

Sygn. akt: KIO 1815/11

WYROK
z dnia 05 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Józefa Lisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługowy Zakład „WOD – KAN – GAZ” Józef Lis, Biuro Techniczno – Handlowe „EMP TERMO” Ewa i Marek Piękoś Spółka Jawna, 37-200 Przeworsk, ul. Głębocka 44** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Miasta i Gminy Myślenice, 32-400 Myślenice, Rynek 8/9**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Firma Handlowo – Usługowa INSTBUD S. Boguta Sp. J., Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych KANBUD S.C. J. Wójcik, Z. Wójcik, Hamer Brunarska, Gruskoś Sp. J., 32-420 Gdów, Nieznanowice 50** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Józefa Lisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługowy Zakład „WOD – KAN – GAZ” Józef Lis, Biuro Techniczno – Handlowe „EMP TERMO” Ewa i Marek Piękoś Spółka Jawna, 37-200 Przeworsk, ul. Głębocka 44** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy

złoty zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Józefa Lisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługowy Zakład „WOD – KAN – GAZ” Józef Lis, Biuro Techniczno – Handlowe „EMP TERMO” Ewa i Marek Piękoś Spółka Jawna, 37-200 Przeworsk, ul. Głębocka 44,** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Myślenice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Głogoczów - Kontrakt nr 7”.

Odwołujący Usługowy Zakład „WOD-KAN-GAZ” Józef Lis, Biuro Techniczno – Handlowe „EMP TERMO” Ewa i Marek Piękoś spółka jawna wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących artykułów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 24 ust. 2 pkt 2 poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, że nie zaistniała sytuacja polegająca na braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1 poprzez nie wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2011r. sygn. KIO/1452/11, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 w zw. z art. 5 KC, poprzez celowe zwleknięcie z przywróceniem oferty Odwołującego do postępowania oraz z informacją o dalszych działaniach - po wydaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 w zw. z art. 5 KC poprzez nierówne potraktowanie Odwołującego oraz Konsorcjum: Firma Usługowo Handlowa Instbud Stanisław Boguta sp. j., Zakład Robót Inżynieryjno Budowlanych Kanbud s.c. 3. Wójcik, Z. Wójcik, Hamer Brunarska, Gruskoś sp. jawna (dalej - Konsorcjum Instbud), związane faworyzowaniem Konsorcjum Instbud przejawiającym się w działaniach polegających m.in. na zwlekaniu i wprowadzaniu w błąd Odwołującego, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty Odwołującego,

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert alternatywnie Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp z uwagi na to, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w dniu 28 czerwca 2011r. odrzucił ofertę Odwołującego. W następstwie wniesionego odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 22 lipca 2011r. wydała wyrok, w którym nakazała Zamawiającemu „powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego”.

Zamawiający w dniu 12 sierpnia 2011r. dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazując na 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący

ponownie wniósł odwołanie, w którym podniósł, iż artykuł 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy obliguje do wykluczenia Wykonawcy, który „nie wyraził zgody” na przedłużenie terminu związania ofertą, co zdaniem Odwołującego, wskazuje jednoznacznie na to, że nie jest on zainteresowany dalszym związaniem się ofertą i wyraził to poprzez jakiekolwiek oświadczenie woli wskazujące na brak zgody na utrzymywanie oferty w postępowaniu. Jak podkreślał Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu, telefonicznie wielokrotnie wyrażał chęć zawarcia umowy, zwracał się do Zamawiającego z prośbą o informację, jakie czynności ma wykonać, aby zawrzeć umowę, co stanowiło wskazanie, że jest zainteresowany podpisaniem umowy i uważa swoją ofertę za ważną. Odwołujący utrzymywał, iż tylko w sytuacji gdy Wykonawca nie zgodzi się na przedłużenie terminu związania ofertą - Zamawiający powinien go wykluczyć.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający nie wykonał wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, ponieważ nie przeprowadził ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był ocenić ofertę Odwołującego - zgodnie ze wskazaniem Krajowej Izby Odwoławczej, bez względu na to, czy Wykonawca złożył samodzielne dodatkowe oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, czy nie.

Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający naruszył zasady gospodarności wybierając ofertę droższą o ok. 1, 4 mln zł w sytuacji, gdy posiadał ważną i prawidłową ofertę Odwołującego. Odwołujący podkreślał, iż działanie Zamawiającego naruszało dobre obyczaje handlowe i zasady współzycia społecznego. Odwołujący powołał się na inne prowadzone postępowanie, którego przedmiotem była dostawa „6 sztuk fabrycznie nowych przegubowych, wielocłonowych, całkowicie niskopodłogowych tramwajów wraz ze specjalistycznym wyposażeniem obsługowym oraz pakietem naprawczym”,

Odwołujący zwrócił uwagę, iż z przepisu art. 85 ust. 2 wynika dla Wykonawcy jedynie możliwość, nie zaś obowiązek składania oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą pod rygorem wykluczenia z postępowania przedłużenia terminu związania ofertą. Natomiast dla Zamawiającego wynika, że może się on zwrócić tylko raz o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy, niż 60 dni.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w żadnym swoim przepisie nie wskazuje na konieczność samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą, w żadnym przepisie również nie wskazuje na niemożność wyboru wykonawcy po upływie terminu związania ofertą.

Odwołujący argumentował także, że art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych literalnie wskazuje na konieczność wykluczenia wykonawców, którzy „nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą”. Oznacza to, że wykonawca powinien w sposób

aktywny nie zgodzić się na przedłużenie okresu związania ofertą. Zwrócił uwagę, iż podobna sytuacja występuje w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie ustawa nakazuje odrzucenie oferty, w sytuacji, gdy wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3. Na początku obowiązywania znowelizowanej ustawy również były wątpliwości, w jaki sposób Wykonawca powinien wyrazić brak zgody - czy milczenie wykonawcy oznaczało brak zgody.

Odwołujący podkreślał, iż wyrażał wolę zawarcia umowy oraz był w ciągłym kontakcie z Zamawiającym, co powinno jednoznacznie wskazywać na aktualność jego oferty. Zamawiający nie udzielał mu informacji o ewentualnej konieczności złożenia dodatkowego oświadczenia o terminie związania ofertą i dopiero po jego upływie wykluczył go z postępowania. Zamawiający naruszył tym samym zasady współzycia społecznego poprzez działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami handlowymi oraz nadużycie zaufania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający - jako jednostka sektora finansów publicznych dysponująca mieniem publicznym posiada pewien zakres zaufania, które powinno być pogłębiane przez prowadzenie postępowania w sposób gwarantujący uczciwą konkurencję. W niniejszym przypadku działał w sposób sprzeczny z przedmiotowymi zasadami, a w konsekwencji - jego działanie powinno być uznane za bezskuteczne. Zamawiający nie dochował zasad gospodarności, dążąc do wyboru oferty droższej o 1,4 mln zł niż oferta Odwołującego. Zamawiający w konsekwencji swojego działania wyeliminował 13 (trzynastu) z 14 (czternastu) wykonawców, czym bezpodstawnie ograniczył konkurencją.

W toku postępowania ustalono, iż Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 czerwca 2011 roku złożył Zamawiającemu oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 18 lipca 2011 roku, przedłużając jednocześnie termin obowiązywania wadium na okres od 20 czerwca 2011 roku do 18 lipca 2011 roku. Pierwsze odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zostało wniesione przez Odwołującego w dniu 08 lipca 2011 roku, wyrok kończący postępowanie odwoławcze, wydany przez Krajową Izbę Odwoławczą został wydany w dniu 22 lipca 2011 roku. Okres od dnia wniesienia odwołania do dnia ogłoszenia wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą uległ zawieszeniu z mocy prawa i rozpoczął swój bieg ponownie w dniu 23 lipca 2011 roku. Obliczono, iż bieg terminu związania ofertą upłynął w dniu 02 sierpnia 2011 roku. Zamawiający oświadczył, iż do tego dnia nie wpłynęło do Zamawiającego żadne oświadczenie Wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą na okres dłuższy niż do dnia 02 sierpnia 2011 roku.

Ponadto Zamawiający oświadczył, iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2011 roku został mu doręczony w dniu 02 sierpnia 2011 roku.

