

Sygn. akt: KIO 1281/15

Sygn. akt: KIO 1282/15

WYROK

z dnia 29 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2015 r. przez wykonawców:

1. **ABM Zgorzelec Sp. z o.o., ul. Bohaterów II Armii Wojska Polskiego 9A, 59-900 Zgorzelec**, (sygn. akt: KIO 1281/15);
2. **M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Budagro" M. M., ul. Mickiewicza 11A, 59-930 Pieńsk** (sygn. akt: KIO 1282/15),

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Olszyna**, ul. Wolności 6, 59-830 Olszyna, przy udziale:

- A. **Eltor Sp. z o.o. Sp. k.**, ul. Torowa 19, 59-800 Lubań, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego** w sprawie o sygn. akt: KIO 1281/15
- B. **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o.**, Jałowice 56, 59-800 Lubań, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego** w sprawie o sygn. akt: KIO 1282/15;

orzeka:

1. oddala odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża odwołujących **ABM Zgorzelec Sp. z o.o., ul. Bohaterów II Armii Wojska Polskiego 9A, 59-900 Zgorzelec** oraz **M. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Budagro" M. M., ul. Mickiewicza 11A, 59-930 Pieńsk** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących się tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **ABM Zgorzelec Sp. z o.o., ul. Bohaterów II Armii Wojska Polskiego 9A, 59-900 Zgorzelec** oraz **M. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Budagro" M. M., ul. Mickiewicza 11A, 59-930 Pieńsk** na rzecz **Gminy Olszyna, ul. Wolności 6, 59-830 Olszyna** kwotę **3 591,60 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym:
 - a. zasądza od wykonawcy **ABM Zgorzelec Sp. z o.o., ul. Bohaterów II Armii Wojska Polskiego 9A, 59-900 Zgorzelec** na rzecz **Gminy Olszyna, ul. Wolności 6, 59-830 Olszyna** kwotę **1 795,80 zł** (słownie: tysiąc siedemset dziewięćdziesiąt pięć złotych i osiemdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
 - b. zasądza od wykonawcy **M. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Budagro" M. M., ul. Mickiewicza 11A, 59-930 Pieńsk** na rzecz **Gminy Olszyna, ul. Wolności 6, 59-830 Olszyna** kwotę **1 795,80 zł** (słownie: tysiąc siedemset dziewięćdziesiąt pięć złotych i osiemdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1281/15

Sygn. akt: KIO 1282/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Olszyna prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Odbudowę dróg gminnych: 1. Olszyna, ul. 1-go Maja/Skłodowskiej dz. Nr 1379/14, 1379/1, 5/4, 120/5, 124, 126 w km 0+000 do 1+676; 2. Olszyna, ul. Wolności dz. Nr 417 w km 0+000 do 0+080; 3. Krzewie Małe dz. Nr 124, 131, w km 0+000 do 0+225; 4. Biedrzychowice dz. Nr 548, 546 w km 0+000 do 0+130 (...)powódź lipiec 2013 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25.03.2015 roku pod poz. 66610-2015.

W dniu 17 czerwca 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wykonawców: Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Budagro M. M. – w zakresie części II i III zamówienia oraz ABM Zgorzelec Sp. z o.o. – w zakresie części I zamówienia.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu podjęcie niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności polegających na:

1. wykluczeniu Odwołujących w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp z udziału w przedmiotowym postępowaniu z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. nie przedłużenia terminu związania ofertą i skutkiem tego odrzucenia ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Eltor Sp. z o.o. Sp.k - w zakresie części I oraz przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. - w zakresie części II i III, mimo, że w rzeczywistości nie były one najkorzystniejsze w rozumieniu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp,
3. zaniechaniu wyboru ofert Odwołujących się odpowiednio Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Budagro M. M. – w zakresie części II i III zamówienia oraz ABM Zgorzelec Sp. z o.o. – w zakresie części I zamówienia.

Odwołujący zarzucili naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez odrzucenie ofert Odwołujących, mimo, że nie podlegają oni wykluczeniu,
2. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołujących z udziału w postępowaniu,
3. art. 85 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołujących do przedłużenia terminu związania ofertą, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a także przez uznanie, iż Odwołujący mieli obowiązek samodzielnie (bez wezwania Zamawiającego) przedłużyć termin związania ofertą,

4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewniał uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniesli o uwzględnienie odwołań i nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołujących, unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie odpowiednio części II i III zamówienia oraz części I zamówienia oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem ofert odwołujących się.

Wnieśli również o obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego i zasądzenie od Zamawiającego na ich rzecz kwoty 10 000 zł, stanowiącej uzasadnione koszty z tytułu wpisu od odwołania.

Odwołujący wskazali na następujące okoliczności:

Złożyli w postępowaniu oferty z terminem związania 30 dni licząc od dnia 10 kwietnia 2015 roku (tj. od dnia upływu terminu na składanie ofert. Termin związania ofertą upłynął w dniu 11 maja 2015 roku. W dniu 4 maja 2015 roku Zamawiający poinformował o wyniku postępowania i o wykluczeniu Odwołujących z udziału w postępowaniu. W dniu 8 maja 2015 roku obaj Odwołujący wniesli odwołania, na skutek czego bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu do dnia ogłoszenia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, co nastąpiło w dniu 25 maja 2015 roku. W dniu 7 maja 2015 roku Zamawiający wezwał wykonawców, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze do przedłużenia ważności wadium bądź wniesienia nowego wadium. W dniu 13 maja Zamawiający zwrócił Odwołującemu - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Budagro M. M. wniesione wadium., zaś w dniu 14 maja zwrócił wadium Odwołującemu ABM Zgorzelec Sp. z o.o. W wyroku z dnia 25 maja 2015 roku Krajowa Izba Odwoławcza wskazując na naruszenie przez Zamawiającego określonych przepisów ustawy Pzp uwzględniła odwołania i nakazała unieważnienie czynności oceny ofert oraz unieważnienie wykluczenia Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem ofert Odwołujących. Do upływu terminu związania ofertą tj. do dnia 28 maja Zamawiający nie wezwał Odwołujących do przedłużenia terminu związania ofertą, ani w tym terminie nie rozstrzygnął przetragu. Odwołujący złożyli pisemne oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertami oraz przedłużyli wadium, odpowiednio w dniach: 3 czerwca - ABM Zgorzelec Sp. z o.o. oraz 9 czerwca - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Budagro M. M. . W dniu 12 czerwca 2015 roku Zamawiający poinformował o wyborze ofert najkorzystniejszych oraz wykluczeniu Odwołujących z udziału w postępowaniu.

Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego o wykluczeniu ich z udziału w postępowaniu powołali się na uchwałę z dnia 24 maja 2011 KIO/KD44/11 oraz wyrok z dnia 2 kwietnia 2013 KIO 655/13, w którym Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła pogląd, iż upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania,

może być rozpatrywany jako nieskutkująca dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyrażą intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z tego postępowania. W orzecznictwie wyrażany jest także pogląd, że po upływie terminu związania ofertą, oferta nadal pozostaje ofertą a to nie uprawnia Zamawiającego do automatycznego nierozpatrywania takiej oferty i brak związania ofertą oznacza tylko brak obowiązku zrealizowania treści oferty po stronie wykonawcy, ale nie oznacza braku prawa tegoż wykonawcy do zrealizowania treści oferty. Skoro żaden przepis prawa nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest, nie ma podstaw, aby nie dokonywać oceny tej oferty. Na poparcie powołano orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2009 KIO/ UZP 1261/2009, gdzie Izba wskazała, że przepis art. 94 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga, by zawarcie umowy nastąpiło w terminie związania ofertą. Tym samym możliwy jest wybór jako najkorzystniejszej oferty, dla której upłynął termin związania, a w konsekwencji zachowując określone w powołanym przepisie minimalne terminy liczone od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z tym Zamawiający, na którym ciąży obowiązek wybrania oferty najkorzystniejszej wg kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu, powinien zwrócić się do wykonawcy nie związanego ofertą z pytaniem czy ten jest gotowy mimo braku związania ofertą zawrzeć umowę na warunkach wskazanych w tej ofercie (taki pogląd wyraziła KIO w uchwale z dnia 24 maja 2011 KIO/ KD 44/11). Niestety w realiach tego postępowania Zamawiający zaniechał podjęcia takiego działania, czym naruszył przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący powołali także orzeczenie KIO z dnia 5 lutego 2013 KIO 124/13. W ocenie Odwołujących Zamawiający, mając na uwadze cel zapewnienia możliwości realizacji zamówienia, winien wezwać wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Potwierdza to stanowisko Sądu Okręgowego w Rzeszowie, wyrażone w wyroku z dnia 16 lutego 2011 VI Ga 192/2010, a także stanowisko Sądu Okręgowego w Lublinie wyrażone w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 roku IX Ga 392/13. Wskazano w nich, że Zamawiający jest odpowiedzialny za profesjonalne i sprawne przeprowadzenia postępowania przetargowego. Przedłużenie terminu związania ofertą leży w interesie Zamawiającego, to on bowiem dzięki temu ma pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty i w przypadku braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą otworzy sobie możliwość wykluczenia oferenta – na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 2, albo też zaniedbując upływ terminu pozbawi się możliwości jego wykluczenia, a tym samym uznania oferty takiego wykonawcy za odrzuconą.

Odnosnie wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący podnieśli, że wykładnia językowa wskazanej normy wskazuje wprost, iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. Za takim rozumieniem przepisu przemawia także wykładnia celowościowa i systemowa, na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała w orzeczeniach: wyrok z dnia 2 sierpnia 2010 roku KIO/UZP 1469/10, wyrok z dnia 10 stycznia 2013 roku KIO 2856/12 oraz uchwała KIO z dnia 2 listopada 2012 roku KIO/KD 85/12. Pogląd ten znajduje także potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 roku VI Ga 192/2010, którego fragmenty Odwołujący ABM Zgorzelec Sp. z o.o. przywołał w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy: Eltor Sp. z o.o. Sp. k., w sprawie o sygn. akt: KIO 1281/15 oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., w sprawie o sygn. akt: KIO 1282/15.

Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej pisemną odpowiedź na odwołania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Termin złożenia ofert został wyznaczony na dzień 10 kwietnia 2015 roku. Termin związania ofertami, określony w rozdziale 14 SIWZ, wynosił 30 dni i upływał w dniu 11 maja 2015 roku. W dniu 8 maja 2015 roku Odwołujący wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania, co zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp spowodowało zawieszenie biegu terminu związania ofertami. Zamawiający zwrócił Odwołującym wadium odpowiednio w dniach: 13 maja – odwołującemu ABM Zgorzelec sp. z o.o., 14 maja – M. M., prowadzącemu działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Budagro. W dniu 25 maja 2015 roku Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok w sprawach KIO 946/15 oraz KIO 947/15. Pierwotny termin związania ofertami upłynął zatem w dniu 28 maja 2015 roku. W dniu 3 czerwca 2015 roku odwołujący - ABM Zgorzelec sp. z o.o., zaś w dniu 9 czerwca – M. M., prowadzący działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Budagro, złożyli do Zamawiającego pisemne oświadczenia o przedłużeniu terminu związania złożoną ofertą oraz złożyli aneksy do gwarancji wadialnych przedłużające ważność wadium.

Powyższe okoliczności faktyczne nie są między stronami sporne. Termin związania ofertami złożonymi przez Odwołujących upłynął w dniu 28 maja 2015 roku. Istota sporu sprowadza się do oceny prawnej skutków braku przedłużenia terminu związania ofertami i odpowiedzi na pytanie czy możliwa jest ocena i wybór oferty, której termin związania upłynął.

Izba dostrzega, że zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Okręgowych ukształtowały się dwa odmienne poglądy w zakresie możliwości dokonania oceny i wyboru oferty po upływie terminu jej związania.

W ocenie Izby, za słuszny w sprawie należy uznać pogląd w myśl którego skutki wygaśnięcia terminu związania ofertą należy definiować i rozpoznawać z uwzględnieniem norm, wynikających z przepisów kodeksu cywilnego. Regulacja art. 14 ustawy Pzp wprost odsyła do przepisów kodeksowych, które znajdują zastosowanie jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postępowanie prowadzone w oparciu o przepisy ustawy Pzp nie można rozpatrywać w oderwaniu od przepisów kodeksu cywilnego, który reguluje instytucję związania ofertą. Na konieczność stosowania norm przepisów kodeksu cywilnego w zakresie instytucji związania ofertą, wskazuje bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyrok z dnia 31 stycznia 2013 roku Sygn. akt KIO 109/13, wyrok z dnia 23 października 2013 roku, Sygn. akt 2390/13. Stanowisko to zostało potwierdzone w wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 13 lutego 2014 roku Sygn. akt I Ca 495/13, wydanym w przedmiocie skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2013 roku, Sygn. akt KIO 2390/13, gdzie wskazano m.in. „Ponieważ czynności dokonywane w toku postępowania, jak i umowy będące rezultatem postępowania mają charakter cywilnoprawny, ofertę wykonawcy oraz materię związaną z wygaśnięciem związania ofertą rozpatrywać należy na gruncie art. 66 kc.”

W świetle powyższego, niewątpliwym jest, że termin związania ofertą jest istotnym, konstytutywnym elementem oświadczenia woli wykonawcy zmierzającym do zawarcia umowy. Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w doktrynie i orzecznictwie związanie ofertą jest oświadczeniem wykonawcy potwierdzającym jego uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia i gotowość zawarcia umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie. Związanie ofertą oznacza, że adresat oferty (oblat) może przez jej proste przyjęcie doprowadzić do zawarcia umowy o treści określonej w ofercie. Związanie ma charakter ciągły, nieprzerwany, co oznacza konieczność dbałości wykonawcy o aktualność związania złożoną przez niego ofertą. Posłużenie się w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych pojęciem przedłużenie terminu związania ofertą wyklucza możliwość przerwy w stanie związania ofertą, co zostało potwierdzone w bogatym orzecznictwie KIO np. KIO 2020/12, KIO 1804/12, KIO 109/13, KIO 1817/12 i KIO 1822/12.

W doktrynie prezentowane jest stanowisko, że związanie ofertą trwa tylko przez czas oznaczony, po upływie którego oferta wygasa. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego maksymalny okres, na jaki wykonawcy pozostają związani złożonymi ofertami został uregulowany w art. 85 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie ustawodawca w ust. 2 tego przepisu dopuścił możliwość przedłużenia pierwotnego terminu związania ofertami w sposób nieograniczony co do ilości i okresu - samodzielnie przez wykonawców bądź jednokrotnie na wniosek zamawiającego, wystosowany na co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą i tylko o oznaczony okres, nie dłuższy niż 60 dni. Tak szczegółowe uregulowania w zakresie możliwości przedłużenia terminu związania ofertą, wskazują - w ocenie Izby - na doniosłość prawną instytucji terminu związania ofertą i fakt, że jest ona immanentnym elementem złożonej oferty. Oferta wykonawcy wygasa wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym wykonawca był nią związany.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko prezentowane w orzecznictwie, że: „ustawa w przywołanym przepisie, mimo, iż nie stanowi *expressis verbis* o konieczności utrzymania stanu związania ofertą przez wykonawcę, wymóg ten statuuje, co powoduje konieczność przedłużenia terminu związania ofertą w czasie związania ofertą. Przedłużyć, czyli - zgodnie z językowym znaczeniem tego pojęcia - spowodować, że coś trwa dłużej, niż przewidziano, można jedynie istniejący stan prawny. Stan prawny, który ustał, może być wyłącznie restytuowany - ustanowiony na nowo. Możliwości takiej ustawa w odniesieniu do terminu związania ofertą nie przewiduje. W konsekwencji termin związania ofertą ustalony przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownie do wymagań zawartych w art. 36 ust. 1 pkt 9 oraz art. 85 ust. 1 Pzp nie może upłynąć, lecz winien być przedłużany, tak aby stan związania ofertą wykonawcy nie ustał (tak: Komentarz do art. 85 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.) a także wyroki KIO 1817/12 i 1822/12 oraz KIO 1924/12.

Warto także przywołać pogląd zaprezentowany w wyroku KIO z dnia 4 września 2012 r. KIO 1924/12, że „Oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą winno być złożone w sposób wyraźny i jasny, w formie w SIWZ przewidzianej i dopuszczanej w art. 27 Pzp. Nie podlega ono ustaleniu na podstawie innych czynności w wykonawcy - korespondencji z zamawiającym, wnoszenia środków ochrony prawnej, wykonywania czynności faktycznych lub prawnych związanych z przedłużaniem ważności wadium”. Szeroko do tej kwestii odnosiono się również w wyroku z 9 września 2014 r., KIO 1737/14 (niepubl.)

W konkluzji stwierdzić należy, że na gruncie ustawy Pzp niewątpliwym jest, że wybór oferty najkorzystniejszej ma nastąpić w terminie związania ofertą, a wykonawca powinien być związany złożoną przez siebie ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert. Takie stanowisko wyraziła także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2012 roku Sygn. akt KIO/2020/12. Podkreślić także należy, że przepisy nie przewidują możliwości przywrócenia biegu terminu związania ofertą. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą musi wpłynąć do zamawiającego przed upływem tego terminu. Złożenie oświadczenia w tym zakresie w terminie późniejszym tj. po upływie terminu związania ofertą należy ocenić jako złożenie nowej oferty.

W analizowanym stanie faktycznym, oferty Odwoływających złożone w postępowaniu na zadania odpowiednio I oraz II i III wygasły w dniu 28 maja 2015 roku. Złożone przez Odwoływających oświadczenia odpowiednio z dnia 3 i 9 czerwca o przedłużeniu terminu związania ofertami, z uwagi na upływ w dniu 28 maja terminu związania ofertami, nie stanowią w istocie przedłużenia terminu związania ofertami a jedynie mogą być ocenione jako złożenie nowej oferty, co na gruncie przepisów ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

Zauważyć także należy, co zostało potwierdzone w postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 roku Sygn. akt SK 22/08, iż zgodnie z aktualnie obowiązującym stanem prawnym art. 94 ustawy Pzp dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego także po upływie terminu związania ofertą. Należy jednak zwrócić uwagę na okoliczność, iż przywołane orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego zapadło w stanie faktycznym, w którym wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany w terminie związania ofertą. W ocenie Izby, należy odróżnić czynność zawarcia umowy od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której można dokonać jedynie w sytuacji trwania okresu związania ofertą. Za nieuprawniony należy uznać pogląd, zgodnie z którym powołując się na wyżej wskazane orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego, wywodzi się - w sposób rozszerzający - że skoro dopuszczalne jest zawarcie umowy po upływie terminu związania ofertą to dopuszczalny jest także wybór oferty, której termin związania wygasł.

Przyjęcie za słuszne takiego stanowiska i dopuszczenie do badania i oceny ofert, których termin związania wygasł, oznaczałoby wypaczenie instytucji związania ofertą, która została wprowadzona przez ustawodawcę wprost do przepisów Pzp a zatem znajduje zastosowanie ze wszystkimi konsekwencjami, wynikającymi z przepisów kodeksu cywilnego.

Odnosząc się do zmian w zakresie regulacji art. 85 ustawy Pzp na przestrzeni ostatnich lat, wskazać należy co zostało podniesione w wyroku Sądu Okręgowego z Tarnowa z dnia 13 lutego 2014 roku, Sygn. akt I Ca 495/13: „Dokonana zmiana przepisu art. 85 i powierzenie wykonawcy możliwości samodzielnego przedłużania okresu związania ofertą, przy

nieograniczaniu liczby tej czynności wskazuje, że ustawodawca dostrzega prawną doniosłość i potrzebę występowania elementu związania ofertą w momencie dokonywania wyboru przez zamawiającego. W przeciwnym razie wprowadzenie regulacji przedłużania okresu związania byłoby zbędne, skoro wykonawcy i bez takiego przedłużenia mogliby liczyć na pozostawienie ich oferty w postępowaniu”. Obowiązek dbałości o ważność oferty spoczywa zatem na wykonawcy, który winien przed upływem terminu związania ofertą złożyć zamawiającemu stosowne oświadczenie w tym zakresie. W wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 grudnia 2010 roku VI Ga 240/2010 wskazano, że „opieszłość i bierność wykonawcy w tym zakresie będzie traktowana jako rezygnacja z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

Zdaniem Izby podzielić należy pogląd Odwołujących się, że wykluczenie wykonawców w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jest możliwe jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się zamawiającego o przedłużenie terminu związania ofertą. Stanowisko to znajduje poparcie w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 roku Sygn. akt VI Ga192/2010. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga jednak okoliczność, że ustawodawca wprowadzając, nowelizacją z 4 września 2008 roku (Dz. U. z 2008 r. Nr 171 poz. 1058) w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, możliwość samodzielnego przedłużenia okresu związania ofertą przez wykonawców nie dokonał jednocześnie zmiany w zakresie przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Nie oznacza to jednak, że intencją ustawodawcy było dopuszczenie do sytuacji, w której wyklucza się z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie terminu związania ofertą a poddaje się ocenie oferty wykonawców, których termin związania upłynął. Sytuacja taka prowadziłaby do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, co potwierdził Sąd Okręgowy w Tarnowie w wyroku z dnia 13 lutego 2014 roku Sygn. akt I Ca 495/13, gdzie wskazano: „wybór oferty, której termin związania wygasł, pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Prowadzi bowiem do nieuprawnionego zrównania sytuacji wykonawców, którzy znajdują się w okresie związania ofertą i są zobligowani do zawarcia umowy, a w przeciwnym wypadku zagrożeni utratą wadium czy też roszczeniem odszkodowawczym, z wykonawcami, którym przysługuje jedynie prawo do zawarcia umowy i nie ponoszą żadnego ryzyka związanego z ewentualną odmową”.

W konsekwencji powyższego, w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający w sposób błędny podał podstawę faktyczną wykluczenia wykonawców art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazanie jednak błędnej podstawy faktycznej wykluczenia Odwołujących się, nie wpływa na skuteczność i poprawność dokonanej czynności odrzucenia ich ofert. Zdaniem Izby,

podstawy do odrzucenia ofert Odwołujących się należy poszukiwać raczej w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako ofert niezgodnych z ustawą, które przez brak przedłużenia terminu związania ofertą są ofertami nieważnymi.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: