

WYROK

z dnia 30 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Anna Chudzik

Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 grudnia 2013 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” S.A. ul. Adama Branickiego 15, 02-972 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach Sp. z o.o. ul. Rolnicza 244, 05-092 Łomianki,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” S.A. ul. Adama Branickiego 15, 02-927 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od odwołującego **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” S.A. ul. Adama Branickiego 15, 02-927 Warszawa**, na rzecz zamawiającego **Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach Sp. z o.o. ul. Rolnicza 244, 05-092 Łomianki**, kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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:

Członkowie:

.....

3.

Sygn. akt: KIO 2864/13

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację i rozbudowę oczyszczalni ścieków w Łomiankach”, ogłoszonym w Dz. Urz. UE Nr 2013/S 138-240200 z 18.07.2013 r., w dniu 13 grudnia 2013 r. zostało w formie pisemnej złożone odwołanie przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Pol-Aqua S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej także zwany Pol-Aqua), w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem zawiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 4 grudnia 2013 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu oraz z uwagi na nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Zakładowi Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach Sp. z o.o. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej zwaną ustawa Pzp, tj.:

- art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez ich zastosowanie i uznanie, że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania,
- art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez błędne ich zastosowanie w stosunku do odwołującego pomimo braku przesłanek,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez błędne jego zastosowanie,
- art. 26 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do odwołującego,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 i 8 Pzp poprzez ich błędne zastosowanie,
- art. 85 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się przez zamawiającego do odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,
- art. 91 ust. 1 Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej i niewykonanie wyroku KIO z dnia 24 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2332/13, KIO 2333/13),

- art. 7 ust 1 i ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejawiające się m.in. w zaniechaniu wyboru oferty odwołującego,
- art. 184 Pzp poprzez zaniechanie skierowania stosownego wezwania do odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej oraz zawarcia z odwołującym umowy;
- 4) obciążenia zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że w niniejszym postępowaniu zostały przeprowadzone już dwie procedury odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą wszczęte na skutek odwołania wniesionego przez odwołującego oraz odwołania wniesionego przez Seen Technolgie Sp. z o.o. Odwołujący wniósł w dniu 30 września 2013 r. odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego i wykluczenia go z postępowania - pismem zamawiającego z dnia 19 września 2013 r. - zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcach wykluczonych z postępowania o udzielenie zamówienia i ofertach odrzuconych.

W wyniku powyższych postępowań odwoławczych Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 24 października 2013 r. wyrokiem sygn. akt KIO 2332/13, KIO 2333/13 uwzględniła odwołanie wniesione przez odwołującego (w sprawie o sygn. 2332/13) i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego (P.R.I. Pol-Aqua S.A.) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego. A więc, tym samym, KIO nakazała zamawiającemu „przywrócenie” odwołującego do postępowania.

Jednakże, zamawiający pismem z dnia 4 grudnia 2013 r., odrzucił (ponownie, wbrew cytowanemu wyrokowi KIO) ofertę odwołującego i wykluczył z postępowania wszystkich wykonawców biorących udział w przetargu, w tym odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący nie zgodził z takim rozstrzygnięciem przetargu, gdyż uważał, że jego

oferta winna być uznana za najkorzystniejszą. Wskazywał, że w wyniku naruszenia wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp poniósł szkodę, gdyż zgodnie z informacją podaną przez zamawiającego w trakcie czynności otwarcia ofert oraz zgodnie z kryteriami oceny ofert przyjętymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - oferta złożona przez odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia go z postępowania, a działanie takie było niezgodne z prawem.

Odwołujący podtrzymał swoją wolę uczestnictwa w przetargu, oświadczył w odwołaniu, że pozostaje związany swoją ofertą i jest gotowy zawrzeć umowę z zamawiającym w sprawie zamówienia publicznego.

Z powyższego wywodził, że gdyby zamawiający nie naruszył przepisów Pzp i nie wykluczył odwołującego z postępowania i nie odrzucił złożonej oferty - niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz nie unieważnił postępowania, oferta odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą i tym samym, odwołujący uzyskałby zamówienie, co uzasadnia interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, zatem i legitymację do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Dalej odwołujący wyjaśniał, że z otrzymanego zawiadomienia z dnia 4 grudnia 2013r. wynika, iż zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp „z uwagi na upływ terminu związania ofertą wszystkich ofert i konieczność wykluczenia wszystkich wykonawców” jak również „z uwagi na nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia”.

I. Zamawiający wskazał, iż przed upływem terminu związania ofertą żaden z wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu nie przedłużył terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wobec czego zamawiający, działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wykluczył z postępowania wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu tj:

1. Konsorcjum firm: Instal - Rem S.A, Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A.;
2. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” S.A.;
3. SEEN Technologie Sp. z o.o.

Jednocześnie zarzucał, że zamawiający nie zwrócił się do żadnego z wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 Pzp.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie był uprawniony, aby wykluczyć go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w oparciu o zarzut, że odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący

zaznaczał, że art. 85 ust. 2 Pzp nie przewiduje, w jakiej formie ma być złożone oświadczenie woli wykonawcy dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą. Stosownie do art. 14 ust. 1 ustawy Pzp zastosowanie znajduje art. 60 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny.

Odwołujący przytoczył treść art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy „nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.”

Odwołujący zaprzeczył twierdzeniom, jakoby „nie wyraził zgody” na przedłużenie terminu związania ofertą, ponieważ zamawiający z takim wnioskiem nie wystąpił w ogólności do żadnego z wykonawców. Trudno mówić, bowiem o braku zgody odwołującego na przedłużenie okresu związania ofertą, w sytuacji, gdy jako wykonawca nie został o taką zgodę spytany.

Odwołujący ponowił argumentację, że w przedmiotowym postępowaniu w dniu 24 października 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt KIO 2332/13, KIO 2333/13) ogłosiła wyrok, w którym uwzględniła odwołanie wniesione przez odwołującego i nakazała zamawiającemu m.in. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego. A więc, tym samym, KIO nakazała zamawiającemu „przywrócenie” odwołującego do postępowania.

Następnie, zamawiający, wykonując wyżej wymieniony wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r., pismem z dnia 30 października 2013 r. wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. wykazu robót budowlanych, wyznaczając termin do 4 listopada 2013 r.

Odwołujący, pismem z dnia 31 października 2013 r. złożył stosowne wyjaśnienia. Następnie, zamawiający, wykonując wyżej wymieniony wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r., pismem z dnia 5 listopada 2013 r. wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu osób, wyznaczając termin do 8 listopada 2013 r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu osób, odwołujący, pismem z dnia 7 listopada 2013 r. uzupełnił wykaz osób w sposób potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Następnie, zamawiający pismem z dnia 12 listopada 2013 r. wezwał odwołującego do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp, wyznaczając termin do dnia 15 listopada 2013 r. Termin ten został przez zamawiającego przedłużony do dnia 18 listopada 2013 r. (w związku z wnioskiem o przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień przez innego z wykonawców: Konsorcjum Instal - Rem S.A., Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A.).

Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia i uzupełnienia w dniu 18 listopada 2013 r. W tym czasie, aż do otrzymania przez odwołującego zawiadomienia o unieważnieniu postępowania w dniu 4 grudnia 2013 r. odwołujący pozostawał również w kontakcie telefonicznym z zamawiającym. Odwołujący kilkakrotnie dzwonił do zamawiającego w celu dowiedzenia się, kiedy można spodziewać się zawiadomienia o wyborze oferty.

Ponadto, odwołujący, w oczekiwaniu na wybór jego oferty w wyniku złożonego przez siebie odwołania do KIO i korzystnego dla siebie ww. wyroku KIO, w dniu 28 listopada 2013 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udostępnienie do wglądu dokumentacji postępowania i w tym dniu przedstawiciele odwołującego udali się do siedziby zamawiającego w celu dokonania wglądu do dokumentacji.

Powyższe świadczy w ocenie odwołującego, w sposób niebudzący wątpliwości, że odwołujący przez cały czas czuł się związany złożoną przez siebie ofertą i nadal podtrzymywał wolę uczestnictwa w postępowaniu w roli wykonawcy zainteresowanego wyborem swojej oferty i liczył na zawarcie z zamawiającym umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Powyżej wskazane okoliczności sprawy pozwalały na uznanie z jednej strony przez wykonawcę, że zamawiający zmierza do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej stosownie do wyroku KIO z dnia 24 października 2013 r., a z drugiej strony pozwalały na uznanie przez zamawiającego, że odwołujący jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - jakim jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający jest zobowiązany zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp do wyboru oferty najkorzystniejszej i do zawarcia umowy z wybranym wykonawcą. Zamawiający realizując cel postępowania - winien kierować się dążeniem do wyboru oferty najkorzystniejszej - w tym podejmując działania zapobiegające upływowi terminu ważności najkorzystniejszej oferty. Powyższe można wywieść również z zasady gospodarnego wydatkowania środków publicznych, zgodnie z ustawą o finansach publicznych. Odwołujący przytoczył tezę z uzasadnienia postanowienia Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. VI Ga 192/2010

(Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 8 poz. 198), zgodnie z którą: *„Interpretacja norm prawnych zawartych w Prawie zamówień publicznych winna być dokonywana przede wszystkim w świetle celu tego postępowania, to jest, jak zasadnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc wydatkowania pieniędzy publicznych w sposób racjonalny i celowy poprzez uzyskanie za jak najniższą cenę ekwiwalentu w postaci usługi, towaru. To temu celowi służyło wprowadzenie przez ustawodawcę unormowania Prawo zamówień publicznych”.*

W niniejszym postępowaniu od wydania wyroku KIO nakazującego zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego (tj. od dnia 24.10.2013 r.) do zawiadomienia o unieważnieniu postępowania (tj. 4.12.2013 r.) minęło 41 dni. Powyższe świadczy o tym, że zamawiający zwlekał z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, tym samym nie wykonując wyroku KIO. Jednocześnie zamawiający nie sygnalizował odwołującemu w żaden sposób zbliżającego się upływu terminu związania ofertą, a wręcz przeciwnie, podejmował czynności zmierzające do wyboru oferty, w tym wzywał (trzykrotnie) odwołującego do wyjaśnień i uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Jednocześnie, odwołujący podnosił, że żaden przepis prawa nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, mimo upływu terminu związania ofertą. W związku z powyższym, zamawiający, na którym ciąży obowiązek wybrania oferty najkorzystniejszej powinien zwrócić się o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, albo po jego upływie powinien zwrócić się do wykonawcy niezwiązanego ofertą z pytaniem, czy jest on gotowy mimo braku związania ofertą, zawrzeć umowę na warunkach wskazanych w ofercie. Skoro żaden przepis prawa nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest, zdaniem odwołującego - nie ma podstaw, aby nie dokonywać oceny tej oferty.

Odwołujący przytoczył dalsze wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, tj. z 5 lutego 2013 r. (KIO 124/13), zgodnie z którym *„Ustawa - Prawo zamówień publicznych nie zawiera przepisu, który wprost by stanowił o tym, że wybranie oferty, co do której wykonawca nie posiada aktualnego oświadczenia o związaniu jej treścią jest nieważne, a umowa zawarta z takim wykonawcą jest nieważna lub podlega unieważnieniu. Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o ważności i o skuteczności złożonej oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, która nie wiąże wykonawcy, straciła cechy oferty i w związku z tym winna być uznana za nieważną lub podlegająca odrzuceniu.”*

Odwołujący stwierdził, że jego działania wskazywały jednoznacznie, iż podtrzymuje chęć związania swoją ofertą i wolę zawarcia umowy z zamawiającym w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie odwołującego, zamawiający naruszył również zasady współzycia społecznego i dobre obyczaje, z jednej strony podejmując działania zmierzające do wyboru oferty (kierowanie wezwań do wyjaśnień i uzupełnień i przyjmowanie odpowiedzi odwołującego), aby w efekcie stwierdzić (w zawiadomieniu), że wszystkie te czynności były nieważne, ponieważ były dokonane po upływie terminu związania ofertą, co świadczy o braku konsekwencji w działaniach zamawiającego.