Do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Firma Handlowo- Usługowa INSTBUD S. Boguta sp. j., Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych KANBUD s.c. Hamer Brukarska, Gruskoś sp. j.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem Zamawiający wykluczył Odwołującego i odrzucił jego ofertę. W przypadku, gdyby Zamawiający nie dokonał tej czynności - oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Rozpatrując niniejszą sprawę, nie sposób nie odnieść się do treści art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dokonując analizy prawnej w niniejszej sprawie, nie można pominąć istnienia tego artykułu. Przepis ten wskazuje, iż oferty, jakie składają wykonawcy, są wiążące przez określony czas. Artykuł ten jest niezbędny dla zamawiającego, chroniąc go przed możliwością przedwczesnej rezygnacji przez wykonawców z udziału w postępowaniu. Z drugiej strony przepis ten chroni również wykonawców, gdyż są oni związani swoimi ofertami jedynie przez określony czas, a po jego upływie mogą zrezygnować z udziału w postępowaniu bez żadnych negatywnych dla siebie konsekwencji. Przepis ten chroni więc wykonawców w sytuacji, gdy przedłużające się postępowanie i zmiany na rynku czynią niekorzystnym dalsze pozostawanie wykonawców w postępowaniu.

Stąd ustawodawca przewidział porozumienie się pomiędzy zamawiającym i wykonawcą oraz wykonawcą i zamawiającym w celu uzyskania zgody na pozostawanie wykonawcy w postępowaniu przez kolejny określony czas. W tym miejscu warto również zwrócić uwagę, że zarówno ustawa Prawo zamówień publicznych, jak i przepisy kodeksu cywilnego mówią, iż oferta wiąże przez czas określony. Zatem przepisy prawa, zarówno ogólne, jak i szczególne, wprowadzają zasadę, iż oferta nie wiąże w nieskończoność, ale wiąże przez czas oznaczony: w treści oferty albo wynikający z ustawy, albo wynikający z zachowania stron potencjalnego stosunku zobowiązaniowego (np. art. 66 § 2 kodeksu cywilnego). Oferta zatem nie wiąże w nieskończoność, a prawo przewiduje konieczność określonego zachowania się. Ustawa Prawo zamówień publicznych umożliwia zamawiającemu zwrócenie się do wykonawców z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o określony w ustawie czas, zaś dla wykonawcy przewiduje możliwość przedłużenia terminu związania ofertą. Z tego przepisu wynika więc konieczność określonego działania wykonawcy i zamawiającego.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 9 przewiduje dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zasadę pisemności.

Z zasady tej wynika, że oświadczenia składane przez wykonawcę, w tym oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, powinny zostać złożone w formie pisemnej. W świetle brzmienia tego przepisu za całkowicie niewystarczające należy uznać oświadczenia składane bez zachowanie tej formy, np. w formie dorozumianej lub konkludentnej.

Przekładając niniejsze rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż przedłużenie terminu związania ofertą wymaga czynnego zachowania wykonawcy lub zamawiającego i wykonawcy. W przypadku wykonawcy jego działanie polegać powinno na złożeniu jednoznacznego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Z całą pewnością nie można jedynie domniemywać, że wykonawca złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Oświadczenie to powinno zostać złożone w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości i w formie pisemnej. Milczenie wykonawcy w tym zakresie oznacza brak przedłużania przez niego terminu związania ofertą. Rozmowom telefonicznym prowadzonym przez pracownika zamawiającego i odwołującego nie można przyznać charakteru czynności złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Bowiem w świetle naczelnej zasady ustawy Prawo zamówień publicznych wyrażonej w art. 9 ustawy, oświadczenie to powinno zostać złożone w formie pisemnej lub przewidzianej w art. 27 ust. 1. Ustawa nie przewiduje innych form składania oświadczeń w postępowaniu.

Bierność lub milczenie wykonawcy z całą pewnością nie może zostać uznane jako zachowanie oznaczające złożenie przez wykonawcę jakiegokolwiek oświadczenia, w tym oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje formę aktywności, działania. Bierność wcale nie oznacza działania. Ustawa nie przewiduje także domniemania, że milczenie wykonawcy, brak złożenia oświadczenia w wymaganej formie jest zgodą na przedłużenie terminu związania ofertą. Brak jednoznacznego oświadczenia wykonawcy (zaniechanie podjęcia czynności) oznacza, że zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą nie została wyrażona. Ustawa nie stanowi, że termin związania ofertą przedłuża się samoistnie. Skoro ustawa przewiduje (w artykule 85), że zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę do przedłużenia terminu związania ofertą, oznacza to, że z ustawy jednoznacznie wynika, że termin związania ofertą nie przedłuża się automatycznie, ale do przedłużenia tego terminu wymagane jest jednoznaczne oświadczenie wykonawcy (zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą). Milczenie lub brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oznacza, że termin związania ofertą nie ulega przedłużeniu. W przedmiocie terminu związania ofertą odwołujący nie złożył jakiegokolwiek oświadczenia, zatem przedłużenie terminu związania ofertą nie nastąpiło.

Co więcej, z uwagi na fakt, iż oferta nie może wiązać bezterminowo, w oświadczeniu o przedłużeniu terminu związania ofertą wykonawca powinien wskazać termin, do którego przedłuży okres związania ofertą, a więc termin, do którego wykonawca pozostaje ofertą związany (chyba, że termin ten wynika z zapytania skierowanego przez Zamawiającego). W niniejszej sprawie z całą pewnością odwołujący nie wskazał takiego terminu.

Skoro więc art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą wymaga aktywnego działania, inicjatywy wykonawcy (w formie pisemnej, jak powyżej), to brak tego działania w tym zakresie jest równoznaczny brakiem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy podkreślić, że przesłanką możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy nie jest uprzednie wezwanie wykonawcy przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Z treści artykułu 24 nie wynika aby brak zgody wykonawcy, o którym mowa w tym przepisie, musiał być poprzedzony wezwaniem Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą.

Fakt, iż ustawodawca nie zawarł sformułowania w art. 24 ust. 2 pkt. 2 „na wezwanie Zamawiającego”, a jedynie „nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą” potwierdza, że w tym artykule jest także przesłanka do wykluczenia wykonawcy, który samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą (czyli nie wyraził zgody na przedłużenie związania ofertą), a nie tylko tego, który po wezwaniu zamawiającego nie przedłużył terminu związania ofertą (na wezwanie).

Izba za nieprawidłowe uznała twierdzenia odwołującego, iż możliwy jest wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, której termin związania upłynął. Twierdzenie takie w istocie prowadzi do podważenia instytucji terminu związania ofertą, która przewiduje m.in. art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę wykładnię systemową oraz zasadę racjonalnego ustawodawcy nie sposób uznać, że istnienie tej instytucji nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Gdyby twierdzenie odwołującego było prawidłowe, instytucja terminu związania ofertą byłaby w ustawie zbędna, gdyż z jej istnieniem nie byłyby powiązane żadne skutki prawne. Jednakże instytucja ta istnieje w ustawie, w związku z tym, w ocenie Izby skutek prawny jej istnienia polega na tym, że nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, której termin związania upłynął.

Izba zauważyła, że jakkolwiek działaniom zamawiającego można przypisać opieszałość, jednakże ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyznacza terminu, w jakim Zamawiający dokonuje badania i oceny ofert. Izba zwraca tutaj uwagę na fakt, iż wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążący od chwili jego wydania, nie zyskuje „waloru prawomocności” z chwilą upływu terminu do wniesienia skargi do sądu okręgowego, zatem nie było konieczności, aby zamawiający zwlekał z dokonaniem czynności badania i oceny ofert do chwili upływu terminu do wniesienia skargi do sądu okręgowego. Zamawiający zobowiązany był także do dokonania wyboru spośród ofert, które nie podlegały wykluczeniu lub odrzuceniu w chwili dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownie, po wydanym wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba zauważyła także, że wymiana poglądów przez telefon nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Nie przewidziano takiej formy porozumiewania się z wykonawcami. Trudno zatem w tym kontekście uznać zarzut co do ewentualnego wprowadzania w błąd.

Zarzut niegospodarności nie jest przedmiotem rozpatrywania na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzut ten może pojawiać się na gruncie innych postępowań. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych Izba ocenia jedynie zgodność czynności Zamawiającego z przepisami tej ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....