

Sygn. akt: KIO/UZP 1337/09

WYROK
z dnia 29 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk
Członkowie: Ewa Sikorska
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BudMax Sp. z o.o., ul. Pólnicy 8, 80-177 Gdańsk** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Fredry 10, 61-701 Poznań**, protestu z dnia 21 sierpnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Wako-Forster Sp. z o.o., ul. Legionów 57, 43-300 Bielsko-Biała** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **BudMax Sp. z o.o., ul. Pólnicy 8, 80-177 Gdańsk** 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 uiszczzonego przez **BudMax Sp. z o.o., ul. Pólnicy 8, 80-177 Gdańsk,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BudMax Sp. z o.o., ul. Pólnicy 8, 80-177 Gdańsk**.

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

Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę systemu zwartego magazynowania (regały przesuwane i stacjonarne) w centrum Biblioteczno-Kongresowym (Centrum Medycznej Informacji Naukowej) UM w Poznaniu przy ul. Przybyszewskiego 37”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 kwietnia 2009 r. (nr ogłoszenia: 96082).

W postępowaniu tym BudMax Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”), złożył protest na wybór oferty najkorzystniejszej firmy Wako Forster Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej, który został ostatecznie rozstrzygnięty wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 830/09) poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Zamawiający po dokonaniu wskazanych czynności w dniu 17 sierpnia 2009 r. poinformował wykonawców o ponownym wyborze oferty Wako Forster Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na upływ terminu związania tą ofertą.

Na czynność tę Odwołujący w dniu 24 sierpnia 2009 r. złożył protest (pismo z dnia 21 sierpnia 2009 r.), o którym w dniu 24 sierpnia 2009 r. został poinformowany przez Zamawiającego wykonawca Wako Forster Sp. z o.o., w wyniku czego złożył on przystąpienie do tego protestu (w dniu 26 sierpnia 2009 r.), wnosząc o jego oddalenie.

Protest został przez Zamawiającego rozstrzygnięty poprzez jego oddalenie w dniu 28 sierpnia 2009 r.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 2 września 2009 r. złożył w urzędzie pocztowym operatora publicznego (usługa Pocztext) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, którego kopia w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu.

Do postępowania odwoławczego firma Wako Forster Sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”) pismem z dnia 7 września 2009 r., z datą wpływu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu: 8 września 2009 r., złożyła swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego.

W związku z rozpoznawanymi przez Izbę zarzutami podniesionymi w odwołaniu strony postępowania i jego uczestnik zaprezentowały następujące stanowiska w sprawie:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wnosząc protest i odwołanie od jego rozstrzygnięcia wskazał na naruszenie przez Zamawiającego przy dokonywaniu czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1.

W związku z powyższym wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienie wykluczenia Odwołującego i uznania oferty przez niego złożonej za odrzuconą, unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego;
- powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i w jej wyniku uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego.

Podniósł, że Zamawiający nie miał podstaw do dokonania czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z tym, że Odwołujący nie wystąpił o przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższe nie wskazuje również na zaistnienie przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a Zamawiający – zdaniem Odwołującego – w żaden sposób nie wykazał na czym miałyby polegać wypełnienie się tej przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego. Podkreślił, że jego oferta nie jest niezgodna z ustawą, a sam Zamawiający nie wykazał przepisu ustawy Pzp, z którego wywiódł wniosek o konieczności odrzucenia oferty Odwołującego na tej podstawie.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego o tym, że nie wystąpił on do niego w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp o przedłużenie terminu związania ofertą, podniósł, że powyższe jest jedynie uprawnieniem wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Samodzielnie zatem wykonawca może przedłużyć ten termin bez potrzeby akceptu ze strony organizatora przetargu.

Odwołujący wskazał też, że uprzednio, na wcześniejszym etapie postępowania, na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 22 maja 2009 r. dokonał przedłużenia terminu związania ofertą (pismo z dnia 25 maja 2009 r.). W związku ze złożeniem przez niego protestu bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, które w tym przypadku nastąpiło w dniu 16 lipca 2009 r. poprzez uwzględnienie odwołania przez KIO. Odwołujący podniósł, że Zamawiający wykonując wyrok KIO wezwał go do uzupełniania oferty dodatkowo bezprzedmiotowo przedłużając zakończoną w tym zakresie procedurę oceny ofert, zwracając się również do Odwołującego o dodatkowe dokumenty. Zdaniem Odwołującego powyższe zachowanie Zamawiającego świadczy o tym, że wskazane czynności Zamawiającego uznać należy za mające jedynie na celu wydłużenie oceny ofert w celu osiągnięcia zamierzonego skutku, co stanowi o naruszeniu Art. 5 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł także, że przez cały okres jego oferta pozostawała i pozostaje aktualnie zabezpieczona wadium. Odwołujący na etapie protestu wnosił do Zamawiającego, aby ten nie dokonywał zwrotu wadium, jednak w dniu 2 września 2009 r. Zamawiający zwrócił wadium Odwołującemu pomimo jego wyraźnej dyspozycji w tym zakresie.

Odwołujący podkreślił także, że przez cały czas trwania przedmiotowego postępowania był i jest nadal związany złożoną w dniu 28 kwietnia br. ofertą. Wskazał, że przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp kształtujący samodzielne dla wykonawcy prawo do przedłużenia terminu związania ofertą nie określa reżimu czasowego, w jakim wykonawca winien takie oświadczenie złożyć.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jednocześnie odrzucił jego ofertę, wskazując, że ten sam stan faktyczny wyczerpuje przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie swojej decyzji wskazał, że w związku z upływem terminu związania ofertą Odwołujący nie wystąpił o przedłużenie tego terminu w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, dokonując tym samym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Podniósł także, że samodzielnie Zamawiający nie mógł skorzystać z możliwości, którą daje ten przepis również Zamawiającemu z uwagi na to, że już jednokrotnie w toku tego postępowania skorzystał z tej możliwości. W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający w pełni podtrzymał swoją decyzję co do Odwołującego, wskazując, że ten nie złożył mu oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, czego konsekwencją było wygaśnięcie ważności jego oferty.

Dodatkowo podniósł, że brak zwolnienia przez Odwołującego wadium nie jest dowodem na okoliczność, że w sposób „jakoby dorozumiały” wykonawca ten złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. W jego ocenie samo trwanie wadium na rachunku bankowym Zamawiającego nie może być substytutem czynności, a zwolnienie wadium będzie skutkiem zaniechania dokonania tej określonej czynności (przedłużenie terminu związania ofertą).

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu zapowiedział Odwołującemu, że zwróci mu wadium zgodnie z przepisem art. 46 ust. 4 ustawy Pzp.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący zarówno w swoim zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Odwołującego, jak i w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wnosił o oddalenie podnoszonych zarzutów i ich bezzasadność, w pełni popierając decyzję i stanowisko Zamawiającego w tej sprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w proteście, przystąpieniu do postępowania toczącego się w efekcie wniesienia protestu, odwołaniu, rozstrzygnięciu protestu i zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła również, że Odwołujący miał interes prawny w złożeniu protestu i odwołania. Okoliczność podnoszona przez Zamawiającego, że od dnia 9 sierpnia 2009 r. Odwołujący nie jest już związany ofertą, zatem nie ma szans na uzyskanie niniejszego zamówienia, w ocenie Izby, nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z akt sprawy przedmiotem zarzutów podniesionych w proteście i odwołaniu jest czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty właśnie na skutek upływu terminu związania tą ofertą. Niewątpliwie zatem kwestionowana czynność Zamawiającego pozbawia Odwołującego szans na uzyskanie niniejszego zamówienia, powodując tym samym uszczerbek w jego interesie. Niemniej zaskarżenie tej czynności w

trybie środków ochrony prawnej daje Odwołującemu - w przypadku uwzględnienia jego zarzutów - faktyczną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że wypełniona została materialnoprawna przesłanka, wynikająca z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, umożliwiającą Izbie rozpatrzenie merytoryczne podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

W drugiej kolejności zatem, odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba w tym zakresie dopuściła dowody z: dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowień SIWZ oraz treści oferty Odwołującego, pism – Zamawiającego z dnia 22 maja 2009 r. (znak: L.Dz.: DZP/427/09) wzywające do przedłużenia terminu związania ofertą oraz Odwołującego z dnia 25 maja 2009 r. zawierające oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, jak również z oświadczeń i stanowisk stron postępowania oraz jego uczestnika wyrażonych w pismach składanych w toku postępowania z użyciem środków ochrony prawnej oraz na rozprawie.

W ocenie Izby Zamawiający słusznie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego uznając, że upłynął już jej termin związania. Pierwotnie wyznaczony termin związania ofertą zgodnie z postanowieniami SIWZ upływał w dniu 27 maja 2009 r. Na skutek wezwania Zamawiającego, skierowanego do wykonawców, którzy złożyli w postępowaniu oferty, na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, termin został - również przez Odwołującego - przedłużony o 30 dni z dniem 28 maja 2009 r. Z uwagi na złożenie w dniu 3 czerwca 2009 r. protestu, zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp termin związania ofertą w siódmym dniu jego biegu uległ zawieszeniu do dnia ostatecznego rozstrzygnięcia tego protestu, tj. do dnia 16 lipca 2009 r. Uwzględniając okoliczność odwieszenia się biegu terminu związania ofertą ostatecznie upływał on zatem w dniu 8 sierpnia 2009 r.

Okoliczność, że formalnie termin związania ofertą upłynął we wskazanej dacie jest bezsporna pomiędzy stronami postępowania oraz jego uczestnikiem. Odwołujący jednakowoż wywodzi, że skoro nie zwrócił się do Odwołującego o zwrot wadium wniesionego w formie pieniężnej na rachunek bankowy Zamawiającego, jego oferta pozostaje nadal ważna. Izba nie uwzględniła tego stanowiska przede wszystkim z uwagi na brzmienie art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedłużenie okresu związania ofertą dopuszczalne jest tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo z wniesieniem nowego wadium. *A contrario* zatem samodzielne zabezpieczenie oferty wadium (pozostawanie kwoty wadium na rachunku bankowym Zamawiającego) nie uprawnia do przyjęcia twierdzenia, że również termin związania ofertą jest aktualny. Przepisy ustawy Pzp

wskazują na konieczność podejmowania określonych czynności w postępowaniu odrębnie dla skuteczności zabezpieczenia oferty wadium, odrębnie zaś w kwestii przedłużenia terminu związania ofertą wykonawcy. Co do przedłużenia terminu związania ofertą – jak wprost wynika z treści art. 85 ust. 2 ustawy Pzp – konieczne jest złożenie oświadczenia woli przez wykonawcę. Powyższe zgodnie ze wskazanym przepisem może odbyć się z inicjatywy zamawiającego - raz w toku postępowania (co w niniejszym postępowaniu miało zastosowanie na skutek pisma Zamawiającego z dnia 25 maja 2009 r.), bądź samodzielnie przez wykonawcę (z czego odwołujący nie skorzystał w tym postępowaniu).