W świetle powyższego, odwołujący poczytał odrzucenie swojej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 i 8 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp, jako niezasadne i niezgodne z prawem. Odwołujący przytoczył tezę z postanowienia Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10) *„Przechodząc więc do dalszych zarzutów skargi zamawiającego, w szczególności interpretacji art. 24 ustęp 2 pkt 2 Pzp, to Sąd Okręgowy również podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dokonanej przez nią interpretacji tejże normy prawnej. Stosownie do treści art. 24 ustęp 2 punkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy (...) nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost, iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś, kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody, nie zgodził się, na przedłużenie okresu związania ofertą. Za powyższym przemawia również dokonana przez Sąd Okręgowy wykładnia systemowa, to jest odczytanie treści art. 24 ustęp 2 pkt 2 Pzp w świetle powoływanego zresztą przez skarżącego art. 85 ustęp 2 Pzp. Zgodnie z tą normą wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na trzy 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. Norma ta wskazuje więc na dwie możliwości. Pierwsza, to kiedy wykonawca samodzielnie przedłuża termin związania ofertą, druga kiedy to zamawiający zwróci się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu. W korelacji właśnie z drugą z tych możliwości posługując się zresztą dokładnie tym samym określeniem (odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie terminu) pozostaje możliwość wykluczenia*

wykonawcy z postępowania przetargowego. Gdyby, bowiem ustawodawca chciał, aby podstawa wykluczenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ustęp 2 Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 24 ustęp 2 pkt 2 nie zastosowałby z pewnością odnośnika do wyrażenia zgody, (...) ale określenia typu „nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą”, „nie przedłużyli okresu związania ofertą” i tym podobne. Ustawodawca użył natomiast wyraźnego określenia „nie zgodzili się” odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ustęp 2 Pzp”. Interpretacja ta pozostaje również odzwierciedleniem dokonania analizy niniejszego w świetle wykładni celowościowej. Jak bowiem już wskazano na wstępie, to zamawiający odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne przeprowadzenie postępowania przetargowego. To on w istocie decyduje o dacie wyboru oferty, stąd posiada możliwość kontroli czy termin wynikający z art. 85 ustęp 1 Pzp upłynie przed czy po terminie wyboru oferty. Ograniczenie, iż zamawiający może zwrócić się tylko raz o przedłużenie terminu związania ofertą ma na celu właśnie mobilizację zamawiającego do sprawnego i racjonalnego prowadzenia postępowania przetargowego i nie narażania wykonawcy na zbyt długi termin związania ofertą. Należy wskazać, iż przedłużenie tego terminu leży w interesie zamawiającego. To on, bowiem dzięki temu ma pewność, co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu. Czas ten jednak, jeżeli chodzi o inicjatywę zamawiającego jest ograniczony przez ustawodawcę, co zważywszy na zmieniające się warunki rynkowe znajduje swoje praktyczne podstawy. Termin trzydniowy przed upływem terminu związania ofertą jest to termin zastrzeżony przede wszystkim na rzecz wykonawcy, aby miał możliwość podjęcia decyzji w tym przedmiocie nie będąc stawianym w sytuacji konieczności zbyt rychłego podjęcia decyzji. Albo zamawiający z możliwości przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 skorzysta chcąc zapewnić sobie pewność, co do aktualności treści oferty i w przypadku braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą otworzy sobie możliwość wykluczenia oferenta - na zasadzie art. 24 ustęp 2 pkt 2, albo też zaniedbując upływ przedmiotowego terminu pozbawi się możliwości jego wykluczenia, a tym samym uznania oferty takiego wykonawcy za odrzuconą. Art. 24 Pzp stanowi, bowiem katalog zamknięty; a ze względu na charakter zawartego w nim uregulowania wykluczona jest jakakolwiek rozszerzająca jego interpretacja.” W podsumowaniu Sąd Okręgowy wskazał, iż: „Reasumując, tylko więc, jeżeli przyczyny, których dotyczy art. 24 Pzp, to tylko w przypadku spełnienia przesłanek przewidzianych właśnie w art. 24 Pzp możliwym jest odrzucenie oferty. Konkretnie rzecz biorąc, w przypadku upływu okresu związania ofertą, możliwe jest odrzucenie tej oferty tylko w przypadku, kiedy zostaną spełnione przesłanki z art. 24 ustęp 2 punkt 2, a więc w przypadku braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, a więc - jak wskazano

powyżej w wywodzie prawnym - po uprzednim wezwaniu. W braku wezwania, pomimo upływu tego terminu, brak jest podstaw dla odrzucenia oferty”.

Odwołujący zaznaczał, że powyższe stanowisko i argumentacja Sądu Okręgowego w Rzeszowie została podzielona również przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 19 marca 2012 r., (sygn. akt KIO 459/12). Ponadto, także w wyroku z dnia 2 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/1469/10) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: „Zdaniem Izby katalog przesłanek wskazanych w art. 24 ustawy Pzp skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest zamknięty, co oznacza, że Zamawiający nie może go rozszerzać ani zawężać. (...) Zdaniem Izby w świetle przepisu art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp wykluczyć z postępowania można wyłącznie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Z powyższego wynika, iż Zamawiający wyklucza takiego wykonawcę jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający wystąpił do niego o przedłużenie terminu związania ofertą. Izba podkreśla, co zostało już wcześniej wskazane, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji bezczynności i zaniechania Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca słusznie wskazał w odwołaniu, iż aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na tej podstawie Zamawiający musi wykazać, że występował do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Zdaniem Izby zwrot „nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą” wyraźnie wskazuje, że przed wykluczeniem z postępowania w pierwszej kolejności Zamawiający musi wystąpić do wykonawców o jego przedłużenie. Dopiero brak zgody wykonawcy bądź nieprzedłużenie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie Zamawiającego powoduje, że istnieją przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Izba przypomina, że przesłanek wykluczenia z postępowania nie można interpretować rozszerzająco, ponieważ w swych skutkach prowadzą do wyeliminowania wykonawców z postępowania i uniemożliwienia im uzyskania zamówienia. Konkludując, należy stwierdzić, iż wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych może nastąpić wyłącznie po uprzednim wezwaniu go przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Inna interpretacja powyższego przepisu w nawiązaniu do treści art. 85 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych umożliwiłaby omijanie przepisów ustawy i prowadziła do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym samym orzeczeniu KIO stwierdziła, że: (...) z literalnego brzmienia tego przepisu (art. 85 ust. 2) można wywnioskować, iż wystąpienie do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą jest uprawnieniem Zamawiającego, nie zaś obowiązkiem. Jednakże, zdaniem Izby, jeśli upływ terminu związania ofertą nastąpił w toku prowadzonej przez Zamawiającego procedury; a

postępowanie nie zostało przez Zamawiającego w tym terminie rozstrzygnięte, Zamawiający ma obowiązek w świetle przepisu art. 85 ust. 2 ustawy zwrócić się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty. To w interesie Zamawiającego powinno leżeć wyłonienie wykonawcy oraz udzielenie mu zamówienia publicznego zgodnie z procedurami przewidzianymi w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Izby przyjęcie odmiennej interpretacji art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych mogłoby prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający w sposób nieuprawniony przerzucałby na wykonawców obowiązki związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby w zaistniałym stanie faktycznym w związku z upływem terminu związania ofertą zaistniały uzasadnione przesłanki do wystąpienia do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Zdaniem Izby w opisanym stanie faktycznym Zamawiający wręcz miał obowiązek zwrócić się do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Zamawiający prowadząc postępowanie z zamiarem wyłonienia wykonawcy nie może zapominać o ciążących na nim obowiązkach.”

Odwołujący przytoczył kolejne orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2890/12) „Odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy, gdyż przesłanek do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy - Prawo Zamówień Publicznych; nie można interpretować rozszerzająco, a Zamawiający nie może - odrzucając ofertę - opierać się na ewentualnych przypuszczeniach, gdyż to na nim - w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty - spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty wykonawcy oraz pozbawienia go możliwości uzyskania i realizacji w przyszłości przedmiotu zamówienia.”

II. Jak wynika z zawiadomienia o wynikach przetargu, został on unieważniony na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp „z uwagi na upływ terminu związania ofertą wszystkich ofert i konieczność wykluczenia wszystkich wykonawców”. Zdaniem odwołującego brak było przesłanek do zastosowania przez zamawiającego powyższych przepisów i unieważnienia postępowania. Poza argumentacją wskazaną wyżej, odwołujący podnosił, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno nastąpić jedynie w sytuacji, gdy nie ma możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający mógł doprowadzić do zawarcia ważnej umowy i, tym samym, do osiągnięcia celu postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego poprzez zwrócenie się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą oraz zawarcie umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę - w świetle kryteriów oceny ofert, ustalonych przez zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący utrzymywał, że unieważnienie postępowania z powodu upływu terminu ważności ofert - jest niezgodnym z prawem nadużyciem instytucji unieważnienia postępowania. Upływ terminu związania ofertą nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający miał możliwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia ważnej umowy.

III. Odwołujący podnosił, że zamawiający jako podstawę unieważnienia postępowania wskazał również art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp „z uwagi na nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia”. Zdaniem odwołującego brak jest podstaw do unieważnienia postępowania z powodów wskazanych przez zamawiającego.

Przesłanki unieważnienia należy interpretować ściśle, ponieważ unieważnienie postępowania prowadzi do zniweczenia celu postępowania, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej. Wada, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp musi dotyczyć postępowania i musi być takiego rodzaju, że prowadziłyby do sytuacji, w której gdyby umowa została zawarta, to podlegałaby ona unieważnieniu. A zatem musi być to wada o istotnym znaczeniu dla wyniku postępowania.

Okoliczności podnoszone przez zamawiającego, jako nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia nie były kwestionowane przez żadnego z wykonawców ubiegających się o zamówienie przed otwarciem ofert na etapie SIWZ.

1. Zamawiający wskazuje na naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez postawienie wymogu złożenia oświadczenia w zakresie przeprowadzenia wizji lokalnej, co, zdaniem zamawiającego, mogło doprowadzić do uniemożliwienia wzięcia udziału w postępowaniu podmiotom spoza województwa mazowieckiego. Odwołujący podnosił, że postawienie wymogu dokonania wizji lokalnej nie wpływa w żaden sposób na zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców ubiegających się o zamówienie. Zdaniem odwołującego powyższy wymóg w żaden sposób nie ogranicza konkurencji i nie uniemożliwia niektórym podmiotom udziału w postępowaniu, i tym samym nie powoduje naruszenia powyżej wskazanych przepisów Pzp.

2. Odnosząc się do wskazanego przez zamawiającego naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie wymogu złożenia Koncepcji technologicznej lub Ramowego opisu proponowanych przez Wykonawców technologii oczyszczania ścieków przy jednoczesnym zapisie w SIWZ (pkt 11.8 SIWZ), zgodnie z którym opracowania te będą pełniły jedynie funkcję informacyjną i pomocniczą i nie będą stanowiły podstawy do

odrzućenia oferty - odwołujący stwierdził, że:

- po pierwsze, powyższe nie powoduje naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp

- po drugie, w zakresie charakteru prawnego koncepcji i jej wpływu na postępowanie wypowiedziała się już Krajowa Izba Odwoławcza w wyżej opisanym wyroku z 24.10.2013r. w sprawie sygn. akt KIO 2332/13 i 2333/13.

W niniejszym postępowaniu, zgodnie z pkt 11.8 SIWZ Koncepcja technologiczna lub Ramowy opis technologii, miały mieć wyłącznie charakter pomocniczy i informacyjny i nie mogły stanowić podstawy do odrzućenia oferty wykonawcy. KIO jednoznacznie stwierdziła w uzasadnieniu wyroku KIO z 24.10.2013 r. (str. 30 uzasadnienia), że koncepcja nie stanowi treści oferty, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Treścią oferty nie jest bowiem dokument o charakterze pomocniczym i informacyjnym, co do którego zamawiający jednoznacznie przesądził, że nie będzie brany pod uwagę przy ocenie przesłanek odrzućenia ofert.

W świetle powyższego jakiegokolwiek zarzuty dotyczące treści koncepcji przedstawionej przez Pol-Aqua S.A. nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przetargu, ponieważ koncepcja nie stanowi o treści oferty. Pol-Aqua S.A. zobowiązała się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ w tym z PFU i zobowiązała się zachować określone parametry techniczne. A koncepcja ma charakter wyłącznie pomocniczy. Twierdzenie zatem zamawiającego, że wada postępowania polega na niemożności odrzućenia oferty odwołującego i przy jednoczesnym braku wykazania przez zamawiającego wpływu powyższego na możliwość zawarcia ważnej umowy niepodlegającej unieważnieniu powodują, że brak jest podstawy do unieważnienia postępowania z tego powodu przez zamawiającego.

3. Odnosząc się do wskazanego przez zamawiającego naruszenia art. 29 ust. 3 „*poprzez nieopisanie warunków równoważności - co w konsekwencji spowodowało złożenie nieporównywalnych ofert*”. Zdaniem odwołującego powyższe nie uzasadnia unieważnienia postępowania na podst. art. 93 ust. 1 pkt 7. Zamawiający stwierdził, że na skutek braku sposobu określenia rozwiązań równoważnych w stosunku do rozwiązań określonych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym nie mógł dokonać oceny zgodności treści oferty złożonej przez odwołującego. A wada postępowania, którą zamawiający uznał za stanowiącą podstawę do unieważnienia postępowania polega na „*niemożności odrzućenia oferty Pol-Aqua*”. Odwołujący nie zgodził się również z takim stanowiskiem zamawiającego. Wyjaśniał dalej, że przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego są roboty budowlane w systemie „zaprojektuj i zbuduj”. Kryteriami oceny ofert, oprócz ceny są również parametry techniczne. Odwołujący zobowiązał się w treści oferty wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ, w tym z PFU i zobowiązał się zachować

określone parametry techniczne. Zaznaczał, że pojęcie równoważności odnosi się do równoważności technicznej i jakościowej. Nie należy go odnosić natomiast do równoważności wszystkich elementów oferty. Przedstawiony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie ogranicza też w żaden sposób uczciwej konkurencji.

W świetle powyższego, w ocenie odwołującego brak jest podstaw do unieważnienia postępowania zarówno na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 jak i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie zaszły przesłanki, które uzasadniałyby podjęcie takiej decyzji przez Zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22 marca 2010 r. KIO/UZP 210/10 *„Niewątpliwie nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażąco naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszakże sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i złożenie w danym postępowaniu oferty niepodlegającej odrzuceniu przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania powinno skutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie, ze względu na podstawę unieważnienia przedmiotowego postępowania, istotne jest wskazanie, iż wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji błędów i zaniedbań zamawiającego, zaś w przypadku ich wystąpienia winny być one każdorazowo odczytywane i interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego”*. Powyższe wskazuje zdaniem odwołującego na bezprawność i nieskuteczność odrzucenia przez zamawiającego złożonej oferty, jak również unieważnienia postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący podsumował, że zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania. Zamawiający nie wystosował do odwołującego wezwania odnoszącego się do przedłużenia okresu związania ofertą. Nie było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego i tym samym uznania, że postępowanie podlega unieważnieniu z powodu upływu ważności ofert złożonych w postępowaniu. Brak jest również podstaw do uznania, że postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, która uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem, że zaszły przesłanki obligujące zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 16 grudnia 2013 r. przesłane faksem, do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, przystąpili pisemnie (w kopii przesłanej stronom) w dniu 19 grudnia 2013 r. po stronie zamawiającego:

1. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Instal Rem S.A. (lider) z siedzibą w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. w

Suwałkach,

2. SEEN Technologie Sp. z o.o.,

- którzy wnosili o oddalenie odwołania, albowiem czynności zamawiającego odpowiadają prawu, przychylenie się do argumentacji odwołującego prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców; unieważnienie postępowania wyeliminuje zaistniałe naruszenia przepisów w trakcie przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji powtórzone postępowanie umożliwi przystępującym ubieganie się o zamówienie przeprowadzone z poszanowaniem zasad ustawy Pzp.

Izba postanowiła nie dopuścić zgłaszających przystąpienie wykonawców do udziału w sprawie. Zgodnie z art. 185 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zdaniem Izby, zgłaszający przystąpienie wykonawcy nie wykazali swego własnego interesu w danym postępowaniu - w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego związanych z unieważnieniem przetargu i zniweczeniem skutków złożenia oferty przez tychże wykonawców.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie zachodzą przesłanki wyłączone merytoryczne rozpoznanie części zarzutów odwołania, wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 27 grudnia 2013 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał czynności podane w powiadomieniu o rozstrzygnięciu przetargu oraz przedstawił uzasadnienie swego stanowiska, wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający omówił różnice technologiczne przewidziane w ofercie odwołującego względem rozwiązań przyjętych w PFU, które posumował w następujący sposób.

„a] technologia zaproponowana w ofercie Pol-Aqua nie spełnia warunku zastosowania technologii podciśnieniowego odgazowania osadu ale jest technologią tlenową,

b] oferta POL-AQUA jest obarczona błędami wewnętrznymi w odniesieniu do zagadnień energii zainstalowanej, zużycia energii elektrycznej oraz wskaźnika energochłonności:

- należy wyraźnie zaznaczyć, że zużycie energii elektrycznej musi obejmować wszystkie urządzenia technologiczne oczyszczalni ścieków gdyż ma to bezpośredni wpływ na koszty eksploatacji oczyszczalni (koszty ponoszone za energię elektryczną stanowią w strukturze kosztów ponad 80 procent wszystkich kosztów eksploatacyjnych oczyszczalni) - stąd taki nacisk położono w dokumentacji przetargowej na ten parametr,

- w ofercie firmy POL-AQUA na stronie 44 zabrakło uwzględnienia w tabeli zużycia energii elektrycznej przez urządzenia zainstalowane w istniejącym reaktorze Carrousel - choć w tej ofercie wyraźnie podano że reaktor ten będzie eksploatowany a na stronach 26 i 28 podano, że reaktor będzie pozostawiony bez zmian (z wyjątkiem modernizacji polegającej na ociepleniu zmian oraz zwiększeniem zakresu pomiarów),

- dla prawidłowej oceny oferty tej firmy niezbędne jest uwzględnienie w tabeli zużycia energii elektrycznej przez urządzenia zainstalowane w istniejącym reaktorze Carrousel (szczegóły powyżej oraz w tabelach),

- na końcu załącznika nr 2 przedstawiono obliczenia i wnioski dotyczące pompy próżniowej i wniosek, że gdyby firma POL-AQUA zastosowała technologię podciśnieniowego odgazowania osadu przy uwzględnieniu pracy urządzeń w reaktorze Carrousel - to niemożliwe byłoby zaoferowanie w takiej technologii parametrów lepszych niż przedstawione dla skorygowanych parametrów a tym bardziej nie byłoby możliwe utrzymanie wskaźnika energochłonności na gwarantowanym poziomie 0,74 [kWh/d] zawartym w dotychczasowej ofercie tej firmy. **WSZYSTKO TO SPROWADZA SIĘ DO JEDNEGO WNIOSKU - NIEPRAWIDŁOWOŚĆ LEŻĄCA W KONSTRUKCJI SIWZ:**

- Naruszenie art. 29 ust 1 Pzp poprzez wprowadzenie wymogu złożenia „Koncepcji technologicznej lub Ramowego opisu proponowanych przez Wykonawców technologii oczyszczania ścieków” i jednocześnie wprowadzenie elementów mówiących o tym, że przedmiotowa koncepcja lub ramowy opis - nie będą stanowiły podstawy do odrzucenia oferty a informacje w nich zawarte będą stanowiły jedynie funkcję informacyjną i pomocniczą przy ocenie ofert w jednym z kryterium oceny ofert parametry techniczne, (s. 3 pkt 2 unieważnienia postępowania). SPOWODOWAŁA M.IN. W KONSEKWENCJI, ŻE WYKONAWCA POL - AQUA ZŁOŻYŁ OFERTĘ, KTÓRA NIE NADAJE SIĘ DO WYKONANIA (NIE JEST OPARTA O WYMAGANĄ TECHNOLOGIĘ A ZAOFEROWANE WSKAŹNIKI W ZAKRESIE ENERGOCHŁONNOŚCI SĄ NIEPRAWIDŁOWE) A POMIMO TO - NIE MOŻNA JEJ FORMALNIE ODRZUCIĆ Z UWAGI NA POSTANOWIENIE PKT 11.8 SIWZ.

Kolejnym powodem takiej sytuacji jest dopuszczenie równoważności, ale brak

opisania parametrów równoważności w SIWZ. Wykonawca Pol-Aqua próbował z tego skorzystać oferując wykonanie zamówienia na technologii nieporównywalnej - niemniej jednak - z uwagi na brak opisania parametrów równoważności - ta NIEPORÓWNYWALNOŚĆ nie może być wykazana w jednoznaczny sposób przez Zamawiającego - tj. w taki sposób, aby formalnie skutecznie odrzucić ofertę Wykonawcy Pol - Aqua. (pkt 3 Unieważnienia - naruszenie art. 29 ust 3 Pzp poprzez nie opisanie warunków równoważności, co w konsekwencji spowodowało złożenie nieporównywalnych ofert).

Na końcu można wskazać na bezzasadny wymóg wizji lokalnej, który mógł bezzasadnie ograniczyć konkurencję w przedmiotowym postępowaniu.

Wykonawca Pol-Aqua w bardzo lakoniczny sposób odniósł się do kwestii unieważnienia postępowania w związku z ww. naruszeniami - w swoim odwołaniu porzekał na twierdzeniu o tym, że koncepcja technologiczna lub ramowy opis technologii ma charakter wyłącznie pomocniczy - oraz, że koncepcja nie stanowi treści oferty. Wykonawca Pol-Aqua nie opisał jednak - w jaki sposób zamierza spełnić swoje deklaracje w ofercie w zakresie energochłonności i zainstalowanej mocy. W tym zakresie jego oferta jest całkowicie niewiarygodna a umowa podpisana w tym zakresie byłaby nieważna w zw. z art. 387 § 1 k.c. Zgodnie z tym przepisem - Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, natomiast zgodnie z kolejnym przepisem - strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia.

W tym zakresie - Zamawiający posiada wiedzę o tym, że podpisanie umowy z Wykonawcą Pol-Aqua byłoby umową o świadczenie niemożliwe, w związku z powyższym nie może dopuścić do powyższego i ma obowiązek uniknięcia dokonania takiej czynności prawnej.

II. Zarzut bezzasadnego unieważnienia postępowania z powodu odrzucenia ofert (w tym oferty Odwołującego) i wykluczenia wykonawców (w tym Odwołującego) z uwagi i nieprzedłużenie terminu związania ofertą oraz z uwagi na brak wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą.

Na wstępie należy wskazać, że Odwołujący nie zaskarżył czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z naruszeniem art. 184 Pzp z uwagi na nie wezwanie do przedłużenia ważności wadium - związanej również z wykluczeniem z postępowania Konsorcjum Instal - Rem S.A.- Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp. W tym zakresie

Odwołujący potwierdził więc prawidłowość czynności Zamawiającego związanej zarówno z unieważnieniem postępowania na tej podstawie jak również związanej z koniecznością wykluczenia wykonawców, którzy nie wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą lub nie przedłużyli terminu związania ofertą.

Przechodząc do zarzutów odwołania odnoszących się do oferty Odwołującego - zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofert.

Potwierdzenia wymaga - co również stwierdził Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania - nie wzywano wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą.

Jednakże Odwołujący pomija istotne elementy, potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a mianowicie:

- brak samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę jest równoznaczny z brakiem zgody na przedłużenie okresu związania ofertą w świetle art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp."

Zamawiający przytoczył orzecznictwo na potwierdzenie swego stanowiska: Uchwałę KIO/KU 89/12 z dnia 23 listopada 2012r.; wyrok KIO 1367/12 z 13 lipca 2012 r.; wyrok KIO 1804/13 z dnia 3 września 2012 r.; wyrok KIO 1817/12 i KIO 1822/13 z 7 września 2013 r. wyrok KIO 109/13 z dnia 31 stycznia 2013 r.; wyrok KIO 1924/12 z dnia 24 września 2012 r.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, korespondencji w sprawie uzupełnienia dokumentów oferty, powiadomienia o wynikach przetargu, akt sprawy odwoławczej sygn. KIO 2332/13 i 2333/13.

Dokumentacja akt postępowania potwierdza następujący stan faktyczny.

Z ogłoszenia o zamówieniu z dnia 18 lipca 2013 r. oraz z SIWZ wynika, że przedmiotem zamówienia jest modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Łomiankach w systemie zaprojektuj i zbuduj.

Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych. Minimalnych kryteriów równoważności nie opisał.

Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych.

Kryteria oceny ofert:

Cena – waga 75

Parametry techniczne: zainstalowana moc – waga 5

Parametry techniczne: energochłonność – waga 10

Długość terminu gwarancji – waga 10

SIWZ Część I punkt 11.8 wymagane było przedstawienie koncepcji technologicznej lub ramowego opisu proponowanych przez wykonawców technologii oczyszczania ścieków, dla porównania parametrów w kryterium oceny ofert dla „zainstalowanej mocy” i „energochłonności”.

Część I SIWZ punkt 16. Zamawiający dopuścił przekazywanie oświadczeń, wniosków i zawiadomień pisemnie oraz za pośrednictwem faksu. Zamawiający nie dopuścił komunikacji drogą elektroniczną.

Termin związania ofertą reguluje punkt 20 SIWZ z przytoczeniem odnośnych przepisów ustawy Pzp.

Załącznik nr 10 do SIWZ zawiera uszczegółowienie przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie rozbudowy Oczyszczalni Ścieków w Łomiankach.

SIWZ część III zawiera opis przedmiotu zamówienia, w tym szczegółowy zakres inwestycji, kierunek rozbudowy i modernizacji Oczyszczalni Ścieków w Łomiankach. Zamawiający przekazał wykonawcom PFU, wyniki badań geologicznych oraz decyzje administracyjne dot. tej inwestycji.

W formularzu oferty, według załącznika nr 1 do SIWZ, wykonawca był zobowiązany złożyć oświadczenie (punkt 9), że uważamy się za związanych złożoną ofertą przez 60 dni, licząc od dnia upływu terminu składania ofert.

W formularzu oferty wykonawca składał oświadczenie, że wykona zamówienie zgodnie z SIWZ.

Oferta odwołującego, opiewa na kwotę 28 954 865 zł brutto,

Oferta złożona przez konsorcjum firm: Instal-Rem S.A. i Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. opiewa na kwotę 29 704 232,13 zł brutto,

Oferta SEEN Technologie Sp. z o.o. cena 30 646 483,20 zł brutto,

W dniu 19 września 2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „Pol-Aqua” S.A. w Warszawie, jak również wykonawcę SEEN Technologie Sp. z o.o. w Warszawie, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instal Rem S.A. w

Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. w Suwałkach, jak również o odrzuceniu oferty odwołującego Pol-Aqua.

W dniu 30 września 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołujący Pol-Aqua, jak również wykonawca SEEN Technologie Sp. z o.o.. Postępowania odwoławcze toczące się na skutek wniesionych odwołań oznaczono odpowiednio: sygn. akt KIO 2332/13, sygn. akt KIO 2333/13.

