

WYROK

z dnia 11 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2017 r. **przez odwołującego** Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o. ul. Towarowa 12-14; 58-100 Świdnica (Lider) oraz „NAVIGA-STAL” Sp. z o.o. ul. Wilczycka 18; 55-093 Kielczów (Członek) w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego** Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu ul. Chlebowa 4/8; 61-003 Poznań

przy udziale wykonawcy MELBUD S.A. ul. Składowa 4; 86-300 Grudziądz zgłaszającego przystąpienie **po stronie zamawiającego wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia odwołania.**

orzeka

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę celem wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. kosztami postępowania obciąża MELBUD S.A. ul. Składowa 4; 86-300 Grudziądz i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o. ul. Towarowa 12-14; 58-100 Świdnica (Lider) oraz „NAVIGA-STAL” Sp. z o.o. ul. Wilczycka 18; 55-093 Kielczów (Członek) tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od MELBUD S.A. ul. Składowa 4; 86-300 Grudziądz kwotę 13.838 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy osiemset trzydzieści osiem złotych zero groszy) na rzecz Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o. ul. Towarowa 12-14; 58-100 Świdnica (Lider) oraz „NAVIGA-STAL” Sp. z o.o. ul. Wilczycka 18; 55-093 Kiełczów (Członek) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kosztu zakwaterowania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO - WOD” Sp. z o.o. ul. Towarowa 12-14; 58-100 Świdnica zwane dalej „odwołującym” w dniu 26 czerwca 2017 r. wniosło odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej ul. Postępu 17a 02-676 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu ul. Chlebowa 4/8 61-003 Poznań zwany dalej „zamawiającym”.

Przy czym odwołujący działał jako lider Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o. ul. Towarowa 12-14 58-100 Świdnica wraz z partnerem - „NAVIGA-STAL” Sp. z o.o. ul. Wilczycka 18; 55-093 Kiełczów.

Prowadzone postępowanie dotyczy zamówienia publicznego udzielanego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja obiektów piętrzących Kanału Bydgoskiego obejmująca zadanie: - śluza Okole z zabudowaniami, - śluza Czyżkówko z zabudowaniami, - śluza Prądy z zabudowaniami i mostem, - śluza Osowa Góra z zabudowaniami i mostem - ŚLUZA OKOLE” - nr ref. NZ/01/2017.

ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP pod nr 24401 - 2017

Podstawę wniesienia odwołania stanowiła czynność zamawiającego niezgodna z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2015 roku poz. 2164 z późniejszymi zmianami) zwana dalej „ ustawą pzp”.

Odwołanie wniesiono na podstawie art. 180 ust 1 ustawy pzp zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust 1 pkt 7a.

Przy czym odwołujący powołał się na posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia, który został naruszony przez zamawiającego ze względu na odrzucenie złożonej oferty a wybór oferty najkorzystniejszej dokonany został z naruszeniem zasad przewidzianych ustawą pzp. W skutek zaniechania dokonania wyboru oferty odwołującego został pozbawiony możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, co powoduje fakt zaistnienia szkody w związku z nie uzyskaniem zamówienia. Dlatego odwołujący domaga się unieważnienia podjętej przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert co jemu umożliwi uzyskanie przedmiotowego zamówienia, albowiem to jego oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Również odwołujący wskazał, że rozstrzygnięcie dokonane przez zamawiającego godzi w szeroko pojęty interes społeczny oraz narusza podstawową zasadę wydatkowania środków publicznych, jaką jest racjonalność gospodarowania nimi.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący podniósł następujące żądania:

1. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Powołując się na terminowe wniesienie środka zaskarżenia odwołujący przywołał następującej okoliczności w prowadzonym postępowaniu:

1. Dnia 19 czerwca 2017 roku (poniedziałek) - przesłana przez zamawiającego za pośrednictwem poczty elektronicznej informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego - data powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania,
2. Dnia 26 czerwca 2017 roku (poniedziałek) - przesłanie niniejszego odwołania Prezesowi KIO w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu oraz przesłanie jego kopii zamawiającemu za pośrednictwem poczty elektronicznej i faksu;

Biorąc pod uwagę powyższe, zgodnie z art. 182 ust 1 pkt 2 w związku z art. 14 ust 2 ustawy pzp odwołanie wniesione zostało z zachowaniem terminów ustawowych.

Odwołujący przedstawił następujące okoliczności faktyczne i prawne na podniesione zarzuty oraz żądania wskazane powyżej:

Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu określono na dzień 15 marca 2017 rok.

Dnia 7 kwietnia 2017 r. zamawiający wystąpił do wykonawców z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 32 dni przedstawiając w tym celu formularz z wyznaczonym kolejnym okresem związania ofertą.

W związku z powyższym dnia 11 kwietnia 2017 roku odwołujący w załączonym do pisma nr DPiRP/961/04/2017 oświadczeniu potwierdził, iż wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o okres kolejnych 32 dni dołączając do w/w oświadczenia aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji INTER-RISK zapłaty wadium wydłużający okres obowiązywania gwarancji wadialnej do dnia 20.05.2017 roku.

Ze względu na fakt, iż postępowanie nie zostało zakończone, odwołujący z własnej inicjatywy pismem z dnia 15 maja 2017 roku złożył kolejne oświadczenie woli wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą dołączając do w/w oświadczenia aneks nr 2 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium z wydłużeniem okresu obowiązywania gwarancji wadialnej (wadium) do dnia 20 czerwca 2017 roku. Pismo o nr DPiRP/1266/05/2017 zostało przesłane zamawiającemu faksem pod numer 61 851 57 31 (jak w piśmie). Ze względu na

fakt, iż zamawiający nie potwierdził otrzymania pisma o przedłużeniu terminu związania ofertą, zostało ono przesłane następnego dnia to jest 16 maja 2017 roku pocztą elektroniczną na adres e-mail (k..i.@poznan.rzgw.gov.pl).

Odwołujący analizując przyczynę braku potwierdzenia przez zamawiającego otrzymania pisma z dnia 15 maja 2017 roku zauważył w treści pisma błąd w numerze faksu (jest 61 851 57 31 a powinno być 61 852 57 31).

Odwołujący ponownie z własnej inicjatywy pismem z dnia 12 czerwca 2017 roku złożył kolejne oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą przesłane zamawiającemu (pismem nr DPiRP/1568/06/2017) na wskazany powyżej adres e-mail. Zgodnie z w/w pismem odwołujący dokonał przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 60 dni to jest do dnia 14 sierpnia 2017 roku dołączając do tego oświadczenia aneks nr 3 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium z wydłużeniem okresu obowiązywania gwarancji wadialnej do dnia 14 sierpnia 2017 roku.

Odwołujący zaznaczył, że konsekwentnie przedłużał termin związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium co oznaczało według niego, iż jest zainteresowany udziałem w postępowaniu. W niniejszej sprawie na szczególną uwagę zasługuje fakt, iż odwołujący utrzymywał w sposób ciągły okres ważności wadium.

Załączony do oferty przetargowej odwołującego dokument Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG10/0008/17/0010 był ważny do dnia 25 kwietnia 2017 roku włącznie. Dnia 11 kwietnia 2017 roku przedłożony został Aneks nr 1 do gwarancji wadialnej wydłużający okres ważności wadium do dnia 20 maja 2017 roku. Aneks nr 2 do gwarancji wadialnej załączony do pisma o przedłużeniu terminu związania ofertą z 15 maja 2017 r. wydłużył okres ważności gwarancji wadialnej do 20 czerwca 2017 r. a Aneks nr 3 do gwarancji wadialnej załączony do pisma odwołującego z dnia 12 czerwca 2017 r. przedłużał okres obowiązywania gwarancji wadialnej do 14 sierpnia 2017 r. W tym stanie rzeczy odwołujący podkreśla, że nieprzerwanie zamawiający był w posiadaniu dokumentu gwarancji wadialnej z okresem obowiązywania od dnia 15 marca 2017 do 14 sierpnia 2017 który w pełni zabezpieczał interesy zamawiającego w przypadku wystąpienia jakiegokolwiek okoliczności determinującej konieczność zatrzymania wadium złożonego przez Odwołującego.

Nie może budzić wątpliwości, iż celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie z wybranym wykonawcą umowy o zamówienie publiczne. Sama instytucja związania ofertą służy temu, aby wykonawca, który złoży ofertę, nie mógł się z niej wycofać i uchylić się od zawarcia umowy, nie ponosząc żadnych materialnych konsekwencji z tego tytułu. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera przepisu, który by wprost stanowił o tym, że wybranie oferty, co do której zamawiający 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 skuteczności złożonej oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Dla skuteczności samego podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08) - nie jest wymagane trwanie terminu związania ofertą. Jak przesądził to Trybunał Konstytucyjny, dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą wówczas, jeśli wykonawca, którego oferta została wybrana przed upływem tego terminu - nadal wyraża wolę zawarcia umowy z zamawiającym. 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 podlegającą odrzuceniu. Jediną przesłanką, na podstawie, której można by odrzucić ofertę wykonawcy z powodu upływu terminu związania ofertą, jest art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten jednak mówi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Niedopuszczalna jest wykładnia przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w świetle której przepis ten miałby powodować "wygaśnięcie" oferty wykonawcy w przypadku, w którym oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą nie dotrze do Zamawiającego przed momentem upływu poprzedniego terminu związania ofertą. Taka interpretacja wprowadziłaby bowiem sankcję nie znaną przepisom ustawy, a mianowicie sankcję "wygaśnięcia oferty". Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych "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." Regulacja ta stanowi przejaw specyfiki postępowania o zamówienia publiczne i w konsekwencji, zgodnie z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych regulacja Kodeksu cywilnego nie ma tu zastosowania. Zamawiający może więc wezwać do przedłużenia okresu związania ofertą jednokrotnie i musi to uczynić przed upływem okresu związania ofertą, natomiast wykonawca może dowolnie często składać oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą i nie musi tego czynić w okresie związania ofertą, ponieważ taki obowiązek nie wynika z treści przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Stanowisko takie potwierdza chociażby wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 lipca 2014 r., sygn. XXIII Ga 924/14, w którym wskazano: "Skarżący z treści przepisu art. 85 ust. 2 p.z.p. który stanowi, że (...) wywodzi obowiązek wykonawcy złożenia oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą przed upływem okresu związania ofertą. W ocenie Sądu Okręgowego z takim stanowiskiem nie można się zgodzić, albowiem z treści przepisu wynika bezpośrednio, że ograniczenie "przed upływem terminu związania ofertą" odnosi się jedynie do zamawiającego, który może się zwrócić do wykonawców o wyrażenie

zgody na przedłużenie terminu, na co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą i może uczynić to tylko raz. Ograniczenie to nie dotyczy wykonawców, którzy mogą takie oświadczenie składać wielokrotnie bez ograniczenia upływającym terminem związania ofertą". Sąd w powołanym orzeczeniu dokonał gruntownej analizy pojęcia terminu związania ofertą uregulowanego w ustawie pzp w stosunku do ogólnych uregulowań wynikających z kodeksu cywilnego