Zgodnie z zasadą pisemności postępowania wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp takie oświadczenie powinno być złożone Zamawiającemu na piśmie w formie określonej w sposobie porozumiewania się przez Zamawiającego z wykonawcami w SIWZ. Tym samym zatem Odwołujący mógł i - jeśli oczekiwał wyboru swojej oferty w postępowaniu – powinien był z uprawnienia, które daje mu przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp skorzystać i przed upływem terminu związania ofertą złożyć Zamawiającemu swoje wyraźne oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym przez Odwołującego, że skoro na rachunku bankowym Zamawiającego pozostawała i nadal - na skutek ponownej wpłaty - pozostaje kwota wniesiona tytułem wadium, powyższe należy traktować jako oświadczenie woli Odwołującego o związaniu ofertą. Jak wskazano powyżej przepisy ustawy Pzp przewidują konieczność złożenia w tym zakresie odrębnego oświadczenia woli przez wykonawcę, co w kontekście zasady pisemności postępowania, prowadzi do wniosku, że dla prawidłowości złożenia takiego oświadczenia niezbędnym jest złożenie go na piśmie Zamawiającemu. Nie można natomiast w sposób dorozumiany domniemywać, że wykonawca poprzez składanie środków ochrony prawnej w postępowaniu, czy też uzupełnienie na żądanie Zamawiającego określonych dokumentów albo też na skutek zaniechania złożenia przez Odwołującego wniosku o zwrot wadium – przedłuża termin, w którym jest związany swoją ofertą. Skoro przepisy ustawy Pzp wymagają wyraźnego działania w tej mierze ze strony wykonawcy, wykonawca powinien się do tego dostosować, co zresztą uczynił w piśmie z dnia 25 maja 2009 r., oświadczając na piśmie Zamawiającemu, że przedłuża termin związania ofertą począwszy od dnia 28 maja 2009 r. o 30 dni.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że w tym zakresie mamy do czynienia z niezgodnością oferty Odwołującego z przepisami ustawy Pzp. Skoro bowiem z przepisu ustawy (art. 85 ust. 1 ustawy Pzp) wynika, że wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ (w tym przypadku ze względu na wartość szacunkową zamówienia - 30 dni) z wyjątkiem przewidzianym w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp (przedłużenie terminu związania ofertą na zasadach wskazanych powyżej), po jego bezskutecznym upływie (po upływie pierwotnego terminu związania ofertą określonego w SIWZ, jak i

ewentualnie w przypadku braku przedłużenia tego terminu przez Zamawiającego lub wykonawcę) Zamawiający nie ma roszczenia wobec wykonawcy o zawarcie umowy. Tym samym zatem po upływie terminu związania ofertą interes Zamawiającego w postępowaniu, w sytuacji potencjalnej odmowy przez wykonawcę podpisania umowy, nie jest zabezpieczony. Chodzi w tym zakresie tak o interes wyrażający się w możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia, jak również interes co do możliwości zaspokojenia się przez Zamawiającego z wadium zabezpieczającego ofertę, w przypadku odmowy podpisania umowy, czy też odmowy złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez wykonawcę. W kontekście bowiem przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp niedopuszczalne jest przedłużenie terminu związania ofertą bez przedłużenia wadium. Jeśli zatem nawet wadium jest złożone w formie pieniężnej (pozostaje na rachunku Zamawiającego, a więc w jego dyspozycji) w sensie prawnym nieuprawnionym byłoby skorzystanie z tej kwoty przez Zamawiającego, z uwagi na to, że wykonawca nie złożył podstawowego oświadczenia woli *de facto* o przedłużeniu ważności swojej oferty. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą jest bowiem oświadczeniem wykonawcy składanym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego treść stanowi wola wykonawcy realizacji zamówienia na warunkach określonych w ofercie, a termin ważności tego oświadczenia wykonawcy wyznaczają przepisy ustawy Pzp (art. 85).

Odnosząc się jeszcze do argumentów Odwołującego o ważności oferty z powodu pozostawiania kwoty wadium na rachunku bankowym Zamawiającego, Izba zwraca dodatkowo uwagę, że zgodnie z art. 46 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający ma bezwzględny obowiązek dokonania zwrotu wadium po upływie terminu związania ofertą. Tym samym zatem możliwość ewentualnego skorzystania przez Zamawiającego z takiej kwoty pozostającej na rachunku Zamawiającego, również w świetle tego przepisu, byłaby bezprawna. Uznać zatem należy, że w związku z brakiem gwarancji zabezpieczenia interesu Zamawiającego, która to gwarancja wynika przede wszystkim z przepisów ustawy Pzp (art. 46 ust. 5), jak i z przepisów Kodeksu cywilnego (roszczenie o zawarcie umowy), należy stwierdzić, że oferta Odwołującego jako sprzeczna z przepisami ustawy Pzp (art. 85 ust. 1 pkt 1, 2 i 4) podlegała odrzuceniu na podstawie przywołanego przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba jednocześnie uznała, że brak było podstaw w tym przypadku do wskazania jako podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołującego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ w tym konkretnym przypadku ważność wadium faktycznie nie upłynęła (wadium pozostawało na dzień podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na rachunku

bankowym Zamawiającego), a upłynął termin związania ofertą określony ustawowo. Powyższe jednak w świetle art. 191 ust. 1a ustawy Pzp nie może skutkować uwzględnieniem odwołania, bowiem oferta Odwołującego i tak podlega odrzuceniu na podstawie, która została również przywołana przez Zamawiającego w informacji o wynikach postępowania.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego przedstawionej w toku rozprawy przed Izba, w której wskazywano na nowe brzmienie art. 94 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała tę argumentację za nieprzekonującą. W świetle przywołanego przepisu po zmianach wprowadzonych przepisami ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171 ust. 1058) Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego nie wcześniej niż po upływie ustawowych terminów na składanie środków ochrony prawnej na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Przywołany przepis w aktualnym brzmieniu w żaden sposób nie wskazuje na konieczność zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie związania ofertą, co przed wejściem w życie przepisów przywołanej nowelizacji było wymogiem bezwzględnie dla dochowania ważności umowy zawieranej w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie składu orzekającego Izby aktualne brzmienie przepisu art. 94 ust. 1 ustawy Pzp w żaden sposób nie deprecjonuje ustaleń Izby zawartych powyżej, odnoszonych się do konieczności złożenia przez wykonawcę w postępowaniu oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą, jeśli oczekuje uznania tej oferty za ważną. Czym innym jest bowiem ustalenie przez Zamawiającego w toku badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, że dana oferta jest sprzeczna z przepisami ustawy Pzp (bowiem upłynęły ustawowo określone terminy w tym zakresie), a czym innym jest kwestia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po wyborze oferty najkorzystniejszej, jeśli nawet po dokonaniu tej czynności termin związania ofertą upłynął. Interes wykonawcy w sytuacji ewentualnego przedłużenia czynności przez Zamawiającego w toku postępowania (i tych czynności) został w tym zakresie zabezpieczony przez ustawodawcę w przepisie art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, dającym uprawnienie również dla wykonawcy do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą.

Powyższy przepis daje zatem możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego również po upływie terminu związania ofertą. Powyższe nie oznacza, że Zamawiający, dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, nie musi mieć pewności, że dany wykonawca w dalszym ciągu, na warunkach określonych w ofercie, zobowiązuje się wykonać zamówienie, a w przypadku ewentualnej odmowy podpisania przez niego umowy Zamawiający będzie mógł dochodzić swoich praw. W momencie dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej oferta wybierana przez Zamawiającego powinna spełniać wymogi

określone w przepisach ustawy Pzp. Przepis art. 94 ust. 1 ustawy Pzp natomiast, niezależnie od powyższego, daje Zamawiającemu prawo zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą po upływie terminu związania ofertą, jeśli wykonawca wyraża w tym zakresie taką wolę.

Przyjęcie odmiennej wykładni wskazanych przepisów ustawy Pzp, dotyczących terminu związania ofertą oraz możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, czyniłoby instytucję terminu związania ofertą – przewidzianą przez przepisy ustawy Pzp - bezprzedmiotową, a tym samym świadczyłoby to o nieracjonalności ustawodawcy, co jest niedopuszczalne.

Co do argumentu Odwołującego wskazującego na odmienne brzmienie przesłanki świadczącej o bezwzględnej nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, co było wynikiem zmiany art. 94 ust. 1 ustawy Pzp, skład orzekający Izby stwierdził, że w tym zakresie zaprezentowana powyżej argumentacja, dotycząca art. 94 ust. 1 ustawy Pzp, jest jak najbardziej adekwatna. Niezależnie od powyższego Izba wskazuje na inne przesłanki ustawowe świadczące o nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak np. wybór oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp (art. 146 ust. 1 pkt 5), czy też naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 6).

Uwzględniając powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia przywołanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 i ust. 4 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. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uwzględniając również w tym zakresie koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....