

Sygn. akt: KIO/UZP 125/09

WYROK
z dnia 10 lutego 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Barbara Bettman
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 10.02.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Makronet Sp. z o.o., Zeto Rzeszów Sp. z o.o., NTT System S.A., 02-915 Warszawa, ul. Okrężna 56** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, 00-911 Warszawa, ul. Nowowiejska 26A** protestu ~~protestów~~ z dnia 14.01.2009 r.

przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego/odwołującego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania.

2. kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, 00-911 Warszawa, ul. Nowowiejska 26A**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: Makronet Sp. z o.o., Zeto Rzeszów Sp. z o.o., NTT System S.A., 02-915 Warszawa, ul. Okrężna 56,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, 00-911 Warszawa, ul. Nowowiejska 26A** na rzecz **Konsorcjum: Makronet Sp. z o.o., Zeto Rzeszów Sp. z o.o., NTT System S.A., 02-915 Warszawa, ul. Okrężna 56** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Makronet Sp. z o.o., Zeto Rzeszów Sp. z o.o., NTT System S.A., 02-915 Warszawa, ul. Okrężna 56.**

U z a s a d n i e

Zamawiający - Minister Obrony Narodowej w imieniu, którego działa Agencja Mienia Wojskowego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa serwerów, oprogramowania, monitorów i systemów informatycznych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą pzp”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19.09.2008 roku, nr 2008/ S 182 -241511.

Pismem z dnia 14 stycznia 2009 roku, które zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 15 stycznia 2009 roku, Odwołujący Konsorcjum, którego Liderem jest Makronet Sp. z o.o., złożył protest a następnie odwołanie, zarzucając bezpodstawne unieważnienie postępowania w częściach 1,2,3,4,5 i wskazując w tym zakresie na naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy pzp przez nie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
2. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp przez bezpodstawne unieważnienie przedmiotowego postępowania,
3. art. 91a ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie przeprowadzenie aukcji elektronicznej przewidzianej w ogłoszeniu o zamówieniu,
4. art. 85 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie Wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą,

oraz na zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w części zamówienia nr 1, 2, 3, 4, 5 i zaniechanie badania i oceny złożonych przez wykonawców ofert w przedmiotowym postępowaniu

Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy pzp, wskazał że Zamawiający od dnia 3 listopada 2008 roku tj. od dnia otwarcia ofert do dnia 5 stycznia 2009 roku nie podjął żadnych czynności mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadań 1-5 zamówienia. Odwołujący wyraził swoje zdumienie faktem, że dopiero w dniu 5 stycznia 2009 roku Zamawiający zauważył, że jak uzasadnił pozostała „niewystarczająca ilość czasu na zawarcie umowy”, co w jego ocenie świadczy o nienależytym prowadzeniu postępowania o zamówienie publiczne. Działanie Zamawiającego było świadome i miało na celu udaremnienie uzyskania zamówienia. Wobec powyższego Odwołujący wskazał także na zarzut zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego fakt upływu terminu przewidzianego na realizację zamówienia wyznaczonego na dzień 15.12.2008 roku nie może być przesłanką unieważnienia postępowania, bowiem nie jest to wada samego postępowania, uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przytoczył szerokie orzecznictwo Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych odnoszące się do tej kwestii. Znamienne, w ocenie Odwołującego, jest również to, że Zamawiający poinformował

o unieważnieniu postępowania dopiero po 21 dniach od upływu terminu realizacji zamówienia.

Prawo zamówień publicznych zezwala na unieważnienie postępowania jedynie w enumeratywnie wymienionych przypadkach a obowiązkiem Zamawiającego, powołującego się na przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, jest wykazanie związku przyczynowego między wadą a niemożliwością zawarcia umowy. W ocenie Odwoływającego taka niemożność zawarcia umowy w tym przypadku nie nastąpiła, a Zamawiający miał dużo czasu na badanie i ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przed 24 października 2008 roku, a zatem zgodnie z art. 4 przepisów przejściowych ustawy pzp, do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy sprzed nowelizacji Odwoływający wskazał, że możliwa jest również zmiana terminu realizacji zamówienia w oparciu o dyspozycję art. 144 ustawy pzp. Na poparcie tego stanowiska Odwoływający przywołał treść wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu 02.06.2005 sygn akt III Ca 262/05, zgodnie z którym należy uznać, że nie ma przeszkód do tego aby przepis art. 144 ustawy pzp zastosować odpowiednio po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy.

Odwoływający, wskazując na naruszenie art. 85 ust. 2 ustawy pzp, podniósł, że Zamawiający, mimo istnienia takiego obowiązku, nie zwrócił się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą. Natomiast sam Odwoływający w dniu 23 grudnia 2008 roku złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz przedłużył wadium na kolejne 60 dni. Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Okręgowego w Katowicach (wyrok z dnia 28 maja 2007 roku, sygn. akt XIX Ga 194/07), które przyznało prawo Wykonawcom do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą.

Zamawiający pismem z dnia 23 stycznia 2009 roku protest w całości oddalił i wskazał, że nie naruszył zasad określonych w art. 7 ust. 2 ustawy pzp, prowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie równego traktowania i uczciwej konkurencji, zaś uwzględnienie protestu mogłoby prowadzić do naruszenia tych zasad. Wskazał, że w dniu 2 stycznia 2009 roku upłynął, nie podlegający przywróceniu, termin związania ofertą 9 ofert i jedynie Odwoływający złożył oświadczenie o przedłużeniu tego terminu. Zgodnie z przepisami ustawy pzp o przedłużeniu terminu związania ofertą mógł wystąpić tylko Zamawiający i tylko w uzasadnionym przypadku, jednak nie widział uzasadnienia to takiego wystąpienia. Dla Zamawiającego wiążący był termin realizacji umowy, który nie mógł ulec zmianie na podstawie art. 140 ust. 2 ustawy. Ponadto Zamawiający wskazał, że termin realizacji zamówienia był ostateczny i wiąże się bezpośrednio z zapłatą za zawarte i wykonane umowy. Środki na finansowanie zamówienia musiały być wydatkowane w roku 2008, a upływ tego terminu spowodował konieczność ich zwrotu do budżetu państwa. Na poparcie

przywołał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 25 stycznia 2007 roku (sygn. akt. UZP/ ZO/ 0-67/07). Zamawiający nie podjął czynności w celu przedłużenia terminu związania ofertą oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponieważ miał wiedzę o tym, że „ projekt planu modernizacji technicznej SZRP w latach 2009-2010” zatwierdzony przez ministra MON nie zabezpiecza niezbędnych środków finansowych na realizację tej umowy. W ocenie Zamawiającego zaszła zatem okoliczność przewidziana w art. 387 § 1 k.c., bowiem wystąpiła sytuacja, gdy świadczenie byłoby obiektywnie i bezwzględnie niemożliwe do spełnienia.

W zakresie naruszenia art. 85 ust. 2 ustawy pzp, Zamawiający wskazał iż przepis ten jest uprawnieniem a nie obowiązkiem do wezwania Wykonawców wyłącznie w uzasadnionych przypadkach do przedłużenia terminu związania ofertą.

Ponadto wskazał, że przytoczone w proteście przez Odwołującego wyroki dotyczą sytuacji unieważnienia postępowania po wyborze oferty, a przedmiotowe postępowanie w częściach 1-5 zostało unieważnione przed wyborem oferty najkorzystniejszej, po analizie ofert, wystąpieniach o wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający uznał, że prawidłowo zastosował przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, gdyż powstała wada jest tak istotna, że niemożliwe jest zawarcie umowy a zatem również przeprowadzenie aukcji elektronicznej jest niecelowe.

Nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego, Odwołujący w dniu 30 stycznia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa UZP, podtrzymując argumenty i wnioski zawarte w proteście i wskazując dodatkowo, że argument Zamawiającego dotyczący braku środków na realizację zamówienia i konieczność ich zwrotu do budżetu nie był wcześniej wskazywany i Odwołujący nie mógł się do niego odnieść w proteście. Zwrócił uwagę, że również ta okoliczność nie może skutkować unieważnieniem postępowania, bowiem Zamawiający otrzyma w tym roku nowe środki na realizację zamówień.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania w części zamówienia nr 1, 2, 3, 4,5.
2. nakazanie dokonania badania i oceny złożonych ofert w części zamówienia nr 1, 2, 3,4, 5,
3. nie rozpatrywanie nowego argumentu, który nie został podany w uzasadnieniu unieważnienia, a dotyczy wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy z powodu upływu w dniu 2 stycznia 2009 roku terminu związania ofertą,

4. nie rozpatrywanie nowego argumentu dotyczącego braku środków na realizację zamówienia, którego Zamawiający nie podał jako przyczyny unieważnienia postępowania.

5. nakazanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy pzp w części zamówienia nr 1, 2, 3,4,5,

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia pełnomocników stron, złożone do protokołu rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Ogłoszenie o niniejszym zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 września 2008 roku. Termin składania ofert, wyznaczony przez Zamawiającego, upłynął w dniu 3 listopada 2008 roku. Zamówienie zostało podzielone na 8 części, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego rozpatrzenia. W dziale X specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej siwz) Zamawiający przewidział wybór ofert z zastosowaniem aukcji elektronicznej.

W dniach 14 i 21 listopada 2008 roku Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty Sygnity S.A. dla zadania nr 8 oraz Asseco Systems S.A. dla zadania nr 6 a także o unieważnieniu postępowania dla zadania nr 7, z uwagi na okoliczność, że nie złożono w tej części żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W dniu 6 stycznia 2009 roku Zamawiający przekazał informację o unieważnieniu postępowania w częściach 1,2,3,4,5 zamówienia, powołując się na przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, z uwagi na okoliczność, że postępowanie „obarczone jest wadą prawną uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z przewidzianą przez Zamawiającego aukcją elektroniczną (uwzględniając przysługujące Wykonawcom środki ochrony prawnej) pozostała niewystarczająca ilość czasu na zawarcie ważnej umowy przy terminie realizacji zamówienia do 15.12.2008 r.”

Zgodnie z działem III siwz, Zamawiający wyznaczył termin realizacji zamówienia do 60 dni od daty podpisania umowy, jednak nie później niż do 15 grudnia 2008 roku.

Izba ustaliła także, iż termin związania ofert wyznaczony przez Zamawiającego na 60 dni od upływu terminu ich składania, upłynął w dniu 2 stycznia 2009 roku. W dniu 23 grudnia 2008 roku Odwołujący – Konsorcjum, którego Liderem jest Makronet Sp. z o.o. złożył do Zamawiającego oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 60 dni wraz

z jednoczesnym przedłużeniem ważności gwarancji wadialnej (aneks nr 1 z dnia 22.12.2008 roku do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 1502/09/446/44/2008).

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, skład orzekający Izby zważył:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych i końcowych ustawy, skład orzekający Izby podjął rozstrzygnięcie merytoryczne w oparciu o przepisy ustawy sprzed przywołanej nowelizacji.

W zakresie terminów na wniesienie środków ochrony prawnej skład orzekający Izby, w oparciu o przepis art. 4 ust. 2 przepisów przejściowych i końcowych ustawy, który nakazuje stosowanie do protestów i odwołań, będących ich następstwem przepisów działu VI ustawy w aktualnym jej brzmieniu ustalił, że terminy na wniesienie środków ochrony prawnej zostały zachowane.

Odwołujący, jako podmiot, który złożył ofertę na części 1-5, objęte protestem i odwołaniem i który podnosi zarzuty naruszenia przepisów ustawy pzp przy unieważnieniu tych części postępowania, posiada interes prawny, o którym mowa art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniający go do złożenia odwołania.

Izba zważyła, że:

Czynność unieważnienia postępowania jest decyzją, powodującą daleko idące skutki w sytuacji tak Zamawiających, jak również Wykonawców uczestniczących w postępowaniu, dlatego przesłanki tej decyzji stanowią numerus clausus i powinny być interpretowane ściśle. Przesłanki unieważnienia postępowania winny być badane w konkretnym postępowaniu.

Przywołana przez Zamawiającego podstawa unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, zgodnie z ugruntowanym już orzecznictwem i stanowiskiem doktryny, wymaga wykazania, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów ustawy pzp, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania i wada tego postępowania skutkuje niemożnością zawarcia ważnej umowy. Przesłankę tą należy zatem rozpatrywać łącznie ze wskazanymi w treści art. 146 ust. 1 ustawy pzp przesłankami nieważności umowy.

Wada postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp powinna wystąpić w danym, konkretnym postępowaniu i winna prowadzić do wystąpienia skutku w postaci niemożności zawarcia ważnej umowy. Wadą, która uniemożliwia zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej (podobnie postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4.11.2005, Sygn. akt. II Ca 941/05). Jakiegokolwiek inne błędy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie miały wpływu na wynik tego postępowania i nie skutkują niemożnością zawarcia ważnej umowy z wykonawcą i nie mogą prowadzić do unieważnienia postępowania.

Odnosząc się do przesłanki unieważnienia postępowania w zadaniach 1 - 5 zamówienia, powołanej w piśmie z dnia 5 stycznia 2009 roku, Izba zważyła, że upływ terminu realizacji zamówienia wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 15 grudnia 2008 roku nie stanowi obiektywnej wady samego postępowania, skutkującej brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy. Brak istnienia także związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy upływem terminu realizacji a niemożliwością zawarcia ważnej umowy.

Niemożliwość świadczenia, o której mowa w art. 387 k.c. musi mieć charakter obiektywny, pierwotny oraz nieprzemijający. W zaistniałym stanie faktycznym niemożliwość świadczenia nie ma charakteru nieprzemijającego, gdyż można ją usunąć przez zmianę terminu realizacji zamówienia, skutkiem czego świadczenie stanie się możliwe do wykonania.

W ocenie Izby, nie istnieją przeszkody do zawarcia umowy z określeniem nowego terminu realizacji zamówienia. Ponieważ do niniejszego postępowania zastosowanie znajdują przepisy ustawy pzp sprzed nowelizacji z dnia 4 września 2008 roku, to jako możliwość dokonania takiej zmiany należy wskazać przepis art. 144 ust. 1 ustawy pzp w jego brzmieniu przed nowelizacją, który zezwala na dokonywanie zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty, w sytuacji której nie można było przewidzieć lub gdy zmiany są korzystne. Izba przychyliła się do poglądu wyrażonego w wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 2.06.2005 roku (Sygn. akt III Ca 262/05), gdzie wskazano, że nie ma przeszkód aby przepis art. 144 ust. 1 ustawy pzp zastosować odpowiednio po wyborze oferty a przed podpisaniem umowy. Skoro ustawodawca dopuszcza – w określonych sytuacjach - dokonywanie zmian postanowień umowy już zawartej to tym bardziej możliwe są zmiany w przyszłej umowie.

W ocenie Izby, okres od otwarcia ofert w dniu 3 listopada 2008 do dnia 5 stycznia 2009, czyli do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania w zadaniach 1- 5 wskazuje, że bezczynność Zamawiającego była celowa i świadoma i zmierzała do unieważnienia postępowania po upływie terminu wyznaczonego na realizację zamówienia jak również upływie terminu związania ofertą. Takie zachowanie należy ocenić jako naganne, szczególnie jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie umowy. Zaplanowanie, a następnie uruchomienie zamówienia powinno być więc celowe i odpowiednie pod względem

wysokości nakładów ekonomicznych. Izba zwraca także uwagę na brzmienie art. 17 ust.3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.), zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania.

Wobec powyższego Izba uznała, że uzasadnienie unieważnienia postępowania wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 5 stycznia 2009 roku, nie potwierdza istnienia wady, uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i stanowi naruszenie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy pzp.

W zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 pzp, a ustawy, Izba stwierdza, że przeprowadzenie aukcji w zaistniałym stanie faktycznym jest niemożliwe, bowiem termin związania ofert, za wyjątkiem oferty Odwołującego upłynął, zaś jednym z warunków koniecznych do przeprowadzenia aukcji jest posiadanie co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zatem zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 a, w aktualnym stanie faktycznym, nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 85 ust. 2 ustawy pzp, Izba zważyła, że co prawda literalne brzmienie tego przepisu, (wg. stanu prawnego sprzed nowelizacji z dnia 4 września 2008 roku, który znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie, zgodnie z art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych i końcowych ustawy nowelizującej) wskazuje na uprawnienie Zamawiającego zwrócenia się do wykonawców w uzasadnionych przypadkach o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Izba stoi na stanowisku, że w zaistniałej sytuacji w świetle upływu terminu związania ofertą zaszła uzasadniona przesłanka, do wystąpienia do wykonawców o przedłużenie takiego terminu, a uprawnienie Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawców z takim wnioskiem należy uznać w tej sytuacji za jego obowiązek. Odmienne działanie i bezczynność Zamawiającego z podjęciem decyzji aż do upływu terminu związania ofertami, stanowi naruszenie przepisów ustawy i zasad współżycia społecznego.

Izba uznała za prawnie skuteczne samodzielne złożenie przez Odwołującego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i przedłużeniu ważności wadium.

Ustawodawca w art. 85 ust. 2 ustawy pzp odnosi się jedynie do czynności Zamawiającego, jednocześnie nie regulując uprawnień wykonawców w tym zakresie, zatem zgodnie z art. 14 ustawy pzp, zastosowanie mają w tym przypadku przepisy ustawy Kodeks cywilny.

Wobec powyższego działanie Odwołującego zmierzające do przedłużenia terminu związania ofertą jest uprawnione w świetle treści art. 66 § 1 ustawy Kodeks cywilny. Złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą jest niewątpliwie wyrazem chęci zawarcia umowy i jej realizacji. W tym względzie Izba oparła się na stanowisku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 maja 2007 roku, w którym Sąd stwierdził, że językowa wykładnia przepisu „*prowadzi do wniosku, że jego adresatem jest jedynie zamawiający, a nie wykonawca. Tym samym więc wykonawca może przez 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*” (wyrok z dnia 28 maja 2007 r. sygn. akt XIX Ca 194/07). Podobny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 kwietnia 2008 roku, KIO/UZP 315, 330/08.

Stanowisko to znalazło również swoje odzwierciedlenie w aktualnym stanie prawnym, gdzie dyspozycja art. 85 ust. 2 ustawy pzp, w jego brzmieniu po nowelizacji z dnia 4 września 2008 roku, przyznaje Wykonawcom wprost prawo do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą i wadium.

Wobec powyższego Izba stwierdza, że w przedmiotowym postępowaniu w zadaniach 1-5 zamówienia oferta Odwołującego pozostaje zabezpieczona wadium a jej termin związania nie upłynął.

Izba, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były podniesione w proteście, zatem należy uznać, że okoliczności dodatkowe, wskazane w rozstrzygnięciu protestu i podtrzymane w trakcie rozprawy, jako przesłanki unieważnienia postępowania a nie podniesione w informacji o unieważnieniu z dnia 5 stycznia 2009 roku takie jest: brak środków na realizację zamówienia i upływu terminu związania ofert, nie mogą być przedmiotem badania i oceny dokonanej przez Izbę.

Odwołujący nie mógł bowiem odnieść się do argumentacji Zamawiającego przedstawionej dopiero na etapie rozstrzygnięcia protestu a zatem był pozbawiony prawa do zajęcia pełnego stanowiska i podniesienia w proteście zarzutów dotyczących dodatkowych, nie wskazanych w informacji o unieważnieniu postępowania, powodów unieważnienia.

Przywołane przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu i w trakcie rozprawy dodatkowe przesłanki unieważnienia postępowania, nie mogą być również wzięte przez Izbę pod rozwagę z urzędu, gdyż przepis art. 191 ust. 3 ustawy w jego brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 4 września 2008 roku, który dawał upoważnienie Izbie do wzięcia z urzędu okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania został wykreślony. Zatem zgodnie z przepisami

zawartymi w dziale VI ustawy pzp, które znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie w oparciu o art. 4 ust. 2 przepisów przejściowych i końcowych ustawy z dnia 4 września 2008 roku, Izba nie ma uprawnień do orzekania ponad zarzuty protestu i podnoszenia z urzędu okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania.

Izba zwraca ponadto uwagę na okoliczność, że przesłanki podniesione przez Zamawiającego mogą być przedmiotem odrębnych czynności, na które przysługują wykonawcom odrębne środki zaskarżenia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1a i 2 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*