"Co do specyfiki ofert składanych w reżimie p.z.p. należy wskazać, iż zgodnie z treścią art. 82 ust. 1 p.z.p, każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, a zamawiający obowiązany jest do zbadania i oceny oferty (art. 87 ust. 1 p.z.p.). Dodatkowo terminy związania ofertą są wyraźnie określone w art. 85 p.z.p. Zasadniczą jednak rozbieżnością w zakresie charakteru składanych ofert jest to, że oferta, o której mowa w art. 66 k.c, powoduje taki stan związania złożonym oświadczeniem, że samo przyjęcie oferty prowadzi do zawarcia umowy, natomiast w ofercie złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do zawarcia umowy nie wystarczy samo wybranie oferty, a konieczne jest dodatkowe oświadczenie woli w przedmiocie zawarcia umowy. Z uwagi na tak istotne różnice w zakresie doniosłości skutków przyjęcia oferty na gruncie przepisów kodeksu cywilnego (samoistne, automatyczne zawarcie umowy) i wyboru oferty najkorzystniejszej na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych (wstępny etap poprzedzający zawarcie umowy) nie można w prosty mechaniczny sposób przenosić rozwiązań prawa cywilnego na prawo zamówień publicznych w zakresie skutków i konsekwencji upływu terminu związania ofertą. Z uwagi na tak doniosłe skutki przyjęcia oferty z kodeksu cywilnego (automatyczne zawarcie umowy) upływ terminu związania ofertą powoduje automatyczny, bezpowrotny upadek oferty. Jej przyjęcie po upływie terminu związania nie rodzi skutku w postaci zawarcia umowy, może być jedynie rozważane jako nowa oferta zamawiającego. Skutek wyboru oferty w rozumieniu prawa zamówień publicznych nie jest tak doniosły, tj. nie powoduje automatycznego zawarcia umowy, brak jest zatem podstaw, aby tak doniosły był również skutek upływu terminu związania ofertą polegający na automatycznym, bezpowrotnym jej upadku. Zaznaczyć przy tym należy, że w reżimie przepisów p.z.p. przyjęcie przez zamawiającego propozycji zawarcia umowy nie może być uznane, tak jak ma to miejsce w przypadku reżimu kodeksowego, jako nowa oferta, czy kontroferata, w sytuacji złożenia oświadczenia po upływie terminu związania, albowiem ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może złożyć jedynie wykonawca, a ponadto, jak już wskazano powyżej, może to uczynić tylko raz. Wypada podkreślić, że zasadniczą funkcją związania ofertą na gruncie zamówień publicznych jest ochrona interesu zamawiającego, dzięki czemu ma on pewność, co do stabilności i stałości treści złożonej oferty mimo upływu czasu. Przedłużenie terminu związania ofertą leży więc przede wszystkim w interesie zamawiającego, aby sprawnie i profesjonalnie przeprowadzić postępowanie przetargowe. Z drugiej strony terminy związania ofertą wskazane w art. 85 p.z.p. mają na celu

ochronę wykonawcy, zapewniając mu możliwość uchylenia się od zawarcia umowy w przypadku utraty zainteresowania zawarciem umowy. Podnieść należy, iż uznanie, że w sytuacji upływu terminu związania ofertą zamawiający nie może już zawrzeć umowy z wykonawcą, który wyraża chęć podpisania umowy, stałoby w sprzeczności z funkcją, dla jakiej zostały wprowadzone do p.z.p., przepisy dotyczące związania ofertą, albowiem zamiast realizować podstawowy cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który sprowadza się do wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy, w istocie uniemożliwiałyby to. Reasumując tą część rozważań wskazać należy, że z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów p.z.p., należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy" (Tak też KIO w Wyroku z 28 sierpnia 2013 r., sygn. KIO 1953/13).

W powołanym orzeczeniu Sąd odniósł się również do możliwości wyeliminowania przez zamawiającego oferty wykonawcy w sposób ciągły zabezpieczonej wadium wskazując iż: "Zdaniem Sądu Okręgowego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie można przyjąć, iż wykonawca (...) nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wykonawca (...) wielokrotnie składał oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i nawet w przypadku wystąpienia ewentualnych kilkudniowych przerw w związaniu ofertą nie można przyjąć, że wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. W takim stanie rzeczy nie można mówić o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji, czy równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 p.z.p.). Zdaniem Sądu Okręgowego wola wykonawcy (...) co do przedłużenia okresu związania ofertą oraz chęci zawarcia umowy, nie budziła w realiach przedmiotowej sprawy żadnych wątpliwości. Kilkakrotne pisemne oświadczenia, powiązane z faktycznym zabezpieczeniem oferty wadium, jednoznacznie wskazują wolę wykonawcy zawarcia umowy i nic ma tu miejsca na interpretację tego stanu faktycznego w kierunku uznania braku wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą.(...) W ocenie Sądu Okręgowego przedstawione powyżej okoliczności, a przede wszystkim niezaprzeczalna gotowość zawarcia umowy przez wykonawcę (...) sprawia, że w realiach przedmiotowej sprawy możliwy jest zarówno wybór jak i zawarcie umowy z tym wykonawcą, nawet w przypadku przyjęcia ewentualnych przerw w związaniu ofertą."

Podobne stanowisko wyrażone zostało w wyrokach SO w Warszawie z 19 czerwca 2015 r., XXIII Ga 729/15, postanowieniu SO w Rzeszowie z 16 lutego 2011 r., VI Ga 192/10; wyroku SO w Poznaniu z 16 lutego 2012 r., X Ga 706/11, i wyroku SO w Lublinie z 17 stycznia 2014 r., IX Ga 392/13.

Analogiczne do przedstawionego powyżej stanowisko zawarte zostało również w całym szeregu orzeczeń KIO. W wyroku z dnia 21 maja 2013 r., sygn. KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13 Izba stwierdziła iż: "w zakresie wykluczenia Odwołującego, to jest

braku oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą na okres po 12 kwietnia 2013 r., uznano, że powyższe także nie może być podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania. Podzielono w powyższym zakresie pogląd, jaki jest wyrażany w orzecznictwie oraz doktrynie, że upływ terminu związania oferta bez jego wyraźnego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany jako nie skutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża 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. Wskazuje się również, że upływ terminu związania ofertą, rodzi ten skutek, że wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy na warunkach podanych w ofercie, a jedynie jest do tego uprawniony. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje bowiem utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty lub o tym, że nie mamy już do czynienia z ofertą, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy (w takiej sytuacji wykonawca staje się uprawniony jedynie do zawarcia umowy)". Tak też uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 24 maja 2011 r. sygn. KIO/KD 44/11 w której stwierdzono ponadto iż: "W żaden sposób nie niweczy to (upływ terminu związania ofertą) prawa wykonawcy do wyboru jego oferty i zawarcia umowy, jeżeli tylko wyraża on taką wolę. W niniejszym przypadku, działania i oświadczenia uczestnika postępowania jednoznacznie potwierdzają jego wolę uzyskania zamówienia i zawarcia umowy z Zamawiającym.

Podobnie w Wyroku KIO z 5 lutego 2013 r., sygn. KIO 124/13: "Odnosząc się do ewentualnych skutków prawnych braku związania ofertą przez wykonawcę stwierdzić należy, że ustawa Pzp 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 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 podlegającą odrzuceniu. "

W Wyroku KIO z 7 marca 2017 r., sygn. KIO 324/17: Izba stwierdziła iż: "Zauważyć należy także iż w przeważającej linii orzecniczej KIO prezentowane jest stanowisko, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu

Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu (por. wyroki z dnia 2 kwietnia 2013 r. sygn. KIO 655/13, z dnia 17 kwietnia 2013 r. sygn. KIO 719/13, z dnia 21 maja 2013 r. sygn. KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13,).

II

Należy zauważyć, że wykładnia językowa art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy p.z.p. prowadzi do wniosku, że odrzucenie oferty następuje jedynie w przypadku, kiedy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co należałoby rozumieć w ten sposób, że zastosowanie tego przepisu, w tym zakresie, 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 pyta, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody (nie zgodził się), na przedłużenie okresu związania ofertą.

Jak stwierdziła KIO w Wyroku z 8 marca 2017 r., sygn. KIO 334/17, "wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (a więc przepisu będącego odpowiednikiem obecnego art. 89 ust 1 pkt 7a) z powodu wskazanego w tym przepisie - wykonawcy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, następuje wyłącznie w sytuacji, braku zgody wykonawcy na uprzedni wniosek zamawiającego (wezwanie do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą), o którym stanowi art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Taka sytuacja nie miała miejsca w tym przypadku. Dwukrotne przedłużenie gwarancji ubezpieczeniowej (do 6 lutego. a następnie do 8 marca 2017 r.), nie uzasadniało przesłanek zastosowania wskazanego w odwołaniu przepisu. "

Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Rzeszowie, który w postanowieniu z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10), również dokonał w uzasadnieniu wykładni treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. "W ocenie Sądu 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 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 ustawy Prawo zamówień publicznych w świetle art. 85 ustęp 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby bowiem ustawodawca chciał, aby podstawa wykluczenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ustęp 2 ustawy Prawo zamówień

publicznych, a więc zarówno, co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 24 ust. 2 pkt 2 zastosowały z pewnością inne określenie, niż nawiązujące do wyrażenia zgody przez wykonawców". Analogiczne stanowisko prezentowały SO wyroku Sądu w Warszawie z 19 czerwca 2015 r., XXIII Ga 729/15, i z 16 lipca 2014 r XXIII Ga 924/14, postanowieniu SO w Rzeszowie z 16 lutego 2011 r., VI Ga 192/10; wyroku SO w Poznaniu z 16 lutego 2012 r., X Ga 706/11, i wyroku SO w Lublinie z 17 stycznia 2014 r., IX Ga 392/13 a także w wyroku SO Tarnowie I Ca 495/13

Zwrócić należy uwagę, iż w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający odrzucił ofertę odwołującego nie ze względu na fakt, iż odmówił on przedłużenia terminu związania ofertą w odpowiedzi na wniosek zamawiającego, ale z powodu spóźnienia jakiego dopuścił się w ocenie zamawiającego odwołujący dokonując czynności przedłużenia związania ofertą z własnej inicjatywy. W świetle przedstawionej argumentacji i w oparciu o wymienione orzecznictwo dokonana przez zamawiającego czynność nie znajduje uzasadnienia.

Na marginesie odwołujący wskazał, iż o randze rozważanego problemu świadczyć może skierowanie przez Izbę Postanowieniem z dnia 16 stycznia 2017 r, KIO 2155/16 pytania prejudycjalnego dotyczącego wykładni prawa unijnego w powołanym zakresie.

W tym stanie rzeczy, w oparciu o przedstawioną argumentację odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

W terminie ustawowym to jest w dniu 26 czerwca 2017 roku wniesione zostało odwołanie w związku z zawiadomieniem w dniu 19 czerwca 2017 roku o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty odwołującego.

W terminie ustawowym to jest w dniu 28 czerwca 2017 roku wniesione zostało przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 7 lipca 2017 roku zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie w którym uwzględnił odwołanie w całości wniesione przez odwołującego.

W dniu 7 lipca 2017 roku za pismem datowanym na dzień 27 czerwca 2017 roku przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów w tym z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego dokonano ustaleń jak poniżej.

Pismem z dnia 28 czerwca 2017 roku zamawiający przekazał następujące informacje. Wartość prowadzonego postępowania w celu udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja obiektów piętrzących Kanału Bydgoskiego obejmująca zadanie: - śluza Okole z zabudowaniami, - śluza Czyżkówko z zabudowaniami, - śluza Prądy z zabudowaniami i mostem, - śluza Osowa Góra z zabudowaniami i mostem - ŚLUZA OKOLE” - nr ref. NZ/01/2017, którego ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP pod nr 24401 – 2017, nie przekracza kwoty określonej na podstawie art.11 ust.8 pzp i wynosi łącznie kwotę 4.889.849,53 euro.

Zawiadomienie o wyborze oferty zostało przesłane do wykonawców drogą elektroniczną w dniu 20.06.2017 roku. Z tego pisma datowanego na dzień 19 czerwca 2017 roku w zakresie wniesionego odwołania wynikają następujące okoliczności. Jako wykonawcę wybrano MELBUD S.A. ul. Składowa 4; 86-300 Grudziądz, przystępujący w sprawie po stronie zamawiającego. Jako uzasadnienie wyboru podano okoliczność, że oferta nie podlega odrzuceniu, uzyskała najwyższą ocenę ofert zgodnie z obowiązującymi kryteriami.

W postępowaniu wpłynęło 7 ofert w tym, oferta przystępującego po stronie zamawiającego to jest wykonawcy wybranego, która jako jedyna nie podlegała odrzuceniu i jako jedyna podlegała ocenie przez zamawiającego a w konsekwencji czynności zamawiającego została wybrana jako najkorzystniejsza.

Spośród wykonawców, którzy zostali wykluczeni lub których oferty podlegały odrzuceniu odwołanie złożyło Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o. ul. Towarowa 12-14; 58-100 Świdnica (Lider) oraz „NAVIGA-STAL” Sp. z o.o. ul. Wilczycka 18; 55-093 Kielczów (Członek) zwany „odwołującym”.

Odwołujący składając odwołanie oprotestował czynność zamawiającego odrzucenia jego oferty, którą to czynność zamawiający oparł o art.89 ust.1 pkt 7 a) pzp w związku z art.85 ust.2 pzp.

Z uzasadnienia faktycznego czynności zamawiającego wynikały następujące okoliczności.

W dniu 15 maja 2017 roku mijał termin związania ofertą a który był już przedłużony wskutek czynności zamawiającego.

Odwołujący, jak zaznaczył w tym piśmie zamawiający, dopiero 16 maja 2017 roku o godz. 12:46 drogą elektroniczną samodzielnie dokonał przedłużenia terminu związania ofertą. Stąd zamawiający uznał, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na mocy art.89 ust.1 pkt 7a i art.85 ust.2 pzp. Jak podaje zamawiający związanie ofertą ma charakter ciągły i nieprzerwany, stąd po stronie wykonawcy leży dbałość o aktualność związania złożoną przez niego ofertą. Posłużenie się w przepisach ustawy pojęciem przedłużenie terminu związania ofertą wyklucza możliwość przerwy w stanie związania ofertą a co potwierdza orzecznictwo KIO w szeregu przywołanych w tym piśmie orzeczeniach. Obowiązek dbałości o ważność oferty spoczywa na wykonawcy, który przed upływem terminu związania ofertą powinien złożyć stosowne oświadczenie zamawiającemu to jest oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Zamawiający przywołał dalej cytaty z wyroków dwóch sądów okręgowych w Rzeszowie (Sygn. akt VI Ga 240/2010 z dnia 21 grudnia 2010 roku) i w Gliwicach (Sygn. akt X Ga 40/16 z dnia 3 czerwca 2016 roku), które to Sądy nie przedłużenie terminu związania ofertą przez samych wykonawców kwalifikują do sytuacji opieszałości i bierności oraz ignorancji poszczególnych wykonawców, które to zjawiska nie powinny być tolerowane chociażby z powodu na obowiązującą zasadę w prawie zamówień publicznych równego traktowania wykonawców. Z uzasadnień tych wyroków wynika, że nieprzedłużenie terminu związania ofertą powoduje jej wygaśnięcie.

W uzasadnieniu prawnym podano podstawę prawną to jest art.89 ust.1 pkt 7a i art.85 ust.2 pzp.

Na podstawie ustaleń dokonanych na rozprawie potwierdził się następujący stan faktyczny w sprawie.

Przy czym odwołujący nie kwestionuje stanowiska zamawiającego, że w dniu 15 maja 2017 roku nastąpił upływ terminu związania ofertą odwołującego a skuteczne przedłużenie tego terminu nastąpiło z własnej z inicjatywy odwołującego w dniu 16 maja 2017 roku. W dniu kolejnym po upływie terminu związania ofertą (16 maja 2017 roku) odwołujący przesłał drogą e-mail oświadczenie o związaniu ofertą wraz z Anekssem nr 2 do gwarancji wadialnej. Jak ustalono powodem nie doręczenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z Anekssem nr 2 do gwarancji wadialnej w ostatnim dniu terminu związania ofertą (15 maja 2017 roku) był wybrany przez odwołującego niewłaściwy numer faksu to jest w ciągu cyfr powinno być 852 a był 851 co spowodowało, że w ostatnim dniu upływu terminu związania ofertą to oświadczenie nie dotarło. Odwołujący z powodu braku potwierdzenia otrzymania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą w następnym dniu przesłał pismo pocztą elektroniczną wraz z Anekssem nr 2 do gwarancji wadialnej. Analizując przyczynę braku potwierdzenia przesłania faksu w dniu 15 maja 2017 roku stwierdził błąd w numerze faksu na który przesłał oświadczenie.

W toku postępowania wyjaśniającego na rozprawie ustalono, że oferta była cały czas zabezpieczona wadium.

I tak. Załączony do oferty przetargowej odwołującego dokument ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium był ważny do dnia 25 kwietnia 2017 roku. Dnia 11 kwietnia 2017 roku przedłożony został Aneks nr 1 do gwarancji wadialnej wydłużający okres ważności wadium do dnia 20 maja 2017 roku. Aneks nr 2 do gwarancji wadialnej załączony do pisma o przedłużeniu terminu związania ofertą z 15 maja 2017 r. wydłużył okres ważności gwarancji wadialnej do 20 czerwca 2017 r. a Aneks nr 3 do gwarancji wadialnej załączony do pisma odwołującego z dnia 12 czerwca 2017 r. przedłużał okres obowiązywania gwarancji wadialnej do 14 sierpnia 2017 r. Stąd nieprzerwanie zamawiający posiadał dokument gwarancji wadialnej z okresem obowiązywania od dnia 15 marca 2017 do 14 sierpnia 2017 roku.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający dokonując odrzucenia oferty odwołującego przywołał art. 89 ust.1 pkt 7a pzp o treści zamawiający odrzuca ofertę, której oferent nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą („Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art.85 ust.2, na przedłużenie terminu związania ofertą”).

Przywołany przepis ustawy to jest art.89 ust.1 pkt 7a pzp odwołuje się do zgody o której mowa w art.85 ust.2 pzp. Przepis art.85 ust.2 pzp brzmi następująco ”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”. Skutki odmowy wyrażenia zgody reguluje ust.2 tego artykułu w myśl którego: „Odmowa wyrażenia zgody, o której mowa w ust.2, nie powoduje utraty wadium”. Kolejne ustępy tego artykułu regulują następujące zagadnienia: ust.4 zależności oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą z przedłużeniem okresu ważności wadium; ust.5 o rozpoczęciu biegu terminu związania ofertą a ust.1 o obowiązujących terminach związania ofertę.

Odnosząc się do samej podstawy prawnej odrzucenia oferty (art.89 ust.1 pkt 7a) pzp) należy przywołać zasadę, stosowania przepisów sankcyjnych w sposób dosłowny to jest nie rozszerzający jego dyspozycji. W związku z tym, że przepis art.89 ust.1 pkt 7a pzp przywołuje okoliczność braku zgody z innego przepisu to jest z art.85 ust.2 definiując ją do zgody na

przedłużenie terminu związania ofertą to Izba nie znajduje podstaw do szerszego stosowania tego przepisu to jest na okoliczności dalsze regulowane w art.85 ust.2 pzp. Tymi dalszymi okolicznościami w art.85 ust.2 pzp jest samoczynna inicjatywa wykonawców do przedłużania terminu związania ofertą to jest bez inicjatywy ze strony zamawiającego w celu uzyskania zgody.

Na marginesie należy zaznaczyć, że w tej sprawie cały czas zamawiający dysponuje gwarancją wadialną ubezpieczyciela. Termin związania ofertą jest również nieprzerwany bo upływał 15 maja 2017 roku a w dniu 16 maja 2017 roku o ok. godz.12.00 zostało złożone oświadczenie o jego przedłużeniu. Przy czym należy podkreślić, że bieg terminu oznaczony jest w dniach a nie godzinach.

W tym stanie rzeczy odrzucenie oferty odwołującego w trybie art.89 ust.1 pkt 7a pzp w związku z art.85 ust.2 pzp stanowi naruszenie przepisów ustawy pzp mające wpływ na wynik postępowania to jest oferta odwołującego nie podlegała ocenie według kryteriów oceny ofert z powodu jej odrzucenia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r. poz.47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od przystępującego na rzecz odwołującego kwotę 13.838 zł 00 gr stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kosztu zakwaterowania.

Przewodniczący: