

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 maja 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: **Wioleta Paczkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **Monikę Kołodziej prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą SIGMA, Al. W. Korfanteo 79; 40-160 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **Minova Ekochem S.A., ul. Budowlana 10; 41-100 Siemianowice Śląskie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Spółdzielnia Inwalidów ZGODA, ul. 8-go Marca 1; 95-050 Konstantynów Łódzki** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Monikę Kołodziej prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą SIGMA, Al. W. Korfantego 79; 40-160 Katowice** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez **Monikę Kołodziej prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą SIGMA, Al. W. Korfantego 79; 40-160 Katowice** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od **Moniki Kołodziej prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą SIGMA, Al. W. Korfantego 79; 40-160 Katowice** na rzecz **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę półmasek filtrujących cząsteczki stałe i ciekłe jednorazowego użytku do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2011 roku”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 listopada 2010 r. pod numerem 2010/S 226-344573.

Dnia 14 kwietnia 2011 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniach Nr 3 i 5 oraz o wykluczeniu, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wykonawcy Moniki Kołodziej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą SIGMA, Al. W. Korfanteo 79; 40-160 Katowice.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Monika Kołodziej prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą SIGMA, Al. W. Korfanteo 79; 40-160 Katowice (zwana dalej „Odwołującym”) i dnia 22 kwietnia 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od następujących czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, tj.:

1. Wykluczenia Odwołującego z postępowania i tym samym uznania oferty Odwołującego złożonej w zakresie zadania nr 3 i 5 za odrzuconą (w związku z treścią art. 24 ust. 4 Pzp).
2. Odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w zakresie zadania nr 3 i 5.
3. Wyboru oferty Spółdzielni Inwalidów „ZGODA” w zakresie zadania nr 5 oraz oferty MINOVA-EKOCEM S.A. w zakresie zadania nr 3 jako najkorzystniejszych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w szczególności:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 2 poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo, iż Odwołujący skutecznie przedłużył ważność oferty oraz wniósł ponownie wadium.
2. Art. 91a ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie przeprowadzenie aukcji elektronicznej, co do zadania nr 3 i 5, pomimo że zostały spełnione przesłanki do jej przeprowadzenia zgodnie z punktem VII 1.1. s.i.w.z.

3. Art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez niedopełnienie obowiązku starannego zbadania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, tj. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze ofert najkorzystniejszych w zakresie zadania nr 3 i 5, o czym Odwołujący został poinformowany drogą faksową w dniu 14 kwietnia 2011 r.
2. Nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania a w konsekwencji odrzucenia jego oferty w zakresie zadania nr 3 i 5.
3. Nakazanie prowadzenia dalej postępowania, co do zadania nr 3 i 5 w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w drodze aukcji elektronicznej z udziałem Odwołującego z uwagi na spełnienie warunków przeprowadzenia aukcji elektronicznej określonej w s.i.w.z.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 22 kwietnia 2011 roku.

Zamawiający, dnia 22 kwietnia 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 26 kwietnia 2011 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca: Minova Ekochem S.A., ul. Budowlana 10; 41-100 Siemianowice Śląskie oraz dnia 22 kwietnia 2011 roku wykonawca: Spółdzielnia Inwalidów ZGODA, ul. 8-go Marca 1; 95-050 Konstantynów Łódzki.

Zamawiający, nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych jako, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż Zamawiający, pismem z dnia 31 stycznia 2011 roku wezwał wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Wykonawcy mieli obowiązek złożyć oświadczenie do dnia 9 lutego 2011 roku.

Odwołujący był związany ofertą do dnia 9 lutego 2011 roku i do tej daty nie wyraził zgody na przedłużenie terminu jej związania.

Zamawiający dnia 14 lutego 2011 roku zwrócił Odwołującemu wadium wniesione w przedmiotowym postępowaniu.

Pismem z dnia 31 marca 2011 roku, przesłanym Zamawiającemu faksem w dniu 1 kwietnia 2011 roku, Odwołujący poinformował, że przedłuży ważność swojej oferty do dnia 30 kwietnia 2011 roku. Równocześnie Odwołujący wniósł powtórnie wadium w pieniądzu, bezpośrednio na rachunek bankowy Zamawiającego.

W ocenie Izby Odwołujący swoimi czynnościami doprowadził do sytuacji, w której jego oferta przestała wiązać w okresie od 10 lutego 2011 roku do dnia 1 kwietnia 2011 roku, czego potwierdzeniem jest również brak wymaganego przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, jak i specyfikacją istotnych warunków zamówienia zabezpieczenia tejże w wadium.

Należy podkreślić, iż wykonawca w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, to osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z przepisem art. 85 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż 60 dni – jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2.

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.

Konsekwencją dla Odwołującego, niewykonania powyższych czynności jest, w ocenie Izby utracenie statusu wykonawcy. Skoro bowiem Odwołujący (wykonawca), jako uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia składa ofertę, to winien, poza samą czynnością złożenia oferty monitorować przebieg postępowania, niepozostając mu obojętny.

Z akt sprawy wynika, iż Odwołujący zaniechał czynności wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w terminie wskazanym przez Zamawiającego, zaniechał również czynności zabezpieczenia tejże oferty w wadium, pozostawiając wynik w tym zakresie biegowi zdarzeń.

Nie można sanować czynności Odwołującego, jak też jego mylnego oglądu sprawy okoliczność, iż w prowadzonym postępowaniu zostało złożone przez Odwołującego odwołanie, uwzględnione przez Izbę i w tym zakresie oferta sama z siebie musi być uznana za formalnie obowiązującą.

Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, iż wadium zabezpiecza ofertę, dlatego powinno być złożone przed upływem terminu składania ofert i winno zabezpieczać ofertę w całym jej okresie związania. Niezabezpieczenie oferty w wadium, powoduje skutek dla Zamawiającego, polegający na niemożności zaspokojenia się w przypadkach określonych przepisem art. 46 ust. 4a oraz 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Dlatego też ustawodawca przewidział sankcję dla wykonawców w postaci wykluczenia z postępowania w przypadku, gdy wykonawca nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp).

Cywilistyczna zasada związania ofertą została wyrażona w art. 66 k.c. Zgodnie z nią wykonawca 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. Okres związania mija wraz z upływem oznaczonego terminu. Prawo zamówień publicznych modyfikuje tę cywilistyczną konstrukcję, wprowadzając rozwiązanie, zgodnie z którym co do zasady to nie wykonawca składając ofertę, wskazuje termin, w którym oczekuje odpowiedzi – ale zamawiający w s.i.w.z. określa, jak długo będzie trwał okres związania ofertą wykonawców, którzy złożą oferty w postępowaniu. Przy oznaczaniu terminu związania ofertą jest zobowiązany przestrzegać nieprzekraczalnych terminów związania określonych w prawie zamówień publicznych. Zgoda na dalsze związanie ofertą może być wyrażona wyłącznie w czasie, gdy wykonawca jest jeszcze ofertą związany.

Prośba zamawiającego o wyrażenie zgody na wydłużenie terminu związania ofertą nie musi być w żaden sposób uzasadniona i należy do uznania zamawiającego. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawców o zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą nie powoduje obowiązku wyrażenia takiej zgody. Jeśli wykonawca wyraża zgodę, powinien złożyć ją w formie pisemnej lub formie przewidzianej przez zamawiającego, jako właściwa do składania oświadczeń (którym niewątpliwie jest wyrażenie zgody), zgodnie z art. 27, gdyż w myśl art. 73 § 1 k.c., jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna i to wyłącznie w sytuacji, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Milczenie wykonawcy w tym zakresie musi być natomiast każdorazowo traktowane, jako brak wyrażenia zgody, gdyż nie można go traktować jako oświadczenia woli. Wymóg pisemności (a przy zastosowaniu przepisu art. 27 ust. 1 również dopuszczenie składania oświadczeń poprzez faks lub e-mail) nie pozwala na uznanie, iż milczenie wypełnia te wymogi. Tym samym nawet w przypadku okoliczności wskazujących na zamiar dalszego uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu, np. przedłużenie ważności wadium, niezachowanie wymaganej formy oświadczenia woli nie pozwoli na uznanie, iż przedłużenie terminu związania ofertą nastąpiło. Wykonawca,

odmawiając dalszego związania ofertą, nie ponosi żadnych konsekwencji takiej decyzji, w szczególności nie traci wadium. Zgoda na dalsze związanie ofertą, co do zasady może rodzić skutki prawne tylko wówczas, gdy wraz z jej wyrażeniem wykonawca przedłuży okres ważności wadium. Literalne brzmienie przepisu może sugerować, iż przedłużenie ważności wadium musi nastąpić w tym samym momencie, co wyrażenie zgody na dalsze związanie ofertą („jednocześnie”). Celem przepisu jest jednak wyłącznie wprowadzenie obowiązku złożenia wadium na nowy okres związania ofertą. Wystarczające będzie więc, jeśli obie te czynności zostaną dokonane w dowolnej kolejności, byleby miały miejsce przed upływem terminu związania ofertą. Za niedopuszczalne w świetle przepisu należy natomiast uznać przedłużenie ważności wadium dokonane po upływie terminu związania ofertą, nawet jeśli wadium wniesione wraz ze składaniem ofert zachowywało ważność przez dłuższy okres niż pierwotnie wskazany w s.i.w.z., ale krótszy niż nowy termin związania ofertą.

Konsekwencją powyższych ustaleń, jest konieczność stwierdzenia, iż przez podmiot nieuprawniony w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należy rozumieć przede wszystkim podmiot, któremu nie służy przymiot wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Podmiotem nieuprawnionym będzie zatem wykonawca, który w wyniku czynności przez niego dokonanych utracił taki przymiot. Utrata tegoż przymiotu, w ocenie Izby może wynikać z różnych aspektów sprawy, choćby zaniechanie w chęci ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego.

Tym samym Odwołujący, rezygnując ze swojej oferty złożonej Zamawiającemu utracił status wykonawcy. Dlatego też Izba stwierdzając jw. postanowiła odrzucić odwołanie, jako że zostało wniesione przez podmiot do tych czynności nieuprawniony.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....