Odwołujący Pol-Aqua wniósł odwołanie wobec:

1. czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. czynności odrzucenia własnej oferty.

Odwołujący Pol-Aqua zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez ich zastosowanie i uznanie, że treść oferty odwołującego Pol-Aqua nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie i wybór innej oferty niż oferta odwołującego Pol-Aqua,
- art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niepodanie pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego Pol-Aqua,
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania, w tym dokonanie oceny oferty odwołującego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 29, art. 36 ust 1 pkt 12, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i innych przepisów Pzp, w tym wymienionych w treści odwołania.

Odwołujący Pol-Aqua wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego Pol-Aqua,
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- powtórzenia czynności badania ofert i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego Pol-Aqua oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
- wyboru oferty odwołującego Pol-Aqua jako najkorzystniejszej.

Odwołujący SEEN Technologie wniósł odwołanie wobec:

1. czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. zaniechania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępującego Instal-Rem, względnie zaniechania czynności wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego Instal-Rem,
4. zaniechania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępującego Pol-Aqua,
5. zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego Pol-Aqua.

Odwołujący SEEN zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz art. 26 ust. 2b, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak również innych przepisów wskazanych w treści odwołania oraz wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- wykluczenia przystępującego Pol-Aqua, ewentualnie wezwania wykonawcy Pol-Aqua do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- odrzucenia oferty przystępującego Pol-Aqua,
- wykluczenia przystępującego Instal-Rem, ewentualnie wezwanie ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- odrzucenia oferty przystępującego Instal-Rem.

Wyrokiem z dnia 24 października 2013 r. sygn. akt KIO 2332/13 i KIO 2333/13 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła obydwa odwołania i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego Pol-Aqua S.A. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

- wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instal Rem S.A. w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. w Suwałkach, jak również wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” S.A. w Warszawie, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, do wyjaśnienia, czy wskazane przez nich w wykazach robót - roboty budowlane dotyczyły zaprojektowania i wybudowania lub rozbudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, stosując typ technologii o przepustowości minimum 20 000 RLM,

- wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instal Rem S.A. w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. w Suwałkach, na podstawie art. 26

ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentów celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 7.1.3.1. SIWZ,

- wezwanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” S.A. w Warszawie, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentów celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 7.1.3.3. SIWZ.

Odwołujący w treści odwołania przyznał, że zamawiający wykonał powyższy wyrok w odniesieniu do wyjaśnień, wezwań. Pismem z dnia 30 października 2013 r. wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. wykazu robót budowlanych, wyznaczając termin do 4 listopada 2013 r.

Odwołujący, pismem z dnia 31 października 2013 r. złożył stosowne wyjaśnienia. Następnie, zamawiający, wykonując wyżej wymieniony wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r., pismem z dnia 5 listopada 2013 r. wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu osób, wyznaczając termin do 8 listopada 2013r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu osób, odwołujący, pismem z dnia 7 listopada 2013 r. uzupełnił wykaz osób w sposób potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Następnie, zamawiający pismem z dnia 12 listopada 2013 r. wezwał odwołującego do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp, wyznaczając termin do dnia 15 listopada 2013 r. Termin ten został przez zamawiającego przedłużony do dnia 18 listopada 2013 r.

Odwołujący złożył wyjaśnienia i uzupełnienia w dniu 18 listopada 2013 r. Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów, o które wzywał Pol- Aqua uznał za wystarczające, jednakże w trakcie dalszej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dopatrywał się, że wykonawca Pol- Aqua nie spełnia tychże warunków także w odniesieniu do innych osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Nie wzywał wykonawcy Pol- Aqua do uzupełnienia dalszych dokumentów podmiotowych albowiem uznał, że z dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp wynika, że gdy oferta wykonawcy Pol-Aqua podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp - to jest zwolniony z obowiązku z wzywania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych.

Zamawiający nie przeprowadził oceny ofert wykonawców pod względem zgodności z SIWZ.

Pismem z dnia 4 grudnia 2013 r. przekazanym za pośrednictwem faksu zamawiający powiadomił o ustalonym wyniku postępowania (unieważnieniu) w następujący sposób.

„I. Unieważnienie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia:

Podstawę unieważnienia przedmiotowego postępowania stanowi art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przedmiotowe postępowanie posiada wady opisane w pkt 1-3 niniejszej części, które są niemożliwe do usunięcia i uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Określenie zawarte w art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp - wskazuje na to, że Zamawiający powinien unieważnić postępowanie w sytuacji, gdy stwierdzi, że jest ono obarczone wadliwością, która uniemożliwia mu zawarcie umowy (niepodlegającej unieważnieniu). Zamawiający podkreśla, że właśnie w tym postępowaniu - doszło do sytuacji, gdzie art. 93 ust 1 pkt 7 powinien znaleźć zastosowanie. Wady opisane poniżej - doprowadziły do sytuacji, gdy nie ma możliwości podpisania umowy (niepodlegającej unieważnieniu) w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto - katalog przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego został określony w art. 146 Pzp. Na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, W ocenie Zamawiającego - w niniejszym postępowaniu doszło również do takiej sytuacji.

Przechodząc do uzasadnienia podstaw unieważnienia –wskazuję, co następuje:

- 1. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez postawienie wymogu złożenia oświadczenia w zakresie przeprowadzenia „wizji lokalnej” tj. zapoznania się z lokalizacją i warunkami miejscowymi, panującymi na obszarze objętym przedsięwzięciem.*
- 2. Zamawiający - w-pkt 8) Formularza ofertowego zawarł następujące oświadczenie, które musieli złożyć wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia:*

„8) Oświadczamy, że:

c. zapoznaliśmy się z lokalizacją i warunkami miejscowymi, panującymi na obszarze objętym przedsięwzięciem,

d. dokonaliśmy własnego rozpoznania niezbędnej ilości i charakteru prac.

Było to więc wymaganie polegające na tym, że dany wykonawca - aby złożyć prawdziwe oświadczenie w tym zakresie - musiał udać się (lub wysłać przedstawicieli) na miejsce inwestycji i dokonać osobistego zapoznania z lokalizacją i warunkami miejscowymi i we własnym zakresie dokonać rozpoznania niezbędnej ilości i charakteru prac, tj. samodzielnie doszczegółowić opis przedmiotu zamówienia.

Tymczasem - zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2009r. KIO/1633/09: „zamawiający ustanawiając naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wymóg dokonania wizji, zaniechał prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający obciążył wykonawców wykonaniem swego ustawowego obowiązku wymagając, aby informacje niezbędne do przygotowania oferty uzyskali w czasie wizji.”

Co istotne - zgodnie z tym orzeczeniem: „Art 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.” ...Reasumując stwierdzić należy, że zamawiający stanowiąc o złożeniu oświadczenia o dokonaniu wizji lokalnej naruszył art. 25 ust 1 Pzp oraz przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, wyznaczając 14-dniowy termin na jej odbycie naruszył art. 7 ust 1 Pzp. Zamawiający nie dokonał wymaganego przepisami opisu przedmiotu zamówienia, a wymagał od wykonawców uzyskania podczas wizji rozpoznania niezbędnej ilości i charakteru prac oraz informacji niezbędnych do przygotowania oferty, co stanowi nie tylko naruszenie art. 29 ust 2 Pzp, ale również łamie zasady wynikające z art. 7 ust 1 Pzp. Właściwym działaniem zamawiającego winno być pozostawienie możliwości dokonania wizji wyborowi wykonawców, jako czynności pomocniczej przy przygotowaniu oferty a nie mającej wpływu na jej formalną ocenę, bez ograniczania terminu oraz zamieszczenie w siwz, co najmniej podstawowych informacji niezbędnych do prawidłowego przygotowania (wycenienia) oferty.”

W mniejszej sytuacji - Zamawiający co prawda nie wyznaczył 14 dniowego terminu na odbycie wizji, niemniej jednak - wymóg jej przeprowadzenia był bezsprzeczny.

Należy również podkreślić, że kontrola innych postępowań prowadzonych u Zamawiającego - w odniesieniu do identycznego wymogu - wykazała „Tym bardziej, przy uwzględnieniu treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz konsekwencji ustalenia w niniejszym postępowaniu wynagrodzenia ryczałtowego, różnicowanie statusu wykonawców, którzy przeprowadzili wizję lokalną i tych wykonawców, którzy zaniechali tej czynności stanowi naruszenie wyrażonej w art. 7 uPzp zasady.”

Tym samym - Zamawiający - z uwagi na naruszenia opisane na wstępie niniejszego punktu i istniejącą w konsekwencji ich ujawnienia wadę, o której mowa w art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp, która miała wpływ na wynik postępowania (mogła doprowadzić do uniemożliwienia wzięcia udziału w postępowaniu podmiotom spoza województwa mazowieckiego, lub tym, którzy nie mieli konsorcjantów lub przedstawicieli na terenie województwa mazowieckiego) - Zamawiający unieważnia postępowanie.

2. Naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie wymogu złożenia „Koncepcji technologicznej lub Ramowego opisu proponowanych przez Wykonawców technologii oczyszczania ścieków” i jednocześnie wprowadzenie elementów mówiących o tym, że przedmiotowa koncepcja lub ramowy opis - nie będą stanowiły podstawy do odrzucenia oferty a informacje w nich zawarte będą stanowiły jedynie funkcje informacyjną i pomocniczą przy ocenie ofert w jednym z kryterium oceny ofert: parametry techniczne.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą „Koncepcja technologiczna lub Ramowy opis proponowanych przez Wykonawców technologii oczyszczania ścieków dla porównania parametrów technicznych w kryterium oceny ofert dla „zainstalowanej mocy” i „energochłonności”.

Jednocześnie - w pkt 11.8. SIWZ - Zamawiający wskazał:

„Koncepcja technologiczna lub Ramowy opis proponowanych przez Wykonawców technologii oczyszczania ścieków dla porównania parametrów technicznych w kryterium oceny ofert dla „zainstalowanej mocy” i „energochłonności”. W/w opracowania nie będą stanowiły podstawy do oceny wiarygodności oferty i jej ewentualnego odrzucenia. Informacje zawarte w niniejszych opracowaniach będą dla Zamawiającego pełniły jedynie funkcje informacyjną i pomocniczą przy ocenie ofert w kryterium: parametry techniczne.” Jak wynika z tego postanowienia - ww. koncepcja nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty (potwierdza to również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2332/13, KIO 2333/13) wydany w wyniku odwołań dotyczących poprzedniego wyniku oceny ofert.

W przypadku oferty Wykonawcy Pol-Aqua - doszło do sytuacji, że opisała ona w „koncepcji” załączonej do oferty - rozwiązania technologiczne w zakresie oczyszczalni

ścieków - tj. polegające na zastosowaniu komory napowietrzania z nośnikami biomasy - nieporównywalne do wzorcowego sposobu - określonego w Programie Funkcjonalno Użytkowym – tj. technologii podciśnieniowego odgazowania osadu.

W ocenie Zamawiającego - nie ma możliwości realizacji umowy w oparciu o zadeklarowaną w „koncepcji” wykonawcy Pol-Aqua technologię, gdyż w tym zakresie musiałaby ulec zmianie decyzja środowiskowa m.in. z uwagi na zapis dotyczący zastosowania instalacji podciśnieniowego odgazowywania osadu czynnego.

Zamawiający - mając świadomość, że wprowadzenie wymogu „koncepcji” i określenie jej konsekwencji - spowodowało w niniejszym postępowaniu taką sytuację - unieważnia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7, gdyż obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym przypadku - wada ta polega na niemożności odrzucenia oferty Pol-Aqua a zarazem jej realizacji i podpisanie umowy w tym zakresie z tym wykonawcą - doprowadziłoby do znacznych strat - zarówno po stronie Wykonawcy (zainwestowane wielomilionowe środki w realizację) - jak również po stronie Zamawiającego (rozpoczęta i nie dokończona inwestycja).

3. Naruszenie art. 29 ust 3 Pzp poprzez nie opisanie warunków równoważności, co w konsekwencji spowodowało złożenie nieporównywalnych ofert.

Zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opisał przedmiot zamówienia z użyciem sformułowania „lub równoważny”, jednakże nie określił kryteriów równoważności tzn. nie wskazał istotnych parametrów równoważności, nie opisał parametrów, które będą brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie ofert zawierających rozwiązania równoważne. W konsekwencji wystąpiła wada uniemożliwiająca dokonanie prawidłowej czynności badania i oceny ofert, a także zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Znaczenie prawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia, w tym określenia kryteriów równoważności podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Wyrok KIO 516/13 z dnia 19 marca 2013 r. (...), Wyrok KIO 2283/12 z dnia 12 listopada 2012 r. (...), Wyrok KIO 2251/12 z dnia 30 października 2012 r. (...), Wyrok KIO 1549/12 z dnia 8 sierpnia 2012r (...).

W przedmiotowym postępowaniu pojawiła się wątpliwość w zakresie zgodności z Programem Funkcjonalno - Użytkowym, stanowiącym część opisu przedmiotu zamówienia, rozwiązań zawartych w ofercie Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua S.A. W celu usunięcia wątpliwości Zamawiający zwrócił się z prośbą o sporządzenie opinii biegłego do dr hab. inż. Tadeusza Siwca, prof. SGGW. Zgodnie z treścią opinii z dnia 22.11.2013 r.: „Oferta firmy POL-AQUA jest w zasadzie zgodna z zapisami w PFU w zakresie mechanicznej części oczyszczalni, ciągu osadowego itp. Niezmiernie trudno jest odpowiedzieć na to pytanie w związku z biologiczną częścią oczyszczalni. (...) W nawiasie cytowanego powyżej zdania dodano, że należy zastosować technologię podciśnieniowego odgazowania osadu lub inną równoważną. Formalnie nie ma tu równoważności, ale sprawa dotyczy zupełnie innych zagadnień - Zgęszczenie osadu ma za zadanie zwiększenie intensywności procesów oczyszczania ścieków i przyspieszenie tego procesu. Wówczas uzyskuje się możliwość zwiększenia przepustowości komory osadu czynnego przy niezmienionej kubaturze. Natomiast odgazowanie podciśnieniowe osadu w zasadzie wpływa na minimalizację kubatury osadnika wtórnego. Oczywiście podciśnieniowe odgazowanie przyspieszając sedymentację osadu umożliwia zwiększenie stopnia zagęszczenia osadu w komorze osadu czynnego, w tym przypadku reaktora Carrousel. Z tego względu obie odpowiedzi są równoprawne. Reasumując, nadmierne ograniczenie w PFU technologii do podciśnieniowego odgazowywania osadów, a na końcu poszczególnych akapitów, czy rozdziałów dodawanie tekstu o możliwej równoważności technologii wprowadziło zamieszanie, z którego nie ma obecnie dobrego wyjścia, W sensie idei zawartej w PFU nie ma równoważności, ale w sensie formalnym można uznać, że równoważność jest.”

W przedmiotowej opinii biegły stwierdził, że sposób dopuszczenia rozwiązań równoważnych w stosunku do rozwiązań określonych w Programie Funkcjonalno - Użytkowym spowodował niemożność dokonania oceny zgodności treści oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A z treścią SIWZ - Opisu Przedmiotu zamówienia. Biegły wskazał, że w zakresie oceny idei rozwiązań z oferty Wykonawcy POL-AQUA nie jest zachowana równoważność. Natomiast w sensie formalnym -wobec braku określenia w SIWZ kryteriów równoważności - należy uznać, że równoważność jest zachowana. Utrzymując obecne postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający miałby obowiązek dopuścić rozwiązania każdego w wykonawców, który wskazałby, że są one równoważne do rozwiązań określonych w SIWZ. Prowadziłoby to jednak do naruszenia zasady jednoznaczności przedmiotu zamówienia wyrażonej w art. 29 ust 1 Pzp jak również - doprowadziłoby w konsekwencji do wyboru oferty, która nie nadaje się do realizacji w związku z rzeczywistymi potrzebami

Zamawiającego. Wyrok KIO 1217/13 z dnia 12 czerwca 2013 r., (...). Wyrok KIO 34/11 z dnia 19 stycznia 2011 r., Wyrok KIO 732/13 z dnia 12 kwietnia 2013 r. (...).

W niniejszym przypadku - Zamawiający nie ma możliwości odrzucenia oferty Pol-Aqua, gdyż nie opisał warunków równoważności i nie żądał żadnych oświadczeń w tym zakresie, a jednocześnie - posiada informacje wskazujące na to, że Wykonawca ten założył inny sposób realizacji zamówienia, nieporównywalny do zakładanego w Programie Funkcjonalno Użytkowym.

Tym samym - Zamawiający stwierdził, że postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym przypadku - wada ta polega na (analogicznie jak w pkt 2) - niemożności odrzucenia oferty Pol- Aqua a zarazem jej realizacji i podpisaniu ważnej umowy (możliwej do realizacji) w tym zakresie z tym wykonawcą.

II. Unieważnienie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 Pzp i art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp z uwagi na upływ terminu związania ofertą wszystkich ofert i konieczność wykluczenia wszystkich wykonawców:

Przed upływem terminu związania ofertą, żaden z Wykonawców, którzy złożyli oferty (biorących udział) w przedmiotowym postępowaniu nie przedłużył terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907). Wobec powyższego, Zamawiający - działając na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), wyklucza z postępowania wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w (biorących udział) w przedmiotowym postępowaniu tj. Wykonawców:

- 1) Konsorcjum firm: Instal - Rem SA, ul, Hanasiewicza 19, 35-103 Rzeszów (Lider), Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A., ul. Przytorowa 9, 16-400 Suwałki (Partner),
- 2) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” SA, ul A, Branickiego 15, 02-972 Warszawa,
- 3) SEEN Technologie Sp. z o.o., ul. Siennicka 29, 04-394 Warszawa.

Zgodnie z pkt. 20.1 SIWZ Wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez 60 dni. Na podstawie pkt 20.2. SIWZ bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Zgodnie z pkt. 22.1. SIWZ termin składania ofert został wyznaczony nadzień 07.08.2013 r. godz. 12:00.

Termin związania ofertą upływał więc 5.10.2013 r. (licząc 60 dni zgodnie z art. 85 ust. 5 Pzp). Ponadto biorąc pod uwagę, że na zasadzie art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień

publicznych w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia, należy stwierdzić, że w stosunku do Wykonawców termin związania ofertą upłynął z końcem dnia:

1) Konsorcjum firm: Instal - Rem SA; Przedsiębiorstwo Ekolobud SA - 29.10.2013 r. (60 dni od 07.08.2013r. od godz. 12:00, z uwzględnieniem zawieszenia biegu terminu związania ofertą od 30.09.2013 r. - wniesienie odwołań wykonawców do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do 24.10.2013r. - ogłoszenie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej),

2) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” SA - 29.10.2013r, (60 dni od 07.08.2013 r. od godz. 12:00, z uwzględnieniem zawieszenia biegu terminu związania ofertą od 30.09.2013 r. - wniesienie odwołań wykonawców do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do 24.10.2013 r. - ogłoszenie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej),

3) SEEN Technologie Sp. z o.o. - 29.10.2013r. (60 dni od 07.08.2013r. od godz. 12:00, z uwzględnieniem zawieszenia biegu terminu związania ofertą od 30.09.2013 r. - wniesienie odwołań wykonawców do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do 24.10.2013 r. - ogłoszenie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej).

Konsorcjum firm: Instal - Rem SA; Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. złożyło oświadczenie z dnia 28.10.2013 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą, jednakże nie może ono być uznane za skuteczne, gdyż wpłynęło do Zamawiającego w dniu 19.11.2013r. tj. po upływie terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 61 § 1 kodeksu cywilnego oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Wadium również zostało wniesione po upływie terminu tj. w dniu 20.11.2013 r. W konsekwencji należy uznać, że Wykonawca nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą (wskutek zawieszenia terminu związania ofertą) a ponadto nie przedłużył terminu związania ofertą (po upływie terminu zawieszenia terminu związania ofertą).

Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. nie złożyło oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą.

SEEN Technologie Sp. z o.o. - nie złożyła oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą,

Z uwagi na powyższe - po analizie orzecznictwa, w szczególności orzeczeń KIO 1804/12, KIO/KU 89/12, KIO 1822/12, KIO 1924/12, KIO 2020/12, KIO 109/13, KIO 346/13, KIO 1370/13

- Zamawiający wyklucza wszystkich ww. Wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp a ponadto odrzuca oferty wszystkich ww. Wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp (por. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej KIO/KD/46/10).

W związku z powyższą sytuacją - Zamawiający dokonuje również unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 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. Zamawiający nie wezwał do przedłużenia terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 184 Pzp - Zamawiający, nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Jeżeli odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwanie kieruje się jedynie do wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy Konsorcjum Ekolobud do przedłużenia ważności wadium.

Zamawiający ma obowiązek dopełnienia wszystkich czynności w celu doprowadzenia do udzielenia zamówienia publicznego - w wyniku czego przedmiotowe zaniechania - Zamawiającego można zakwalifikować jako wady uniemożliwiające zawarcie ważnej umowy. Wady te mają charakter trwały, nieusuwalny. Wadą, która uniemożliwia zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, z jaką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Przedłużenie terminu związania ofertą ma podstawowe znaczenie dla Wykonawcy, bowiem determinuje jego dalsze uczestnictwo w postępowaniu w sytuacji, gdy pierwotny termin związania ofertą kończy się, a postępowanie nie zostało jeszcze rozstrzygnięte. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że sami Wykonawcy również nie wystąpili o przedłużenie terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 PZP. W tym miejscu warto zauważyć, że udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga należytej staranności wykonawcy obejmującej zapobiegliwość dla ochrony swoich praw w postępowaniu i polega m.in. na utrzymaniu stanu związania ofertą. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 września 2012 r. KIO1924/12). Niemniej jednak - Zamawiający powinien dopełnić wszelkich formalności, w tym również wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ Wykonawcy byli zobowiązani do wniesienia w przedmiotowym postępowaniu wadium w wysokości 500 tyś. złotych. Wniesienie odwołania po terminie składania ofert powoduje faktyczną konieczność przedłużenia ważności wadium lub wniesienia wadium na przedłużony termin związania ofertą. Wykonawca Ekolobud - co prawda przedłużył termin ważności wadium, ale dokonał tego po terminie. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, których oferty nie zostały należycie zabezpieczone wadium, godzi w obowiązujący w tym zakresie porządek prawny. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 12.03.2008 r. sygn. 168/08 „Izba uznała, że naruszenie art. 181 ust. 2a ustawy Pzp poprzez zaniechanie Zamawiającego wezwania wykonawców do przedłużenia ważności wadium może stanowić przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt. 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, pod warunkiem wykazania, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.” Tym samym - również w przedmiotowej sytuacji może również zachodzić taka przesłanka. Reasumując - w niniejszej sytuacji - konsekwencją braku wezwania do przedłużenia terminu związania ofert oraz braku wezwania o przedłużenia ważności wadium, może być sytuacja polegająca na tym, że Zamawiający zmuszony był wykluczyć wszystkich wykonawców. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP - Wykonawcy, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą podlegają wykluczeniu z postępowania a ich oferty na podstawie art. 24 ust. 4 PZP należy uznać za odrzucone.

W nawiązaniu do powyższego - należało również uznać, że wszystkie czynności dokonane w postępowaniu w ramach badania i oceny ofert - po upływie terminu związania ofertą (z uwzględnieniem okresu zawieszenia) są nieważne.

W związku z powyższym Zamawiający stwierdza, że Wykonawcy: Konsorcjum firm; Instal - Rem SA; Przedsiębiorstwo Ekolobud SA, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. oraz SEEN Technologie Sp. z o.o. podlegają dodatkowo wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj.: (...)

2) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. - brak potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt. 7.1.2.3 - brak potwierdzenia, że wykazane roboty obejmowały zastosowanie technologii o przepustowości minimum 20 000 RLM,

- brak potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt 7.1.3.1. SWIZ - Projektant, Nie wykazano, że p. Wacław P. spełnia wymóg posiadania uprawnień budowlanych do

projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych uprawniających do projektowania obiektu budowlanego będącego przedmiotem zamówienia,

- *brak potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt. 7.1.3.3 SWIZ - Kierownik budowy, nie wykazano, że p. Janusz K. spełnia wymóg posiadania co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego (licząc do dnia składania ofert), w tym co najmniej 5 lat na stanowisku kierownika budowy z zakresu budowy lub rozbudowy (przebudowy) lub modernizacji oczyszczalni ścieków (min. 3 Kontrakty) (wskazanie z wyroku KIO 2333/13),*
- *brak potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt. 7.1.3.4. SWIZ - Kierownik robót budowlanych. Nie wykazano, że p. Wiesław S. spełnia wymóg posiadania co najmniej 5 lat doświadczenia (licząc do dnia składania ofert) na stanowisku kierownika robót budowlanych z zakresu budowy lub rozbudowy (przebudowy) lub modernizacji oczyszczalni ścieków (min. 2 kontrakty),*
- *brak potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt. 7.1.3.5. SWIZ - Kierownik Robót Sanitarnych. Nie wykazano, że p. Rafał N. spełnia wymóg posiadania co najmniej 5 lat doświadczenia (licząc do dnia składania ofert) na stanowisku kierownika robót sanitarnych z zakresu budowy sieci kanalizacji sanitarnej i/lub sieci wodociągowej i/lub oczyszczalni ścieków (min. 2 kontrakty),*
- *brak potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt. 7.1.3,6. SWIZ - Kierownik Robót Elektrycznych i AKPiA, Nie wykazano, że p. Krzysztof Z. spełnia wymóg posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych uprawniających do kierowania robotami elektrycznymi lub elektroenergetycznymi,*
- *niewykazanie potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu*
- *niewskazanie sposobu udostępnienia poszczególnych pracowników przez podmioty trzecie - Załącznik nr 8 do SIWZ - Oświadczenie wykonawcy nr 5 (wskazanie z wyroku KIO 2333/13 str. 29). (...).*
- *Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp - jeżeli oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu - Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 Pzp w związku z powyższym - Zamawiający odstąpił od powyższego i wykluczył Wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.*

- Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 5) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), Zamawiający, odrzuca oferty wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
- Ponadto oferta Wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. art. 104 kc. w zw. z art. 58 § 1 k.c. W pełnomocnictwie dla Pana Tomasza M. - s. 50 oferty - wskazano „... dla przetargu nieograniczonego zadanie pn. „Modernizacja i rozbudowa Oczyszczalni ścieków w Łomiankach - sygnatura sprawy JRP/ZW1K/ZP/PN-B/fIS/83/12/2012” - jest to postępowanie, które odbyło się poprzednio i które zostało unieważnione. Zgodnie z art. 104 k.c. zdanie pierwsze, jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Natomiast na podstawie art. 58 § 1 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.
- W tym zakresie również - zgodnie z art. 26 ust 3 Pzp - jeżeli oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu - Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do uzupełnienia dokumentów lub pełnomocnictw na podstawie art. 26 ust 3 Pzp w związku 7 powyższym - Zamawiający odstąpił od powyższego i wykluczył Wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe postępowanie należy unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu jak również na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp z uwagi na to, że obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Reasumując - w związku z opisanymi powyżej podstawami - Zamawiający - zdecydował się unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp, w związku ze stanem faktycznym opisanym powyżej.”

