

WYROK
z dnia 6 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2017 r. przez wykonawcę: **E.K-S., prowadząca działalność pod firmą E-B. E.K-S., (...)** K. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina K-J., (...)** K-J. w przedmiocie „*świadczenia usług w zakresie konserwacji oświetlenia drogowego na terenie gminy Konstancin - Jeziorna*”

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **E.K-S., prowadząca działalność pod firmą E-B. E.K-S., (...)** K., i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **E.K-S., prowadząca działalność pod firmą E-B. E.K-S., (...)** K., tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **E.K-S., prowadząca działalność pod firmą E-B. E.K-S., (...)** K. na rzecz zamawiającego: **Gmina K-J., (...)** K-J. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*świadczenie usług w zakresie konserwacji oświetlenia drogowego na terenie gminy Konstancin - Jeziorna*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 listopada 2016 r. pod numerem 351821.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, wskazując na naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Z.U.E. E. M.P., pomimo, iż to oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż przedłużył on termin związania ofertą oraz wniósł wadium na przedłużony okres w sposób ważny w świetle obowiązujących przepisów.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności wyboru i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Odwołujący wniósł również o przeprowadzenie dowodu:

- 1) z zeznań świadka M.K. na okoliczność, iż był obecny podczas składania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium przez E.K.S. w dniu 30 grudnia 2016 r. w okolicach godz. 10:00 w siedzibie Zamawiającego, jak również na okoliczność, iż w okolicach godziny 12:00 - 13:00 przebywał wraz z E.K.S. w Urzędzie w Górze Kalwarii, gdzie E.K.S. podpisywała umowę w zakresie konserwacji oświetlenia na terenie Gminy Góra Kalwaria i dokonywała szczegółowego omówienia warunków realizacji umowy i świadczenia usługi,
- 2) z zeznań strony E.K.S. na okoliczność składania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium w dniu 30 grudnia

2016 r. w okolicach godz. 10:00 w siedzibie Zamawiającego, jak również na okoliczność, iż w okolicach godziny 12:00 - 13:00 przebywała w Urzędzie w Górze Kalwarii, gdzie podpisywała umowę w zakresie konserwacji oświetlenia na terenie Gminy Góra Kalwaria i dokonywała szczegółowego omówienia warunków realizacji umowy i świadczenia usługi oraz na okoliczność daty sporządzenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą z dnia 30 grudnia 2016 r.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że w dniu 19 grudnia 2016 r. Zamawiający dokonał po raz pierwszy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, uznając za najkorzystniejszą ofertę Odwołującego. Jednakże już w dniu 29 grudnia 2016 r. Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu przedmiotowej czynności, ze względu na powzięcie wątpliwości, co do braku występowania wobec Odwołującego przesłanek do wykluczenia. Termin związania ofertą miał upłynąć 4 stycznia 2017 r.

W związku z przedłużającym się postępowaniem Zamawiający, na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, może wezwać wykonawcę w celu przedłużenia terminu związania ofertą co najmniej na 3 dni przed upływem tego terminu, jednakże Odwołujący postanowił samodzielnie dokonać przedłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący chciał zachować pełną ostrożność i należytą staranność, zwłaszcza, że w kontekście art. 85 ust. 2 ustawy Pzp mowa jest jedynie o uprawnieniu Zamawiającego do wzywania wykonawcy, a ponadto, upływ terminu związania ofertą następował w okresie świątecznym, kiedy funkcjonowanie urzędów jest ograniczone.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Odwołujący w dniu 30 grudnia 2016 r. dokonał samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium o okres 30 dni. Powyższej czynności dokonała E.K.S., składając stosowne oświadczenie w Kancelarii Zamawiającego około godz. 10.00. Pewność Odwołującego co do godziny przedłożenia oświadczenia Zamawiającemu wynika z faktu, iż w dniu 30 grudnia 2016 r. E.K.S. dokonywała szczegółowych badań morfologii krwi w zakresie testu obciążenia glukozą (pobranie krwi na czczo, po godzinie i po dwóch godzinach) w L.L. na (...) w godz. 9.00 - 11.30, gdzie między godz. 9.00 a 10.30 (kolejnym pobraniem krwi) zdołała złożyć pismo w siedzibie Zamawiającego. Świadkiem dokonania czynności składania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą był mąż E.K.S., M.K.. Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył oświadczenie E.K.S. z dnia 20 stycznia 2017 r. oraz oświadczenie M.K. z dnia 20 stycznia 2017 r.

Dalej Odwołujący podał, że niestety żaden z pracowników Zamawiającego nie potwierdził na dokumencie godziny odebrania przedmiotowego pisma w momencie jego złożenia. Z informacji uzyskanych od Zamawiającego wynika, iż w praktyce dokładną godzinę złożenia pisma podaje się tylko w przypadku pism, dla których przewidziano termin

składania w formie daty i godziny. Ponieważ dla oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą nie przewidziano godzinowej cezurę czasowej, na oświadczeniu Odwołującego nie zamieszczono daty na moment jego złożenia, lecz godzinę późniejszą, tj. 12:55.

Tymczasem, jak wskazano, Odwołujący nie mógł złożyć oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą około godziny 12:55, ponieważ w tamtym czasie, tj. w godzinach 12:00 - 13:00, E.K.S. podpisywała umowę w Urzędzie w Górze Kalwarii, w zakresie konserwacji oświetlenia na terenie Gminy Góra Kalwaria i dokonywała szczegółowego omówienia warunków realizacji umowy i świadczenia usługi. Świadkiem tych czynności był mąż E.K.S., M.K.. Na dowód powyższego przedłożono ww. oświadczenia.

Powyższe okoliczności są istotne, w ocenie Odwołującego, ze względu na fakt, iż o godz. 10:28 Odwołujący otrzymał pismo od Zamawiającego, zawierające wezwanie na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp do przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium lub wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Ponieważ Odwołujący dokonał ważnego przedłużenia terminu związania ofertą, składając stosowne oświadczenie jeszcze przed wezwaniem, jak podał, nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego.

Najwyraźniej jednak, zdaniem Odwołującego, ze względu na brak potwierdzenia dokładnej godziny złożenia oświadczenia Odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą, Zamawiający potraktował oświadczenie złożone przez E.K.S. w dniu 30 grudnia 2016 r. jako odpowiedź na swoje wezwanie. Zamawiający widząc, iż na żądanie przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni, Odwołujący przedłużył ten termin o 30, uznał takie oświadczenie jako brak zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp i z tego względu dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Taki wniosek, zdaniem Odwołującego, można wyciągnąć z treści lakonicznego uzasadnienia czynności o odrzuceniu oferty Odwołującego.

W świetle okoliczności sprawy, w ocenie Odwołującego, nie można się zgodzić z czynnością Zamawiającego, tj. z odrzuceniem oferty Odwołującego. Nie sposób bowiem uznać, że Odwołujący nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą, a zatem nie można stwierdzić, iż w przedmiotowej sprawie występuje przesłanka odrzucenia oferty, wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Ze względu na pomyłkę, Zamawiający potraktował oświadczenie Odwołującego jako odpowiedź na swoje wezwanie. Tymczasem, Odwołujący skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazany przepis przewiduje dwa sposoby przedłużenia terminu związania ofertą: w formie odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, jak również samodzielnie przez wykonawcę, przy czym obie formy stanowią jedynie

uprawnienie stron postępowania. Odwołujący miał zatem prawo do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, co też uczynił.

Odwołujący wskazał, że powyższe uprawnienie wykonawcy potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 grudnia 2014 r., sygn. akt: KIO 2514/14: *„Przepis art. 85 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) daje wykonawcy prawo do samodzielnego, dowolną ilość razy przedłużenia terminu związania ofertą. To zatem wykonawca, wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą bądź samodzielnie przedłużając niniejszy termin podejmuje decyzję o dalszym udziale w postępowaniu. Na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym zobowiązanym do działania z należytą starannością ciąży podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”*.

Dalej Odwołujący podniósł, że działanie Odwołującego jest o tyle skuteczne i ważne, iż jednocześnie dokonał on przedłużenia ważności złożonego wadium, a ponadto oświadczenie to stanowi formę samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, o czym świadczy fakt sporządzenia tego oświadczenia już w dniu 29 grudnia 2016 r., co potwierdza wewnętrzna korespondencja Odwołującego. Na dowód powyższego przedłożył korespondencję e-mail E.K.S. z dnia 29 grudnia 2016 r. wraz z załącznikiem.

Odwołujący zauważył, że powyższa korespondencja potwierdza fakt, iż oświadczenie złożone w dniu 30 grudnia 2016 r. w siedzibie Zamawiającego zostało sporządzone już w dniu 29 grudnia 2016 r., a zatem na dzień przed wezwaniem Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący podkreślił, iż projekt oświadczenia jest tej samej treści, co złożone oświadczenie w dniu 30 grudnia 2016 r., a zatem należy wykluczyć hipotezę Zamawiającego, iż pismo z dnia 30 grudnia 2016 r. stanowi odpowiedź na wezwanie Zamawiającego.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, należy przyjąć wersję, iż Odwołujący dokonał samodzielnie przedłużenia terminu związania ofertą, do czego był uprawniony. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest o tyle nieprawidłowa, że Zamawiający dokonał jej, pomimo, iż okoliczności sprawy nie są jednoznaczne.

Dziwi, w opinii Odwołującego, że Zamawiający nie powziął wątpliwości co do działania Odwołującego i uznał, iż Odwołujący nie ma woli dalej uczestniczyć w postępowaniu, pomimo, że złożył on stosowne dokumenty na wezwanie wystosowane w dniu 30 grudnia 2016 r. Zamawiający powinien zatem zastanowić się, w jakim celu Odwołujący składa wyjaśnienia i dokumenty na wezwanie z dnia 30 grudnia 2016 r., a jednocześnie nie przedłuża terminu związania ofertą o żądane 60 dni. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien się również zastanowić nad tym, dlaczego Odwołujący zgadza się na przedłużenia terminu związania ofertą o 30 dni, a nie o 60, jak

wynikało z wezwania.

W ocenie Odwołującego, powyższe wątpliwości nie zostały rozwiane, zaś sam Zamawiający arbitralnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo, iż wszelkie okoliczności przemawiały za tym, iż wyrażał on wolę dalszego uczestnictwa w postępowaniu. W tym miejscu Odwołujący wskazał na liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące terminu związania ofertą.

Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 21 maja 2013r., sygn. akt: KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13, w którym Izba stwierdziła, że: *„(...) upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany jako nieskutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z tego postępowania”*.

Z kolei, jak zauważył Odwołujący, Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. akt: XXIII Ga 924/14 stwierdził, iż: *„Zdaniem Sądu Okręgowego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie można przyjąć, iż wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wykonawca wielokrotnie składał oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i nawet w przypadku wystąpienia ewentualnych kilkudniowych przerw w związaniu ofertą nie można przyjąć, że wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. W takim stanie rzeczy nie można mówić o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji, czy równego traktowania wykonawców (art 7 ust.1 p.z.p.). Zdaniem Sądu Okręgowego wola wykonawcy co do przedłużenia okresu związania ofertą oraz chęci zawarcia umowy, nie budziła w realiach przedmiotowej sprawy żadnych wątpliwości. Kilkakrotne pisemne oświadczenia, powiązane z faktycznym zabezpieczeniem oferty wadium, jednoznacznie wskazują wolę wykonawcy zawarcia umowy i nie ma tu miejsca na interpretację tego stanu faktycznego w kierunku uznania braku wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą”*.

Odwołujący dostrzegł, że wyżej zacytowane orzeczenia, co prawda dotyczą stanu prawnego sprzed ostatniej nowelizacji, jednakże nie tracą na aktualności. Ze stanowiska KIO, jak podał Odwołujący, można wywnioskować, że wola wykonawcy w udziale w postępowaniu w przedłużonym okresie związania ofertą może być wyrażona w różny sposób, a każdy przejaw takiej woli nie powinien być ignorowany przez Zamawiającego. W tym kontekście, Izba wskazuje na konieczność analizy wszystkich okoliczności mających miejsce w danej sprawie.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający miał wiedzę co do stanu faktycznego niniejszej sprawy, ponieważ w celu wyjaśnienia przedmiotowej pomyłki w zakresie oświadczeń o

przedłużeniu terminu związania ofertą, Odwołujący przedłożył stosowne pismo. Pomimo wyjaśnienia sprawy, Zamawiający podtrzymał swoją czynność odrzucenia oferty Odwołującego.

W celu wykazania, że Odwołujący nadal ma wolę uczestnictwa w postępowaniu, przedłożył on oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o dalsze 30 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium. Odwołujący miał prawo dokonać tej czynności, ponieważ ze względu na skorzystanie z uprawnienia do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, jest on nią nadal związany (do końca stycznia 2017 r.). Ponieważ jednak Zamawiający żądał przedłużenia terminu o 60 dni, w związku z powyższym, Odwołujący złożył stosowne oświadczenie, na dowód przedłożył przedmiotowe oświadczenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem XV pkt 1 SIWZ *„wykonawca związany jest ofertą przez okres 30 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert”*. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 5 grudnia 2016 r. (rozdział XVII pkt 1 SIWZ).

W Formularzu ofertowym zawarte jest oświadczenie Odwołującego, iż jest *„związany ofertą w terminie wskazanym w SIWZ”* (pkt 8).

Zamawiający drogą elektroniczną przesłał w dniu 30 grudnia 2016 r. o godz. 10.29 m.in. pismo z dnia 30 grudnia 2016 r. o następującej treści: *„W związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający zgodnie z art. 85 ust. 2 oraz art. 85 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (...), zwraca się do Państwa o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. (...) Termin związania ofertą upływa w dniu 04 stycznia 2017 r.”*

Potwierdzenie otrzymania przedmiotowej wiadomości Odwołujący przesłał drogą elektroniczną w dniu 30 grudnia 2016 r. o godz. 11:49.

W aktach sprawy (k-249) znajduje się oświadczenie Odwołującego datowane na dzień 30 grudnia 2016 r. następującej treści: *„Na podstawie art. 85 ust. 2 oraz zgodnie z SIWZ przedłużam termin związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wniesionego w niniejszym postępowaniu wadium o okres 30 dni”*. Na przedmiotowym piśmie widnieje data jego przyjęcie w dniu 30 grudnia 2016 r. Natomiast wskazana tam godzina 12:55, nie oznacza, jak wyjaśnił Zamawiający w toku rozprawy, że jest to godzina przyjęcia przedmiotowego pisma, ale jest to godzina rejestracji w systemie elektronicznego obiegu dokumentów.

Przebieg rozprawy pozwolił na ustalenie, że Zamawiający nie kwestionuje, iż Odwołujący złożył pismo w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą w dniu 30

grudnia 2016 r. około godziny 10:00. Zamawiający przyznał również, że nie potraktował przedmiotowego pisma jako odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą.

Pismem z dnia 16 stycznia 2017 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający podał: *„W dniu 06.12.2016 roku została złożona przez Wykonawcę E.B. E.K.S. oferta w postępowaniu przetargowym (...). Pismem z dnia 30.12.2016 roku Zamawiający na podstawie art. 85 ust. 2 oraz art. 85 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni. Pismem z dnia 30.12.2016 roku Wykonawca poinformował Zamawiającego, iż przedłuży termin związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wniesionego w niniejszym postępowaniu wadium o okres 30 dni. W związku z zaistniałą sytuacją należy uznać, iż w istocie Wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, tj. na przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z wnioskiem Zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający jest zobligowany do wypełnienia obowiązku odrzucenia takiej oferty w trybie i na zasadzie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający informuje, iż na podstawie art. 85 ust. 3 ustawy Pzp nie zachodzą przesłanki do zatrzymania wadium”.*

Odwołujący przedłożył wraz z odwołaniem oświadczenie skierowane do Zamawiającego o następującej treści: *„W nawiązaniu do pisma Zamawiającego z dnia 30.12.2016 r. dotyczącego wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, niniejszym ponownie na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp samodzielnie przedłużam termin związania ofertą po przedłużeniu na podstawie pisma Wykonawcy z dnia 30.12.2016 r. z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wpłaconego wadium”.* Przedmiotowe oświadczenie, na co wskazał Zamawiający, nie zostało złożone w siedzibie Zamawiającego, a brak dowodu na okoliczność przeciwną.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z oświadczenia E.K.S. z dnia 20 stycznia 2017 r. oraz oświadczenia M.K. z dnia 20 stycznia 2017 r., gdyż okoliczności objęte ww. oświadczeniami nie pozostają pomiędzy stronami sporne. Zamawiający w toku rozprawy potwierdził, że nie przeczy, iż oświadczenie z dnia 30 grudnia 2016 r. w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą zostało złożone przez E.K.S. w dniu 30 grudnia 2016 r. w siedzibie Zamawiającego około godz. 10:00. Tożsame powody legły u podstaw oddalenia wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z korespondencji e-mail z dnia 29 grudnia 2016 r., gdyż fakt samodzielnego przedłużenia przez Odwołującego terminu związania ofertą pozostaje pomiędzy stronami bezsporny.

Izba oddaliła wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci *Protokołu z posiedzenia komisji przetargowej w sprawie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 16 stycznia 2017 r.* stwierdzając, że przedmiotowy dowód nie

ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Po pierwsze, powoływana przez Zamawiającego okoliczność, że zaktualizowały się przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania nie podlega ocenie Izby, jako że czynność ta nie została przez Zamawiającego dokonana i w konsekwencji nie była przedmiotem odwołania. Po drugie, z tej właśnie przyczyny, iż czynność nie może być przedmiotem oceny przez Izbę, ewentualne wzięcie jej pod uwagę przy ocenie wpływu na wynik postępowania nie jest uzasadnione, bowiem co najwyżej, jest to zapowiedź dokonania jakiejś czynności przez Zamawiającego, która pozostaje poza kontrolą Izby.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Z mocy przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Natomiast zgodnie z przepisem art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Analiza powołanych przepisów, zdaniem Izby, prowadzi do wniosku, że obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy aktualizuje się w sytuacji, w której na jego wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą, wykonawca takiej zgody nie wyrazi. Przy czym, w ocenie Izby, nie chodzi o wyrażenie zgody co do zasady, ale na warunkach określonych przez zamawiającego. Nie można bowiem pomijać, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp referuje do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, który daje zamawiającemu uprawnienie do określenia okresu, o jaki wykonawca winien przedłużyć termin związania ofertą. Pogląd ten znalazł aprobatę w orzecznictwie, wystarczy chociażby wskazać na orzeczenie KIO z dnia 15.04.2015 r., sygn. akt: KIO 592/15, KIO 598/15, KIO 602/15, w którym stwierdzono, że *„brak zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą odnosi się nie tylko do sytuacji, w której wykonawca zgody takiej nie wyraża, ale również i takiej, gdzie wykonawca, co prawda wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, ale na okres krótszy niż ten zakreślony przez zamawiającego na mocy przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp”*.

Dalej należy wskazać, że wezwanie wykonawcy przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie może być przez wykonawcę ignorowane ze względu na skutki, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, nawet w okolicznościach, jeśli zostało skierowane do wykonawcy pomimo, że ten samodzielnie, z własnej inicjatywy, przedłużył termin związania ofertą.

Uzasadnieniem dla takiego twierdzenia jest po pierwsze fakt, że co do zasady czynności zamawiającego determinują przebieg postępowania i zamawiający jako gospodarz postępowania je kreuje, oczywiście w granicach prawa. Nie jest więc rolą wykonawcy ich negowanie, chyba że na drodze środków ochrony prawnej.

Po drugie, niezastosowanie się do czynności zamawiającego, w reżimie prawa zamówień publicznych, wywołuje określone konsekwencje dla wykonawcy. Brak wyrażenia zgody, na wezwanie zamawiającego, na przedłużenie terminu związania ofertą przez wykonawcę stanowi powód odrzucenia jego oferty. Oznacza to, że ustawodawca podkreślił wagę i znaczenie tej czynności dla postępowania.

Po trzecie, gdyby ustawodawca chciał zrównać sytuację, w której wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą czy to samodzielnie czy też na wezwanie zamawiającego, powodem odrzucenia oferty uczyniłby brak związania ofertą. Ustawodawca jednak nie zdecydował się na takie rozwiązanie, szczególne znaczenie, biorąc pod uwagę sankcję, przypisując czynności dokonywanej na wezwanie zamawiającego przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą.

Po czwarte, zaaprobowanie poglądu, że czynności wykonawcy w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą znoszą następne czynności zamawiającego w tym zakresie prowadziłyby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Wykonawca, który samodzielnie przedłużył termin związania ofertą samodzielnie mógłby ustalić warunki, na jakich to czyni, podczas, gdy inni wykonawcy byłiby związani tymi, które określił zamawiający.

W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą nie może być dorozumiana, chociażby ze względu na zasadę pisemności postępowania (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp), dlatego też inne czynności wskazujące na wolę przedłużenia terminu związania ofertą nie mogą zastąpić oświadczenia woli, które przynajmniej powinno być utrwalone na piśmie.

Powstaje jednak pytanie, czy zamawiający, nie określając terminu, w którym będzie oczekiwał na wyrażenie zgody, przy milczeniu wykonawcy, ma obowiązek oczekiwać na tę zgodę w nieskończoność. Udzielenie odpowiedzi twierdzącej byłoby zaakceptowaniem zachowań nieracjonalnych i obstrukcyjnych, co nie może mieć miejsca. W ocenie Izby, granicznym terminem, do którego zamawiający zobowiązany jest oczekiwać, jest upływ pierwotnego terminu związania ofertą. Jeśli do tego terminu wykonawca nie podjął czynności na wezwanie zamawiającego, to należy przyjąć, wobec braku zgody (czynności pozytywnej), że wykonawca zgody tej nie udzielił. Wnioskowanie *a contrario* pozwala na stwierdzenie, że skoro wykonawca nie przedłużył na wezwanie zamawiającego terminu związania ofertą na warunkach wskazanych przez zamawiającego, to oznacza to, że nie wyraził takiej zgody.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że choć przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp daje zarówno wykonawcy uprawnienie do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, jak i zamawiającemu przyznaje uprawnienie do wystąpienia do wykonawcy w tym przedmiocie, to jednak skorzystanie przez Odwołującego z rzezonego uprawnienia nie zwalnia go z wykonania obowiązku nałożonego przez Zamawiającego, tym bardziej w sytuacji, w której Wykonawca przedłużył termin związania ofertą na warunkach (okres) innych niż wymaga tego zamawiający.

Skoro Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wezwania wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą i z tego uprawnienia skorzysta, tak jak miało to miejsce w niniejszej sprawie, to Odwołujący winien postąpić zgodnie z żądaniem Zamawiającego, a tego nie czyniąc naraża się na sankcję określoną w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że ustawodawca skutku w postaci odrzucenia oferty wykonawcy nie wiąże z brakiem związania ofertą, ale z niewyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na warunkach, o których mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, Odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na okres 60 dni. Wniosek ten jest uprawniony wobec braku zgody (czynności pozytywnej) ze strony Odwołującego. Odwołujący zgody tej nie wyraził z tego powodu, że pozostał w bezczynności wobec wezwania Zamawiającego i co więcej, ta bezczynność trwa nadal.

W tych okolicznościach nie sposób sobie wyobrazić, żeby Zamawiający miał bezustannie oczekiwać na oświadczenie się przez Odwołującego. Zdaniem Izby, Zamawiający był uprawniony do oczekiwania do dnia upływu terminu związania ofertą określonego pierwotnie (w ofercie).

Nawet gdyby przyjąć, mając na uwadze, że Odwołujący przedłużył samodzielnie termin związania ofertą i okoliczność tę uwzględnić, bowiem cel został osiągnięty (przedłużenie terminu związania ofertą), to nie sposób nie dostrzec, że Odwołujący nie postąpił zgodnie z żądaniem Zamawiającego, a mianowicie przedłużył termin związania ofertą na okres krótszy (30 dni) niż wymagał tego Zamawiający (60 dni), co należy uznać za brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na warunkach, określonych w przepisie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp i co również winno skutkować odrzuceniem oferty.

Zaakceptowanie działań Odwołującego jest niedopuszczalne i z tej przyczyny, że Odwołujący, który udzielił zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na okres krótszy niż wymagany pozostaje w korzystniejszej sytuacji niż inni wykonawcy, biorąc pod uwagę chociażby aspekt ekonomiczny związany z koniecznością przedłużenia wadium na ten okres, co generuje koszty, oczywiście mniejsze w przypadku 30 dni niż 60 dni. Oznacza to,

że zaakceptowanie czynności Odwołującego doprowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Wreszcie Odwołujący ignorując czynności Zamawiającego i postępując wbrew żądaniom Zamawiającego, czyni Zamawiającego zależnym od swojej woli, co do okresu przedłużenia terminu związania ofertą, choć Zamawiającemu przysługuje również prawo do określenia tego terminu. Trudno zatem zaakceptować sytuację, w której to Odwołujący w tym przedmiocie narzuca reguły postępowania, mimo, że Zamawiający je określił. Mając zaś na uwadze, że Zamawiający może wezwać wykonawcę jedynie jednokrotnie do przedłużenia terminu związania ofertą (art. 85 ust. 2 ustawy Pzp), Zamawiający pozostawałby wobec niewykonania jego żądania przez Odwołującego i przedłużenia terminu związania ofertą na inny okres w sytuacji, która zmusza go do złamania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co oczywiście nie zasługuje na ochronę.

Analizując stan niniejszej sprawy wydaje się, że Odwołujący nie dochował należytej staranności w tym przedmiocie. Budzi zdziwienie postępowanie Odwołującego, który wezwany do określonych czynności postaje w bezczynności, choć inne czynności wykonuje. W ocenie Izby, wystarczyłoby na wezwanie Zamawiającego złożyć oświadczenie, nawet mając na względzie to złożone samodzielnie, które gwarantowałoby związanie ofertą przez 60 dni. Zdaje się, że Odwołujący dostrzegł swój błąd, przedkładając wraz z odwołaniem oświadczenie z dnia 20 stycznia 2017 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 30 dni i odwołując się do wezwania Zamawiającego w tym przedmiocie. Powyższe pozwala stwierdzić, że Odwołujący zrozumiał, iż pozostaje w kolizji z żądaniem Zamawiającego, jednakże to oświadczenie jako niedoręczone Zamawiającemu (brak w aktach postępowania i brak wykazania przez Odwołującego okoliczności przeciwnej) powoduje, że zostało ono złożone tylko na użytek postępowania odwoławczego, aby stworzyć wrażenie, że Wykonawca pozostawał i pozostaje związany ofertą na warunkach określonych przez Zamawiającego.

W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp pozostaje nieuzasadniony z tej przyczyny, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie jest obarczona błędem, ale również z tego powodu, że Zamawiający dokonując oceny kryteriów oceny ofert kierował się kryteriami określonymi w SIWZ, a przynajmniej Odwołujący okoliczności przeciwnej nie wykazał.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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 ze zm.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 7.500,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: