycznym nie miało to miejsca. Ponadto, Izba podkreśla, że istnienie interesu prawnego powinno być nadto udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 16.06.2005 r., sygn. akt: II Ca 327/05).

Odwołujący wnosił o uwzględnienie środka ochrony prawnej oraz unieważnienie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej oceny ofert, dokonanie czynności zaniechanej, tj. wykluczenia Konsorcjum PwC z udziału w postępowaniu, względnie: unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazywał naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 46 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Izba zwraca uwagę, że Odwołujący wskazywał w proteście: „W przypadku prawidłowego postępowania Zamawiającego oferta Protestującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Protestujący wnosząc protest dąży do uzyskania zamówienia i posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, wyrażający się we wnoszeniu środków ochrony prawnej w celu zapewnienia prawidłowości procedury o udzielenie zamówienia publicznego, by zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego nie była dotknięta sankcją nieważności. W razie przyjęcia poglądu, że ważność wszystkich ofert uległa wygaśnięciu z uwagi na niemożność samodzielnego przedłużenia okresu związania ofertą przez wykonawców, to dokonanie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej po upływie okresu związania ofertą oraz zaniechanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania, oznacza, że zachodzą przesłanki nieważności umowy z mocy prawa zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp”. Jednakże, w ocenie Izby Odwołujący nie ma interesu prawnego, a przytoczone powyżej jego uzasadnienie jest błędne, tzn. niezgodne ze stanem faktycznym i prawnym. Poza tym, w odniesieniu do Odwołującego można mówić nie tylko o braku faktycznej możliwości uzyskania zamówienia, ale również o potencjalnej możliwości. Ponadto, teza o naruszeniu interesu prawnego Odwołującego z uwagi na zawarcie w wyniku przedmiotowego postępowania nieważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego jest także błędna.

Odwołujący złożył skutecznie ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże kwestią zasadniczą dla ustalenia interesu prawnego po stronie Odwołującego jest kwestia terminu związania ofertą, a ściślej stwierdzenia, czy oferta Odwołującego tak w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i w dniu jego wykluczenia z udziału w postępowaniu, a zarazem w dniu protestu była ofertą ważną, tj. czy Wykonawca był nią związany.

Izba z uwagi na wynikające z tych ustaleń skutki odniesie się do twierdzeń Odwołującego z tym związanych zawartych w środkach ochrony prawnej, jak i na rozprawie, w pozostałym zakresie uznając brak konieczności rozpatrywania merytorycznego zarzutów.

Po pierwsze, Izba dokonała następujących ustaleń po ponownym przeliczeniu wszystkich wskazywanych przez Odwołującego terminów.

Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 30.10.2008 r. - (60 dniowy pierwotny termin związania ofertą wynikający z Rozdz. IX pkt 1 i 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”) – upływał w dniu 28.12.2008 r.

W dniu 04.12.2008 r. wpłynął protest (protest nr 1). Konsekwencją niniejszego było zawieszenie biegu terminu związania ofertą (pozostawało 25 dni pierwotnego terminu związania ofertą) do dnia 22.12.2008 r., czyli na 18 dni, tj. do dnia ostatecznego rozstrzygnięcia protestu (zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, rozstrzygnięcie protestu faxem w dniu 12.12.2008 r. było ostateczne z upływem terminu na wniesienie odwołania). Po

ustaniu w dniu 22.12.2008 r. stanu zawieszenia, pierwotny termin związania ofertą kontynuował swój bieg począwszy od dnia 23.12.2008 r. i upływał po dodaniu zaległych 25 dni – 16.01.2009 r.

Pismem z dnia 22.12.2008 r. Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 19.12.2008 r. złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o wyznaczony okres 60 dni zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp, a wadium (w pieniądzu) do dnia 09.03.2009 r.

Na tym etapie postępowania przedłużony okres związania ofertą rozpoczynał bieg w dniu 17.01.2009 r., a upływał 17.03.2009 r.

W dniu 13.02.2009 r. wpłynęły 2 protesty (protest nr 2 i 3). Konsekwencją niniejszego było zawieszenie biegu terminu związania ofertą (pozostawało 33 dni przedłużonego terminu związania ofertą) do dnia 03.04.2009 r., czyli na 50 dni, tj. do dnia wydania orzeczenia przez KIO zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 Pzp. Po ustaniu w dniu 03.04.2009 r., stanu zawieszenia, przedłużony termin związania ofertą kontynuował swój bieg począwszy od dnia 04.04.2009 r. i upływałby po dodaniu zaległych 33 dni – 06.05.2009 r.

Jednakże w dniu 17.04.2009 r. wpłynął protest (protest nr 4). Konsekwencją niniejszego było zawieszenie biegu terminu związania ofertą (pozostawało 20 dni przedłużonego terminu związania ofertą, upłynęło tylko 13 dni z 33 zaległych, w 14 był protest) do dnia 07.05.2009 r., czyli na 21 dni, tj. do dnia ostatecznego rozstrzygnięcia protestu (zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, rozstrzygnięcie protestu w dniu 27.04.2009 r. było ostateczne z upływem terminu na wniesienie odwołania).

Na tym etapie postępowania zawieszenie nie ustało, gdyż w dniu 07.05.2009 r. wpłynął protest (protest nr 5). Konsekwencją niniejszego było dalsze zawieszenie biegu terminu związania ofertą do dnia 25.05.2009 r. czyli na 18 dni, tj. do dnia ostatecznego rozstrzygnięcia protestu (zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, rozstrzygnięcie protestu w dniu 15.05.2009 r. było ostateczne z upływem terminu na wniesienie odwołania).

W rezultacie obu protestów zawieszenie terminu związania ofertą trwało przez okres 39 dni. Po ustaniu w dniu 25.05.2009 r. stanu zawieszenia, przedłużony termin związania ofertą kontynuował swój bieg począwszy od dnia 26.05.2009 r. i upływał po dodaniu zaległych 20 dni – 14.06.2009 r. Począwszy od 15.06.2009 r. Odwołujący nie był związany złożoną ofertą.

Ponadto, Izba wskazuje, że Odwołujący pismem z dnia 06.03.2009 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.02.2009 r. dotyczące przedłużenia ważności wadium (art. 181 ust. 2a Pzp), złożył oświadczenie, że przedłuży ważność oferty oraz ważność wadium na czas niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów, tj. do dnia 15.05.2009 r. Powyższe wynikało z trwającego na tym etapie postępowania protestacyjno – odwoławczego zakończonego

wydaniem orzeczenia przez KIO w dniu 03.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 268/09, sygn. akt: KIO/UZP 270/09.

Dodatkowo Odwołujący pismem z dnia 07.05.2009 r., po raz drugi złożył oświadczenie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.02.2009 r., że przedłuży ważność oferty oraz ważność wadium na czas niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów, tj. do dnia 08.06.2009 r. Powyższe oświadczenie wynikało, jak wynika z analizy dokumentacji, ponad rocznego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na skutek zbliżającego się upływu terminu związania ofertą wskazanego przez Odwołującego pismem z dnia 06.03.2009 r., co wynika jednoznacznie z protestu, który złożył Odwołujący w dniu 07.05.2009 r. Niniejszy protest był także okolicznością, która spowodowała złożenie przez Odwołującego oświadczenia pismem z dnia 07.05.2009 r.

W konsekwencji dokonanych ustaleń Izba stwierdza w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, że w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu (pismo z dnia 15.07.2009 r., otrzymane przez Odwołującego w dniu 16.07.2009 r.) nie był Odwołujący uczestnikiem przedmiotowego postępowania od prawie miesiąca. Utrata statusu Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu nie została spowodowana naruszeniem przepisów przez Zamawiającego, ale nastąpiła na skutek braku przedłużenia okresu związania swoją ofertą przez Odwołującego, co Wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia winien był uczynić. W rezultacie Odwołujący nie może już uzyskać przedmiotowego zamówienia publicznego.

Stanowisko przedstawione na rozprawie o konieczności wliczenia w termin związania ofertą czasookresów zawieszenia, które w przedmiotowym stanie faktycznym miały miejsce 5-ciokrotnie, najdłuższe 50 dni jest nieuprawnione. Orzecznictwo w swej przeważającej większości nie dopuszcza takiej możliwości, a ewentualne odosobnione przypadki należy rozpatrywać na danym stanie faktycznym w powiązaniu z określonymi okolicznościami. Także przedstawiciele doktryny nic nie mówią o takim działaniu wręcz przeciwnie wskazują, że: *„Poprzez analogie do zawieszenia biegu terminu przedawnienia roszczeń (art. 121 § 1 k.c.) – w okresie zawieszenia bieg terminu związania ofertą nie biegnie, po ustaniu zaś stanu zawieszenia kontynuuje swój bieg.”*(M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski: *„Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz”*, wyd. 3, W-wa 2007, str. 660).

Jak z powyższego wynika, chodzi tylko i wyłącznie o kontynuację terminu związania ofertą po upływie czasookresu zawieszenia, czyli przesunięcie w czasie jego dalszego biegu z uwagi na wnoszone środki ochrony prawnej.

Ponadto, Izba wskazuje, że złożone przez Odwołującego oświadczenia miały miejsce w określonych stanach faktycznych wynikających z okoliczności związanych z kolejnymi etapami postępowania. Abstrahowanie od powyższego i negowanie wyraźnie wskazanych

dat kalendarzowych jest niedopuszczalne. Byłoby to działanie sprzeczne z ich wyraźnym brzmieniem i okolicznościami w jakich zostały złożone. Twierdzenie, że chodziło o zapewnienie ważności oferty na czas niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów w sensie ogólnym (czyli poprzez wskazywanie pewnego zdarzenia), a nie odnoszącym się do danych protestów (w pierwszym wypadku – protest nr 2 i 3, w drugim wypadku protest samego Odwołującego nr 5) jest nieporozumieniem. W pismach jest mowa wyraźnie o terminach wskazanych w datach kalendarzowych.

Dodatkowo, Odwołujący argumentował, że pismem z dnia 06.03.2009 r. przedłużył termin związania ofertą o 71 dni, a pismem z dnia 07.05.2009 r. o kolejne 31 dni. Izba wskazuje, że powyższe wynika dopiero z protestu Odwołującego złożonego w dniu 27.07.2009 r., czyli po 4, 3 miesiącach od ich złożenia. W ocenie Izby jest to próba konwalidowania złożonych oświadczeń *ex post*. Z całokształtu dokumentacji m.in. z protestu 07.05.2009 r. wynika, że Odwołujący miał świadomość upływającego terminu związania ofertą. W tym dniu dokonał określonych czynności w wyniku, których zawiesił bieg przedłużonego terminu związania ofertą oraz złożył nowe oświadczenie. Jeżeli w dniu 07.05.2009 r. Odwołujący wiedział, że jego oświadczenie wskazujące na 15.05.2009 r. upływa za kilka dni. Wobec tego także na początku czerwca 2006 r. także miał niezbędną wiedzę w tym zakresie, tj. o zbliżającym się terminie wynikającym z oświadczenia złożonego 07.05.2009 r. W ocenie Izby Odwołujący wiedział także o upływie terminu związania ofertą przedłużonego na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp, gdyż skutek zawieszający jego bieg, jako rezultat wnoszenia środków ochrony prawnej jest wiedzą powszechnie znaną. A wiedza wykazywana przez Odwołującego w tym zakresie na rozprawie dodatkowo powyższe bezsprzecznie potwierdza.

Poza tym, w ocenie Izby brak podstaw do uznania, że fakt wskazywania w oświadczeniach terminu związania ofertą poprzez wskazanie daty kalendarzowej, będący *de facto* działaniem sprzecznym z interesem Odwołującego, czyni takie wskazanie bezskutecznym. W rezultacie zmuszając do uznania, że oświadczenia wskazują pewne zdarzenie. Niniejsze stanowisko jest niezrozumiałym. W ocenie Izby Odwołujący ponosi odpowiedzialność za składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenia, tak samo jak i Zamawiający. Negowanie wskazanych oświadczeń, jako skracających termin związania ofertą nie może bowiem prowadzić do wybierania określonych ich fragmentów na użytek okoliczności, które zaistniały po 3, 4 miesiącach od ich złożenia. Ewentualnym skutkiem, który *de facto* zaistniał w przedmiotowym stanie faktycznym jest okoliczność wynikająca ze stanu faktycznego. Termin związania ofertą nie upływał bowiem w dniu 08.06.2009 r., ale 14.06.2009 r.

Ponadto, aby skutecznie wskazać na interes prawny Odwołującego polegający na prawie do kontroli Zamawiającego w kontekście zawarcia ważnej umowy, obowiązkiem Odwołującego było wskazanie rażącego naruszenia przepisu Pzp, albo takiego naruszenia przepisu, które miało wpływ na wynik postępowania. Nie każde bowiem naruszenie przepisów Pzp skutkuje nieważnością umowy w trybie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu także to nie miało miejsca albowiem, w ocenie Izby okoliczności nie wskazują, aby utrata statusu Wykonawcy przez Odwołującego była wynikiem działania Zamawiającego. Niezależnie bowiem od celu wnoszenia środka ochrony prawnej (tzn. dla uzyskania zamówienia albo dla ważności ewentualnej umowy) Odwołujący utracił legitymacje do ich wnoszenia. W dniu 27.07.2009 r., jak i 13.08.2009 r. czyli gdy Odwołujący składał odpowiednio protest i wnosił odwołanie, czyli środki ochrony prawnej faktycznie nie był już uczestnikiem przedmiotowego postępowania.

Z uwagi na brak interesu prawnego Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku odnoszenia się merytorycznie do podniesionych przez Odwołującego zarzutów, co też czyni opierając się w tym względzie na wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 05.05.2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: *„Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Nie mniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić”.*

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną fakturą.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....