Zamawiający wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dodatkowych dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie tj.:

- 1) schematu technologicznego z koncepcji wykonawcy Pol-Aqua opisującego przewidziany sposób technologii oczyszczania ścieków;

- 2) schematu z PFU opisującego przewidziany sposób technologii oczyszczania ścieków;
- 3) załącznika nr 2 do odpowiedzi – ujęcia tabelarycznego w zakresie wewnętrznych sprzeczności i konieczności zmian w ofercie Pol-Aqua wraz z zestawieniem mocy z koncepcji Pol-Aqua (zamawiający uważał, że nie wszystko zostało ujęte w ofercie Pol-Aqua do obliczenia współczynnika energochłonności a także obliczenia mocy);
- 4) planu sytuacyjnego z koncepcji Pol-Aqua – potwierdzającego, że wykonawca zastosował inną technologię, inny sposób wykonania zamówienia; Opisu technologicznego Oczyszczalni Ścieków w Łomiankach wg. PFU i koncepcji odwołującego Pol-Aqua, gdyż różnice tej technologii są bezsporne,
- 5) decyzji z 04.05.2011 r. Burmistrza Łomianek o środowiskowych uwarunkowaniach dla wykazanie, że przyjęcie koncepcji Pol-Aqua wymagałoby zmiany tej decyzji; koncepcja Pol-Aqua przewiduje brak instalacji podciśnieniowego odgazowania osadu a przewiduje jedynie napowietrzanie; decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach danej inwestycji wydana przez Burmistrza Łomianek Nr GKO 7335/10 z dnia 4 maja 2011r.; wraz z pismem Burmistrza Łomianek Nr z dnia 4 maja 2011 r. zawierającym charakterystykę planowanego przedsięwzięcia, była udostępniona wykonawcom w materiałach przetargowych – str. 84 PFU. Okoliczność powyższa jest bezsporna;
- 6) zestawienia schematów technologicznych wg PFU i wg koncepcji Pol-Aqua - wykazującego różnice. Podstawową różnicą technologiczną stanowi również brak wieży podciśnieniowego odgazowywania osadów i pomp ciśnieniowych, ponieważ przy technologii przewidzianej przez Pol-Aqua urządzenia te nie byłyby potrzebne.

Izba nie dopuściła ww. dowodów, ponieważ w ocenie Izby są to dowody na okoliczność podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Pol-Aqua, jako niezgodnej z opisem SIWZ, a więc opisem PFU. Zdaniem Izby, na podstawie tak sformułowanych zarzutów zamawiający mógł odrzucić tę ofertę przed unieważnieniem postępowania, jako niezgodną z treścią SIWZ - PFU. Ponadto zamawiający mógł również rozważyć kwestię ewentualnej wariantowości tej oferty - czego nie dopuścił w SIWZ.

Izba jest uprawniona aby odnosić się do czynności zamawiającego nakazanych ustawą jak stanowi art. 180 ust. 1 Pzp, względnie do zaniechanych czynności nakazanych ustawą. Izba nie może oceniać zamierzeń zamawiającego w sferze podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy, a do poglądów zamawiającego w tym zakresie może odnosić się jedynie w kontekście odrzucenia oferty wykonawcy, która to czynność podlegałaby wówczas ocenie w oparciu o dowody – takie, jakie zgłosił

zamawiający, gdyby czynność taka została dokonana i legła również u podstaw unieważnienia postępowania.

Zamawiający stwierdził jedynie, że oferta Pol-Aqua kwalifikuje się do odrzucenia, lecz czynności takiej nie przeprowadził.

Ponadto wnioskowane dowody nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem odwołanie nie dotyczy odrzucenia oferty odwołującego - jako niezgodnej z SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, spełnione zostały przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Oferta została odrzucona, zaś była ofertą, która w świetle kryteriów oceny ofert mogła być uznana za najkorzystniejszą. Potwierdzenie się zarzutów, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego skutkiem mogłoby być uzyskanie przez odwołującego zamówienia. Szkoda, jaką wykonawca mógłby ponieść wyraża się natomiast w utracie korzyści wiążących się z uzyskaniem zamówienia.

Zarzutem podstawowym było objęte wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty z powodu braku przedłużenia okresu związania ofertą, zatem stwierdzenie, iż z tego powodu wykonawca utracił legitymację czynną, jak postulował zamawiający - byłoby równoznaczne z uchycieniem się od rozpatrzenia zasadniczego zarzutu odwołania.

Przechodząc do rozpatrzenia odwołania, Izba stwierdziła, iż zarzut o nieprawidłowym wykonaniu wyroku Izby z dnia 24 października 2013 r. sygn. akt KIO 22332/13 i 2333/13 nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nakazała powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty odwołującego. Nie nakazała natomiast wyboru oferty odwołującego. Zamawiający wykonał czynności, zgodnie z wskazaniem powołanego wyroku. Potwierdził się fakt - nie dokonania oceny ofert pod względem ich zgodności z SIWZ. W toku ponownej oceny ofert, do wykonywania której zamawiający przystąpił - mogą zostać ustalone inne przyczyny wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy też odrzucenia jego oferty, których pierwotnie zamawiający nie dostrzegł. Upływ terminu związania ofertą wynikał natomiast z nowych okoliczności, które zamawiający zobowiązany był uwzględnić.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy do przedłużenia okresu związania ofertą i bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba miała na uwadze regulację art. 85 ust. 2 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.

Przepis powyższy należy interpretować w ten sposób, iż możliwość zwrócenia się zamawiającego do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu – dotyczy wyłącznie jednokrotnego dokonania tej czynności. Jeżeli postępowanie przetargowe jest kontynuowane po upływie wyznaczonego terminu związania ofertą, obowiązkiem zamawiającego jest wystąpienie do wykonawców o złożenie wiążącego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Wykonawca uczestniczący w przetargu publicznych, nie może bowiem być zmuszany do tego aby przez okres bliżej niesprecyzowany liczył się z wyborem własnej oferty, rezerwował w tym celu potencjał wykonawczy przez niewiadomo jak długi czas np. kilkumiesięczny okres prowadzenia postępowania, (w tym przypadku od 18.07.2013 r.). Zarówno ogólna sytuacja rynkowa, jak i portfel zamówień wykonawcy może ulec takim zmianom, że wykonawca nie będzie zainteresowany dalszym uczestnictwem w danym przetargu i zawarciem umowy po proponowanej cenie, gdyby nawet zamawiający wybrał jego ofertę.

Jednocześnie zdarza się, że pomimo jednokrotnego przedłużenia okresu związania ofertą - na wniosek zamawiającego, postępowanie nadal pozostaje nierozstrzygnięte. Szczególnie w takim przypadku, ustawodawca przewidział inicjatywę wykonawcy, który może samodzielnie złożyć oświadczenie o przedłużeniu okresu związania swoją ofertą. Izba nie dostrzega też nieprawidłowości w tym, aby wykonawca działając zapobiegliwie, we własnym interesie mógł każdorazowo samodzielnie przedłużyć okres związania ofertą – jeżeli stwierdza, że jego upływ mógłby powodować dla niego niekorzystne konsekwencje.

Obowiązek zamawiającego jednokrotnego zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, należy wywodzić również z tego, że w przypadku składania odwołań, zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp, okres ten ulega zawieszeniu na czas rozpatrzenia odwołania, zatem w szczególności oferenci nie będący uczestnikami postępowania odwoławczego, mogliby stracić orientację, co do tego - do jakiej daty są związani złożoną ofertą.

W każdym razie zarówno odwołujący, jak i zamawiający zgodnie twierdzili, iż jednokrotne wezwanie wykonawcy do przedłużenia okresu związania ofertą jest ustawowym obowiązkiem zamawiającego, trafnie wywiedzionym z treści art. 85 ust. 2 w

związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w przytoczonym w odwołaniu postanowieniu Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10), w którym wskazano: „Przechodząc więc do dalszych zarzutów skargi zamawiającego, w szczególności interpretacji art. 24 ustęp 2 pkt 2 Pzp, to Sąd Okręgowy również podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dokonanej przez nią interpretacji tejże normy prawnej. Stosownie do treści art. 24 ustęp 2 punkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy (...) nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost, iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś, kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody, nie zgodził się, na przedłużenie okresu związania ofertą.”

Okoliczność przyznaną stanowiło, że zamawiający zaniechał obowiązkowej czynności jednokrotnego wezwania odwołującego i pozostałych wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą.

Odwołujący nie kwestionował też ustaleń faktycznych dokonanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 4 grudnia 2013 r. dotyczących obliczenia terminu związania ofertą, tj.: „Zgodnie z pkt. 20.1 SIWZ Wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez 60 dni. Na podstawie pkt 20.2. SIWZ bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Zgodnie z pkt. 22.1. SIWZ termin składania ofert został wyznaczony nadzień 07.08.2013 r. godz. 12:00.

Termin związania ofertą upływał więc 5.10.2013 r. (licząc 60 dni zgodnie z art. 85 ust. 5 Pzp). Ponadto biorąc pod uwagę, że na zasadzie art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia, należy stwierdzić, że w stosunku do Wykonawców termin związania ofertą upłynął z końcem dnia:

- 1) Konsorcjum firm: Instal - Rem SA; Przedsiębiorstwo Ekolobud SA - 29.10.2013 r. (60 dni od 07.08.2013 r. od godz. 12:00, z uwzględnieniem zawieszenia biegu terminu związania ofertą od 30.09.2013 r. wniesienie odwołań wykonawców do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do 24.10.2013r. - ogłoszenie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej),
- 2) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” SA - 29.10.2013 r. (60 dni od 07.08.2013 r. od godz. 12:00, z uwzględnieniem zawieszenia biegu terminu związania

ofertą od 30.09.2013 r. - wniesienie odwołań wykonawców do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do 24.10.2013 r. - ogłoszenie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej),

3) SEEN Technologie Sp. z o.o. - 29.10.2013 r. (60 dni od 07.08.2013 r. od godz. 12:00, z uwzględnieniem zawieszenia biegu terminu związania ofertą od 30.09.2013 r. - wniesienie odwołań wykonawców do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do 24.10.2013r. - ogłoszenie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej).

Konsorcjum firm: Instal - Rem SA; Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. złożyło oświadczenie z dnia 28.10.2013 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą, jednakże nie może ono być uznane za skuteczne, gdyż wpłynęło do Zamawiającego w dniu 19.11.2013r. tj. po upływie terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 61 § 1 kodeksu cywilnego oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.”

Powyższe oznacza, że według niekwestionowanych ustaleń zamawiającego, okres związania ofertą wykonawcy Pol-Aqua upłynął dnia 29 października 2013 r. o godzinie 24:00.

Zgodnie, zatem z przytaczanym przepisem art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający najpóźniej dnia 26 października 2013 r. (co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą) zobowiązany był wystąpić do wykonawców o przedłużenie tego terminu, czego bezpodstawnie zaniechał. Odwołującemu przysługiwało odwołanie zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp od zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Termin na zaskarżenie przedmiotowego zaniechania zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp wynosił 10 dni od dnia, w którym powzięto, lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Termin na zaskarżenie odwołaniem zaniechania wezwania - liczony od 27 października 2013 r. upłynął bezskutecznie 5 grudnia 2013 r. Jeżeli nawet terminy te nie są skorelowane, to nie mniej możliwe jest zaskarżenie bezczynności zamawiającego, przed upływem uprzedniego terminu związania ofertą.

Jednocześnie, skoro czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jest nierozzerwalnie związana z uprzednim wezwaniem przez zamawiającego w trybie art. 85 ust. 2 Pzp, ograniczenie rozpatrywania tej kwestii wyłącznie do podanej podstawy wykluczenia - i liczenie terminu zaskarżenia od daty powiadomienia o wykluczeniu - nie znajduje podstaw.

W przekonaniu Izby, przy przyjęciu wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, iż zastosowanie tej normy możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu

związania ofertą, z uwagi na skutki odmowy wyrażenia zgody wprost, (lub z braku udzielenia odpowiedzi) - w postaci wykluczenia z postępowania, nie możliwe byłoby ustalenie braku interesu wykonawcy do wniesienia odwołania - wobec ewentualności samodzielnego złożenia oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą, skoro możliwość ta, co do zasady dotyczy dalszego przedłużania terminu związania ofertą, dokonywaną po wyczerpaniu tej procedury na wniosek zamawiającego, tj. wówczas, kiedy zamawiający nie ma prawa zapytywać o to wykonawcy. Każde zaniechanie zamawiającego, które może dla wykonawcy powodować negatywne konsekwencje, w celu im zapobieżenia - powinno być objęte odwołaniem wniesionym z zachowaniem terminu, pod rygorem utraty uprawnień do podnoszenia tychże zarzutów w dalszym toku procedury przetargowej.

Zarzut, jako podniesiony z uchybieniem terminu nie podlegał rozpoznaniu. Wniesienie odwołania wobec zaniechania czynności wezwania - dopiero w dniu 13 grudnia 2013 r. należało uznać za spóźnione. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Odwołanie w części, w jakiej odwołujący Pol-Aqua zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 85 ust. 2 w związku z 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp podlegało zatem odrzuceniu. Jednakże wobec braku możliwości wydania przez Izbę orzeczenia częściowego, w orzecznictwie Izby utrwalił się pogląd, iż wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy żaden z podnoszonych zarzutów nie może być przez Izbę rozpoznany z powodów określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W przeciwnym wypadku Izba rozpoznaje odwołanie, z tym że zarzuty, co do których zachodzą okoliczności wymienione w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - stosowanym odpowiednio - jako spóźnione nie polegają merytorycznemu rozpoznaniu.

Nawet, gdyby uznać, że z braku uprzedniego wezwania, nie było podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp, to i tak nie można było pominąć, że zamawiający jako drugą podstawę prawną - odrzucenia oferty odwołującego - z przyczyny braku złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą - wskazał art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. jej niezgodność z ustawą.

Termin związania ofertą przynależy do istotnych elementów oferty w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. W tym postępowaniu wykonawca, nie tylko poprzez akceptację postanowień SIWZ, ale w samym formularzu oferty (pkt 9) składał oświadczenie, iż pozostaje związany ofertą przez okres 60 dni. Zmiana terminu związania ofertą stanowi zmianę treści oferty, wymaga pod rygorem nieważności formy pisemnej, a nie może być wywodzona w sposób dorozumiany.

Przepisy Kodeksu cywilnego zgodnie z art. 14 ustawy Pzp mają zastosowanie do czynności zamawiającego oraz wykonawców, jedynie w zakresie nieuregulowanym ustawą Pzp. Stosownie do wskazań art. 82 ust. 2 ustawy Pzp ofertę składa się pod rygorem nieważności, w formie pisemnej (...). Zmiana treści oferty dla swej ważności wymaga bezwzględnie formy pisemnej. Izba przy tym nie neguje, że samo powiadomienie zamawiającego o przedłużeniu okresu związania ofertą mogło być przekazane w sposób ustanowiony w art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, tj. pisemnie lub za pośrednictwem faksu zgodnie z warunkami SIWZ, i stawało się skuteczne z chwilą, gdy zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią.

Wobec jednoznacznego pisemnego oświadczenia o związaniu ofertą przez okres 60 dni od wyznaczonej daty jej złożenia, brak jest jakichkolwiek podstaw do wywodzenia dorozumianej zgody na przedłużenie okresu związania ofertą w oparciu o zachowania faktyczne odwołującego (art. 60 K.c.), mogące wskazywać na zamiar dalszego uczestnictwa w przetargu. Oferta bez przerwy powinna podlegać okresowi związania. Deklarowana w odwołaniu przez pełnomocnika procesowego, wola wykonawcy związania treścią złożonej oferty nie jest miarodajna. Biorąc ponadto pod uwagę zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp), stanowisko odwołującego Izba uznała, zatem za nietrafne.

Nie można było również zgodzić się z zarzutami odwołującego, że zamawiający celowo opieszale i wielokrotnie wzywał wykonawców do wyjaśnień oraz uzupełniania dokumentów, aby doprowadzić do upływu okresu związania ofertą. Wynikało to bowiem ze wskazań uzasadnienia wyroku Izby z dnia 24 października 2013 r. sygn. akt KIO 2332/13 i KIO 2333/13, gdzie Izba uznała, że: *„w omawianej sytuacji wystarczającym będzie wezwanie obu wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający w wykonaniu wyroku Izby wezwie wykonawców do wyjaśnienia, czy wskazane przez nich w wykazach robót roboty budowlane dotyczyły zaprojektowania i wybudowania lub rozbudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, stosując typ technologii o przepustowości minimum 20 000 RLM. Dopiero zaś, jeżeli ocena uzyskanych wyjaśnień wraz z dokumentami już złożonymi na potwierdzenie spełnienia warunku doprowadzi do wniosku, że wykonawcy nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający wezwie wykonawców do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.”*

Izba nie dopatrzyła się zatem w działaniach zamawiającego czynów o znamionach nadużycia prawa podmiotowego, naruszających art. 5 K.c. Zamawiający był zobowiązany postępować zgodnie z ww. wyrokiem.

Izba w tym składzie, podziela poglądy o doniosłym znaczeniu utrzymywania oferty wykonawcy w stanie związania jej treścią, przynajmniej aż do wyboru oferty, a zasadniczo do zawarcia umowy, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby, między innymi, sygn. akt: KIO 1804/12, KIO/KU 89/12, KIO 1822/12, KIO 1924/12, KIO 2020/12, KIO 109/13, KIO 346/13, KIO 1370/13. Instytucja związania ofertą chroni zamawiającego (oblata) i do momentu upływu związania ofertą przyznaje mu prawo żądania zawarcia umowy. Nie budzi wątpliwości, iż wybór oznaczonej oferty – jako najkorzystniejszej - winien nastąpić w terminie związania ofertą, czyniącą zadość obowiązkowi utrzymania ciągłości tego terminu, przez czas trwania postępowania.

W przypadku zawierania umowy w drodze przyjęcia oferty przez oblata opisanego w ww. przepisach K.c., jak też w przypadku przetargu publicznego, gdzie następuje wybór najkorzystniejszej oferty (skutkujący nie bezpośrednim nawiązaniem stosunku umownego ale powstaniem zobowiązania i tym samym roszczenia do odrębnego zawarcia umowy), dla wywarcia przez ofertę i jej wybór lub przyjęcie, wskazanych wyżej skutków prawnych, konieczne jest aby oferent pozostawał nią związany.

Zgodnie z postanowieniami art. 66 K.c. oświadczenie woli stanowi ofertę, jeśli zawiera istotne postanowienia umowy i ma charakter stanowczy. Przy czym oświadczenie wiąże oferenta przez czas przez niego wskazany - w tym okresie adresat oferty (oblat) może złożyć oświadczenie o przyjęciu oferty, przez co dochodzi do zawarcia umowy. Związanie jest więc wciąż koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty (vide: Komentarz do art. 66 kodeksu cywilnego, [w:] B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda, Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz, LEX, 2009).

Analogicznie stanowisko, co do znaczenia instytucji związania ofertą zajęli przedstawiciele doktryny w publikacji „Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449”, pod. red. K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2011, gdzie na str. 384, w komentarzu do art. 66 K.c., wskazano: *„Oferent jest swą ofertą związany (art. 66 § 1 in fine), w następstwie czego adresat oferty może poprzez jej przyjęcie doprowadzić do zawarcia umowy”,* [natomiast w przypadku przetargu publicznego, oczekiwać zawarcia umowy po wyborze oferty jako najkorzystniejszej]. I dalej: *„W okresie związania ofertą, oferent musi pozostawać w stanie gotowości do wykonania umowy, licząc się z przyjęciem oferty przez oblata. Sytuacje tego rodzaju są zwykle bardzo uciążliwe. Stąd najczęściej związanie oferenta trwa tylko przez oznaczony czas, po upływie którego oferta wygasa.”* Tym samym staje się ona „byłą” ofertą, a nie wiążącym oferenta oświadczeniem woli o gotowości zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach. Ponadto, przedłużyć

można jedynie stan istniejący. Stan prawny, który ustał może być wyłącznie restytuowany, a więc odtworzony na nowo, czego ustawa Pzp nie przewiduje.

W odniesieniu do zarzutu, iż nie jest zakazane zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po wyborze oferty i wygaśnięciu okresu związania, Izba wskazuje, iż ogranicza się do rozstrzygnięcia spraw odwoławczych w zakresie gwarancji ustalonych ustawą Pzp dla obu stron, co do podejmowania oznaczonych czynności. Nie ingeruje w sferę czynności dokonanych za obopólną zgodą - nie naruszających przepisów ustawy, a więc nie może nakazywać ich dokonania zamawiającemu, albowiem może nakazać jedynie dokonanie czynności zaniechanych, czy przeprowadzonych wadliwie, do których zobowiązuje ustawa. Przepisy ustawy Pzp nie dają podstawy, aby nakazywać zamawiającemu przeprowadzenia czynności warunkowej, uzależnionej od tego czy w dowolnym momencie wykonawca, mając do tego prawo - nie wycofa się z podpisania umowy. Wybór oferty, aby był obustronnie wiążący, winien być dokonany w warunkach związania ofertą. Zamawiający winien mieć pewność, że kontynuowane postępowanie doprowadzi do zawarcia umowy, a wykonawca, gdy zawarcie umowy na warunkach oznaczonych w SIWZ, aktualnie nie leży w jego interesie nie powołała się na upływ okresu związania ofertą, a więc będzie miał wolny wybór, co do podpisania umowy, bez narażenia się na konsekwencje utraty wadium. Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 24 lutego 2010 r. sygn. akt SK 22/08 opowiedział się za możliwością zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą. Pogląd ten odzwierciedla aktualny, zliberalizowany stan prawny ustawy Pzp, niewymagający wprost zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie związania ofertą. Brak po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, nie oznacza braku możliwości jej zawarcia, jeżeli istnieje taka wola po stronie oferenta.

Wybór oferty najkorzystniejszej powinien jednak nastąpić w okresie związania, a wykonawca musi pozostawać w takim stanie nieprzerwanie od dnia upływu terminu złożenia ofert. W przedmiotowym postępowaniu sytuacja taka nie zachodzi, nie jest możliwa do odtworzenia, nawet w drodze orzeczenia Izby.

Bezsprzecznie oferta nie pozostająca w stanie związania wyrażonego w formie pisemnej, lub dozwolonej art. 27 ust. 1 ustawy Pzp - jest niezgodna z ustawą, zatem zachodzą obligatoryjne podstawy do jej odrzucenia statutowane art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Oferta, której termin związania minął nie obliguje wykonawcy do zawarcia umowy na proponowanych warunkach, wobec czego traci cechy wiążącej oferty. Ponadto sprzecznym z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji byłoby jednakowe traktowanie wykonawców, związanych złożoną ofertą, wobec których zamawiający miałby roszczenie zawarcia umowy, pod rygorem utraty przez nich

wniesionego wadium oraz wykonawców ofertami niezwiązanymi, którzy mogą, ale nie muszą zawrzeć umowy, i którzy mają prawo w tym względzie wielokrotnie zmieniać zdanie, bez narażenia się na konsekwencje utraty wadium.

W odniesieniu do zarzutu, że postępowanie obarczone jest nienaprawialną wadą, uzasadniającą unieważnienie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego.

1. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez postawienie wymogu złożenia oświadczenia w zakresie przeprowadzenia „wizji lokalnej” tj. zapoznania się z lokalizacją i warunkami miejscowymi, panującymi na obszarze objętym przedsięwzięciem.

Zamawiający - w-pkt 8) Formularza ofertowego zawarł następujące oświadczenie, które musieli złożyć wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia:

„8) Oświadczamy, że:

c. zapoznaliśmy się z lokalizacją i warunkami miejscowymi, panującymi na obszarze objętym przedsięwzięciem,

d. dokonaliśmy własnego rozpoznania niezbędnej ilości i charakteru prac.

Było to więc wymaganie polegające na tym, że dany wykonawca - aby złożyć prawdziwe oświadczenie w tym zakresie - musiał udać się (lub wysłać przedstawicieli) na miejsce inwestycji i dokonać osobistego zapoznania z lokalizacją i warunkami miejscowymi i we własnym zakresie dokonać rozpoznania niezbędnej ilości i charakteru prac.

Zbyt daleko wybiega konkluzja zamawiającego, że wobec wyznaczenia warunku przeprowadzenia wizji lokalnej opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy, lub niepełny.

Przepis art. 31 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego (PFU), i ten ustawowy wymóg został spełniony. Zamawiający ponadto udostępnił wykonawcom posiadane opinie geotechniczne, wyniki badania hydrogeologicznego, raport oddziaływania na środowisko, operat wodno-prawny, decyzje o ustaleniu lokalizacji inwestycji, decyzje o uwarunkowaniach środowiskowych. Izba uznała zatem opis przedmiotu zamówienia za zgodny z wskazaniem art. 29 ust 1 i 2 Pzp. Jeżeli nawet warunek przeprowadzenia wizji stwarza większe utrudnienia dla podmiotów, szczególnie zagranicznych, które chciałyby złożyć ofertę, to jest możliwy do spełnienia np. w

drodze zlecenia takich czynności. Z reguły racjonalny wykonawca robót budowlanych w systemie zaprojektuj i zbuduj - przed złożeniem oferty i tak zapoznaje się z warunkami realizacji, w tym terenowymi. Jakkolwiek należało wizję w terenie pozostawić w gestii samych wykonawców, to uchybienie nie ma charakteru wady, która mogłaby powodować nieważność zawartej umowy, tym samym uzasadniać unieważnienie postępowania na wskazanej przez zamawiającego podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ustawy Pzp.

2. wskazywany zapis w SIWZ, iż „Koncepcja technologiczna lub Ramowy opis proponowanych przez Wykonawców technologii oczyszczania ścieków dla porównania parametrów technicznych w kryterium oceny ofert dla „zainstalowanej mocy” i „energochłonności” - ww. opracowania nie będą stanowiły podstawy do oceny wiarygodności oferty i jej ewentualnego odrzucenia. Informacje zawarte w niniejszych opracowaniach będą dla Zamawiającego pełniły jedynie funkcje informacyjną i pomocniczą przy ocenie ofert w kryterium: parametry techniczne” nie narusza przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 29 ust. 1 i 2 oraz zasad wyrażonych w art. 7 tej ustawy. Nie stanowi o niepełnym opisie przedmiotu zamówienia, który został podany w PFU, nie powoduje nierównego traktowania wykonawców, nie wprowadza ograniczeń w zakresie uczciwej konkurencji. Stanowi wymagane przepisem 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp wypełnienie obowiązku podania sposobu oceny ofert w wyznaczonych kryteriach. Uprawnieniem zamawiającego jest wyznaczenie w SIWZ takich wymagań, które uznaje za istotną treść oferty w rozumieniu art. 66 § 1 K.c.- jej *essentialia negotii*, których niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty, w odróżnieniu do innych wymagań ubocznych, służących określonym innym celom np. informacyjnym, których niespełnienie nie powoduje odrzucenia oferty. Tym samym nie uzasadnia unieważnienia postępowania na wskazanej przez zamawiającego podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ustawy Pzp.

3. Izba stwierdziła, iż miało miejsce naruszenie art. 29 ust 3 Pzp poprzez nie opisanie warunków równoważności, co w konsekwencji mogło spowodować utrudnienia w ocenie ofert. Zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opisał przedmiot zamówienia z użyciem sformułowania „lub równoważny”, jednakże jak sam przyznał - nie określił kryteriów równoważności tzn. nie wskazał istotnych parametrów równoważności, które będą brane pod uwagę przy

ocenie ofert zawierających rozwiązania równoważne, i z czego wywodził, iż wystąpiła wada uniemożliwiająca dokonanie prawidłowej czynności badania i oceny ofert, a także uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba podziela poglądy, że skoro zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego jest zobowiązany wykazać, że oferowane przez niego np. dostawy, roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, to wymagania te powinny być przynajmniej jako minimalne - określone w SIWZ. Znaczenie prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, w tym określenia kryteriów równoważności podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jednakże mimo tego, nagminną praktykę stanowi, że zamawiający w ramach równoważności wymagają zaoferowania produktów o „cechach tożsamyh lub lepszych” niż podane w SIWZ. Skutkiem takiego opisu równoważności, jak trafnie zauważył zamawiający, jest danie wykonawcy szerszej możliwości wykazywania, że oferowane produkty spełniają kryteria równoważności pod względem cech technicznych, właściwości eksploatacyjno – użytkowych, wymagań normatywnych itp. Wskazywany brak nie uzasadnia jednak unieważnienie postępowania na wskazanej przez zamawiającego podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ustawy Pzp, gdyż w ogólności nie uniemożliwia oceny ofert, w tym wykazywania, że oferta wykonawcy, w tym przypadku odwołującego Pol-Aqua S.A. równoważną nie jest, a jedynie stanowi dla samego zamawiającego utrudnienie przeprowadzenia takiego dowodu, co nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania. Zdaniem Izby, skoro oferta PRI Pol-Agua S.A. przedstawia inny sposób wykonania zamówienia publicznego, wówczas należało rozważyć wariantowość tej oferty w rozumieniu art. 2 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż przez ofertę wariantową należy rozumieć ofertę przewidującą zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Zamawiający nie dopuścił ofert wariantowych. Nie dokonał też odrzucenia oferty odwołującego. Unieważnienie postępowania, jeżeli zamawiający uważa, że oferta nie spełnia wymagań SIWZ (PFU) i kwalifikuje się do odrzucenia, powinno być poprzedzone merytoryczną oceną i odrzuceniem oferty. Izba zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do dokonanych czynności zamawiającego, względnie do zaniechania czynności i przedstawionych na udowodnienie zasadności tych czynności poglądów oraz dowodów. Nie odnosi się natomiast do przypuszczeń, zamawiającego, jego ogólnych przekonań, czy ewentualnych zamiarów. Z tych względów prowadzenie postępowania

dowodowego w odniesieniu do podstaw odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – bez przeprowadzenia takiej czynności – Izba uznała za bezprzedmiotowe.

Nawet gdyby przyjąć, że postępowanie było obarczone wadliwością i że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wskazywała wprost, jakie zostały ustalone minimalne kryteria równoważności oferty, nie sposób uznać takiego uchybienia za spełniający przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wada postępowania stanowiąca podstawę jego unieważnienia musi spełniać jednocześnie dwa warunki: po pierwsze musi zaistnieć wada tak istotna, że nie jest ona możliwa do usunięcia w toku postępowania, a po drugie musi uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W przeświadczeniu Izby, żadnej ze wspomnianych przesłanek zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu informacji z dnia 4 grudnia 2013 r. Wada, która stanowi podstawę unieważnienia postępowania musi mieć charakter nieusuwalny. Jednocześnie jako bezpośredni związek przyczynowy takiej wady i unieważnienia postępowania, musi zaistnieć niemożność zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający powołał się w swojej informacji również na treść art. 146 ust. 6 Pzp, stanowiący, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający nie wykazał, że w postępowaniu wystąpiła istotna, a zarazem nieusuwalna wada, a ponadto, że wada ta miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Przytoczona argumentacja zamawiającego nie daje podstaw do uznania, że spełnione zostały przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 Pzp. Gdyby uznać, że niewłaściwie skonstruowane wskazywane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynęły na działania poszczególnych podmiotów przystępujących do przetargu, mogąc jednocześnie wprowadzić ich w błąd, co do konkretnych wymogów stawianych wykonawcy w realizacji zamówienia, ustalić by wówczas należało, jakie były rzeczywiste konsekwencje takiego postępowania zamawiającego. Zdaniem Izby, nie może być mowy o wadliwości prowadzącej do unieważnienia przetargu.

Skoro zamawiający stwierdził niezgodność oferty odwołującego z PFU i na tej, między innymi podstawie unieważnił postępowanie, to czynność taka mogłaby być dokonana jedynie po ocenie ofert, [gdyby omawiana oferta pozostawała w okresie związania], jeżeli z przedstawionej koncepcji, którą należało jednak uznać za wiążącą w zakresie dalszych opracowań projektowych, poza tym stanowiącą podstawę przy przyznaniu punktacji

oferantom w kryterium technicznym - mimo jej charakteru informacyjnego - wynikała jednoznaczna niezgodność z PFU, w zakresie przyjętej technologii przewidującej brak instalacji podciśnieniowego odgazowania osadu, a jedynie napowietrzanie. Także co do pozostałych wykazywanych różnic – braku wieży w reaktorze Carrousel oraz pomp ciśnieniowych i nieujęcia w bilansie zapotrzebowanej mocy wszystkich koniecznych urządzeń pobierających energię elektryczną - co było możliwe do ustalenia, czy też jednoznacznego potwierdzenia - w trybie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, ewentualnie z oceną - kończącą się odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, również z uwzględnieniem jej wariantowości, której zamawiający nie dopuścił. Szczególnie biorąc pod uwagę wewnętrzną sprzeczności przedstawionej koncepcji z deklaracją zawartą w formularzu oferty - wykonania przedmiotu zamówienia w pełnej zgodności z SIWZ, w tym z PFU.

Tymczasem, jak wskazuje się w doktrynie, wada o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu przetargu (tak np. P Granecki komentarz do art. 93 Prawa zamówień publicznych, C. H. Beck, 2012). Nadto wskazuje się, że decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający nie może podjąć na podstawie domniemań i przypuszczeń, gdy istniałoby prawdopodobieństwo, że zamówienie mogłoby być wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego (por. wyr. KIO z 22.3.2010 r., KIO/UZP 210/10). Oferta odwołującego nie była jedyną, zamawiający nie podnosił, iż inne oferty złożone w tym postępowaniu także są niezgodne z treścią SIWZ. Pozostałe oferty, także zostały odrzucone z braku przedłużenia terminu związania ofertą.

Odnosząc się zaś do przywołanej podstawy czynności zamawiającego - art. 146 ust. 6 Pzp, zdaniem Izby, ujawnione wady, nie dają podstaw dla wystąpienia przez Prezesa Urzędu do sądu o unieważnienie umowy zawartej w wyniku przetargu. Niezbędnym wymogiem takiego wystąpienia, byłoby bowiem zaistnienie czynności z naruszeniem ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jak wynika z przedstawionych wyżej okoliczności postępowania, ewentualne uchybienia leżące po stronie zamawiającego - mogłyby nie mieć ostatecznie żadnego wpływu na rozstrzygnięcie przetargu, skoro, jak już wskazywano, oferty innych uczestników postępowania przetargowego w chwili jego unieważnienia, spełniały wszystkie warunki PFU. Kontynuacja postępowania, mogłaby doprowadzić do wyboru prawidłowej oferty, gdyby tylko do czasu przeprowadzenia wyboru, wszystkie oferty pozostawały w okresie związania i były zabezpieczone wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu, choć nie wszystkie podane przez zamawiającego przyczyny unieważnienia postępowania w

piśmie z dnia 4 grudnia 2013 r. znalazły potwierdzenie w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Podważanie czynności zamawiającego w odniesieniu do unieważnienia postępowania przetargowego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie znajduje uzasadnienia, skoro nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, obowiązkiem zamawiającego wynikającym z tej normy było unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający przeprowadził nakazane wyrokiem Izby z dnia 24 października 2013 r. czynności wezwania wykonawców o wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów oraz ponowną ocenę w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przy czym stwierdził dalsze braki i nieprawidłowości w ofercie odwołującego, dotyczące wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do potencjału osobowego oraz pełnomocnictwa załączonego do oferty - (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp).

Odwołujący oprócz przywołania podstawy prawnej zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie sformułował żadnych zarzutów faktycznych w tym zakresie, odnoszących się do niezasadnej oceny przez zamawiającego spełnienia wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu. Nie podlega też polemice okoliczność, iż z mocy art. 26 ust. 3 zdanie 2 ustawy Pzp, zamawiający jest zwolniony z obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełniania wadliwych dokumentów, jeżeli oferta z innych przyczyn podlega odrzuceniu. Oferta odwołującego, jako niepozostająca w okresie związania, nie mogła zostać uwzględniona przy ocenie i wybrana, jako najkorzystniejsza do realizacji zamówienia, zatem zachodził po stronie zamawiającego obowiązek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, niezależnie od zaniechania jej merytorycznej oceny. W następstwie zaistniałej sytuacji, zamawiający unieważnił postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, z braku ofert niepodlegających odrzuceniu, co zniweczyło ze skutkiem wstecznym przeprowadzone w trakcie postępowania czynności.

Postępowanie dowodowe w sprawie nie potwierdziło zasadności czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp, tj.:

- art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez ich zastosowanie i uznanie, że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania,
- art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez błędne ich zastosowanie w stosunku do odwołującego pomimo braku przesłanek,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez błędne jego zastosowanie,
- art. 26 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do odwołującego,

- art. 91 ust. 1 Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej i niewykonanie wyroku KIO z dnia 24 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2332/13, KIO 2333/13); Izba nie nakazała wyboru oferty odwołującego.

Nie można było przypisać zamawiającemu naruszenia art. 7 ust 1 i ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawiającego się m.in. w zaniechaniu wyboru oferty odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 85 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się przez zamawiającego do odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez błędne zastosowanie i przez wykluczenie odwołującego na tej podstawie i odrzucenie jego oferty, Izba uznała za spóźniony i niepodlegający rozpatrzeniu.

Potwierdził się natomiast zarzut:

- naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 tej ustawy, przez unieważnienie postępowania na tej podstawie, które to naruszenie, wobec zasadności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, pozostawało bez wpływu na wynik postępowania,

- naruszenia art. 184 Pzp poprzez zaniechanie skierowania wezwania do odwołującego, dotyczącego wadium (okoliczność przyznana), jednakże bezsporne pozostawało, że odwołujący przedłużył wadium, i że z tej przyczyny jego oferta nie podlegała odrzuceniu; odwołujący nie miał ponadto interesu, aby zarzutem tym obejmować zaniechania wezwania innych wykonawców do wniesienia wadium.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zasądziła na rzecz zamawiającego od odwołującego kwotę 3 600,00 zł, tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika na podstawie złożonej do akt faktury, stosownie do postanowień § 3 pkt 2b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....

