

WYROK

z dnia 31 marca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2015 roku przez wykonawcę: **K. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K. K. Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem, Plac Solidarności 1/3/5 lok. 232, 53-661 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Wojewódzki Urząd Pracy w Katowicach, ul. Kościuszki 30, 40-048 Katowice,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę K. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K. K. Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez wykonawcę K. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K. K. Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy K. K., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą K. K. Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem na rzecz Zamawiającego - Wojewódzkiego Urzędu Pracy w Katowicach **kwotę 371 zł 57 gr (słownie: trzysta siedemdziesiąt jeden złotych pięćdziesiąt siedem groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na wyznaczoną rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Urząd Pracy w Katowicach [zwany dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Usługa świadczenia działań aktywizacyjnych dla 1000 osób długotrwale bezrobotnych*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 grudnia 2014 roku pod numerem 2014/S 243-428284.

W dniu 6 marca 2015 roku Zamawiający – za pośrednictwem poczty elektronicznej - przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, wskazując jednocześnie, że wykluczył z postępowania wykonawców biorących w nim udział i odrzucił ich oferty.

W dniu 16 marca 2015 roku wykonawca – K. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą K. K. Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem [zwana dalej: „Odwołującym”] wniosła odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, odrzuceniu jego oferty oraz unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności, a w konsekwencji uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania tej czynności;
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo braku istnienia podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 4) obciążenia kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Odwołującego poprzez zasądzenie kwoty 15 000 PLN, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego się z tytułu wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał, że w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty Zamawiający stwierdził, że z certyfikatu o dokonaniu wpisu podmiotu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia wynika, iż pierwszego wpisu do rejestru dokonano 19 czerwca 2013 r. Zamawiający w konsekwencji uznał, że Odwołujący nie mógł realizować usługi pośrednictwa pracy co najmniej przez poprzedni rok kalendarzowy, tj. 2013 r., a tym samym nie wykazał spełnienia warunku w zakresie realizacji usługi pośrednictwa pracy przez co najmniej poprzedni rok kalendarzowy tj. 2013 r. Odwołujący podniósł, że Zamawiający powoływał się na fakt wszczęcia postępowania w roku 2014, a przez to na celowe odniesienie się do całego 2013 roku, jako okresu, w którym wykonawca musiał realizować usługę pośrednictwa pracy.

Zdaniem Odwołującego istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy ma treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej: „SIWZ”] oraz prawidłowa ich wykładnia. Odwołujący stwierdził, że składając w 2015 roku ofertę zasadnie przyjął, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 6.1.1. SIWZ, polega na nieprzerwanym prowadzeniu działalności przez co najmniej poprzedni rok kalendarzowy. Odwołujący uznał, że skoro prowadził działalność przez cały poprzedni rok kalendarzowy, a ponadto przez ponad 6 miesięcy roku poprzedzającego poprzedni rok kalendarzowy, to spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że wyrażenie „tj. 2013”, wobec całej treści punktu 6.6.1. SIWZ, należało uznać za oczywistą omyłkę pisarską, gdyż stosując dyrektywy wykładni oświadczenia woli na podstawie art. 65 k.c. nie można przyjąć innej interpretacji tego postanowienia SIWZ. Wskazał ponadto, że wykładnia literalna nie może prowadzić do ustalenia istnienia w treści postanowień SIWZ nie dających się wyeliminować sprzeczności. W ocenie Odwołującego przyjęcie literalnej wykładni postanowień zawartych w punkcie 6.1.1. SIWZ prowadzi do powstania nie dającej się wyeliminować sprzeczności,

bowiem poprzedni rok kalendarzowy to rok 2014, jeśli przyjąć, że wykonawcy mieli spełnić warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert a nie na dzień ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia. Według Odwołującego jest to oczywista omyłka pisarska i za poprzedni rok kalendarzowy należy uznać rok 2014 a nie 2013. Wskazał również, że literalna wykładnia postanowienia zawartego w punkcie 6.1.1. SIWZ prowadziłyby do absurdalnych wniosków, że warunki udziału w postępowaniu mógłby spełniać wykonawca nie prowadzący w ogóle działalności w 2014 roku, a prowadzący tą działalność 2013 roku, w sytuacji, gdy wykonawca prowadzący działalność nieprzerwanie przez ponad 18 ostatnich miesięcy, w tym przez cały poprzedni rok kalendarzowy, tak jak Odwołujący, nie spełniałby warunków udziału w postępowaniu, co naruszałoby, zdaniem Odwołującego, zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący następnie podniósł, że złożone przez niego w postępowaniu dokumenty potwierdzają, że jest zdolny do wykonania zamówienia, według kryteriów ustalonych przez Zamawiającego, bowiem prowadził działalność przez co najmniej cały poprzedni rok kalendarzowy w dniu składania oferty, a zatem nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Reasumując stwierdził, że w jego ocenie postanowienia punktu 6.1.1. SIWZ są jasne i nie budzą wątpliwości, a wskazanie na rok 2013 jako poprzedni w stosunku do 2015 r. jest oczywistą omyłką pisarską.

W dniu 23 marca 2015 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o odrzucenie odwołania ewentualnie o jego oddalenie oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Wniosek o odrzucenie odwołania Zamawiający umotywowwał tym, że w istocie Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ, a nie wobec czynności polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania. Zamawiający podniósł, że termin ustawowy do wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ upłynął w dniu 27 grudnia 2014 roku, a zatem odwołanie zostało wniesione po terminie. Zamawiający wskazał, że sam Odwołujący w odwołaniu stwierdził, że *„kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy ma treść stosownych postanowień SIWZ, a w konsekwencji właściwa ich wykładnia”*. W dalszej kolejności Zamawiający odniósł się merytorycznie do treści zarzutów podniesionych przez Odwołującego, podnosząc, iż są one bezzasadne, z uwagi na to, że postanowienia SIWZ kwestionowane przez Odwołującego zostały sformułowane w sposób jasny i jednoznaczny i nie pozostawiają wątpliwości, że za poprzedni rok kalendarzowy należało uznać rok 2013. Dodatkowo, Zamawiający wskazał, że upłynął już termin związania Odwołującego ofertą.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. dokumenty wchodzące w skład dokumentacji postępowania przekazanej Izbie w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowiącym, iż *odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.* Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, że w przedmiotowej sprawie winien mieć zastosowanie termin do wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.* Izba ustaliła, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, podstawą do wniesienia odwołania, nie była treść ogłoszenia o zamówieniu, czy postanowienia SIWZ, lecz czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, odrzuceniu jego oferty oraz unieważnieniu postępowania. Argumentacja Odwołującego się, odnosząca się do kwestii interpretacji postanowień SIWZ, była bezpośrednio związana z podnoszonym przez niego zarzutem bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania. Natomiast całkiem odrębnym zagadnieniem jest to, czy wobec upływu terminu do kwestionowania postanowień SIWZ ta argumentacja byłaby skuteczna.

Izba jest zobowiązana także do badania z urzędu czy zostały spełnione przesłanki, o których mowa a art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, warunkujące możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu*

podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. A zatem, odwołanie przysługuje tylko temu wykonawcy, który spełnia kumulatywnie przesłanki wymienione w powołanym powyżej przepisie prawa, tj. przesłankę posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz przesłankę poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba badając spełnienie przesłanek, o których mowa powyżej, ustaliła, że Odwołującemu nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania.

Przede wszystkim należy zważyć, że w punkcie 12.1. SIWZ Zamawiający wskazał, iż „*Termin związania ofertą wynosi 60 dni*”. Zgodnie z brzmieniem art. 85 ust. 5 ustawy Pzp *Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert*. W przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert upłynął z dniem 8 stycznia 2015 roku. Odwołanie zostało wniesione w dniu 16 marca 2015 roku, a zatem termin związania ofertą upływał jeszcze przed dniem, w którym odwołanie zostało wniesione (8 marca 2015 roku). W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że upłynął termin związania Odwołującego ofertą. W toku rozprawy w dniu 31 marca 2015 roku pełnomocnik Odwołującego wyjaśnił, że nie jest mu wiadome, czy Odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą i jednocześnie oświadczył, iż w imieniu Odwołującego składa oświadczenie materialnoprawne o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 30 dni licząc od dnia 7 marca 2015 r. Z dokumentacji postępowania, przekazanej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, nie wynika, żeby Odwołujący samodzielnie przedłużył termin związania ofertą. Nie wynika też, żeby Zamawiający wzywał go do wyrażenia zgody na przedłużenie tego terminu ani to, żeby Odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenie o związaniu ofertą przez okres dłuższy niż 60 dni.

Odnosząc się do oświadczenia złożonego przez pełnomocnika Odwołującego w toku rozprawy o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 30 dni licząc od dnia 7 marca 2015 r., abstrahując już od kwestii umocowania do złożenia takiego oświadczenia w imieniu Odwołującego na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, stwierdzić należy, że aby utrzymać stan związania ofertą konieczne jest zapewnienie jego ciągłości. Zgodnie bowiem z art. 85 ust. 2 ustawy 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*. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się,

że przedłużenie terminu oznacza konieczność zachowania jego ciągłości, a zatem konieczność przedłużenia tego terminu jeszcze przed upływem terminu związania ofertą (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2012 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2020/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2014 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1737/14). Zatem, w przypadku, gdy nie zostanie zachowana ciągłość związania ofertą, czyli jeżeli pierwotny termin związania ofertą upłynie, a dopiero później wykonawca wyrazi wolę jego przedłużenia, to nie można już mówić o skutecznym przedłużeniu terminu związania ofertą.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że pełnomocnik Odwołującego składając oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 30 dni przekroczył zakres swojego umocowania wynikającego z udzielonego mu pełnomocnictwa złożonego w toku posiedzenia a datowanego na dzień 30 marca 2015 roku, bowiem z treści tego pełnomocnictwa wynika, iż wskazani w nim pełnomocnicy, w tym pełnomocnik składający oświadczenie, są jedynie umocowani do występowania w imieniu Odwołującego *„przed Krajową Izbą Odwoławczą, Urzędem Zamówień Publicznych, innymi organami administracji publicznej oraz przed sądami powszechnymi i administracyjnymi we wszystkich instancjach w sprawie o sygn. akt KIO 520/15”*.

Wobec powyższych okoliczności, Izba ustaliła, że termin związania ofertą w przypadku Odwołującego upłynął przed dniem wniesienia odwołania, tj. przed dniem 16 marca 2015 roku.

Powyższe ma decydujące znaczenie dla oceny ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym dla oceny zasadności wniesionego odwołania.

Izba ustaliła, że wprawdzie Odwołujący miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, złożył bowiem ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia. Natomiast nie ziszcila się druga przesłanka określona w tym przepisie, a mianowicie możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Jak już bowiem powyżej wskazano, na dzień wniesienia odwołania, Odwołujący nie był związany złożoną przez siebie ofertą.

W orzecznictwie sądów powszechnych oraz Izby prezentowane są rozbieżne stanowiska co do skutków upływu terminu związania ofertą na sytuację wykonawcy w postępowaniu. Izba, w składzie rozpoznającym sprawę, zajmuje stanowisko, że Zamawiający nie ma możliwości wyboru oferty, którą wykonawca nie jest już związany. Odnosi się to zarówno do przypadku, gdy na wniosek zamawiającego wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, jak również, gdy nie skorzystał z możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą (podobnie także: wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 9 września 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1737/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1669/14; wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie w sprawie o sygn. akt I Ca 495/13).

Natomiast, odmienną kwestią jest dopuszczalność zawarcia przez Zamawiającego umowy o udzielenie zamówienia publicznego z wykonawcą, który złożoną ofertą nie jest już związany, o czym pozytywnie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny (postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08) i co zostało potwierdzone także w orzecznictwie Izby.

Czym innym jest jednak możliwość zawarcia umowy z wykonawcą, który nie jest już związany ofertą, a czym innym jest sama dopuszczalność wyboru oferty przez Zamawiającego, którą wykonawca nie jest związany, co w ocenie składu orzekającego Izby jest niedopuszczalne.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że Odwołujący nie będąc związany ofertą w dacie złożenia odwołania, nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, ponieważ, nawet gdyby odwołanie zostało uwzględnione zgodnie z żądaniami Odwołującego, to w przypadku powtórnej oceny ofert Zamawiający nie będzie miał możliwości wyboru oferty Odwołującego (z uwagi na upływ terminu związania ofertą).

Izba ustaliła zatem, że Odwołującemu nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w związku z nieziszczeniem się przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego konsekwencją było oddalenie odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., a także stosownie do postanowień zawartych w § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. a) oraz § 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).

Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty związane z dojazdem pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę w dniu 31 marca 2015 roku, według przedstawionego na rozprawie rozliczenia. Natomiast, Izba nie uwzględniła wniosku o zwrot kosztów z tytułu dojazdu na wyznaczony termin rozprawy w dniu 24 marca 2015 roku, gdyż termin ten został uprzednio zniesiony, a Zamawiającemu została wysłana stosowna informacja, za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 23 marca 2015 roku.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: