

**WYROK**

**z dnia 4 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Lubomira Matczuk-Mazuś

**Członkowie:** Jolanta Markowska

Emil Kuriata

**Protokolant:** Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. MP-MOSTY Sp. z o.o., 30-703 Kraków, ul. Dekerta 18, 2. GETINSA INGENIERIA S.L., 28028 Madryt, ul. Ramon de Aguinaga 8, 3. INKO CONSULTING Sp. z o.o., 43-200 Pszczyna, ul. Dworcowa 18/6**, w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ECMG GmbH, Zelinkgasse 10, 1010 Wiedeń, 2. Ingenieria IDOM Internacional S.A., Avenida Monasterio de El Escorial 4, 28049 Madryt**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. MP-MOSTY Sp. z o.o., 30-703 Kraków, ul. Dekerta 18, 2. GETINSA INGENIERIA S.L., 28028 Madryt, ul. Ramon de Aguinaga 8, 3. INKO CONSULTING Sp. z o.o., 43-200 Pszczyna, ul. Dworcowa 18/6 i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. MP-MOSTY Sp. z o.o., 30-703 Kraków, ul. Dekerta 18, 2. GETINSA INGENIERIA S.L., 28028 Madryt, ul. Ramon de Aguinaga 8, 3. INKO CONSULTING Sp. z o.o., 43-200 Pszczyna, ul. Dworcowa 18/6 tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. MP-MOSTY Sp. z o.o., 30-703 Kraków, ul. Dekerta 18, 2. GETINSA INGENIERIA S.L., 28028 Madryt, ul. Ramon de Aguinaga 8, 3. INKO CONSULTING Sp. z o.o., 43-200 Pszczyna, ul. Dworcowa 18/6, na rzecz Skarbu Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59, kwotę **3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzący postępowanie: Oddział w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. MP-MOSTY Sp. z o.o., 2. GETINSA INGENIERIA S.L., 3. INKO CONSULTING Sp. z o.o., zwanych dalej „odwołującym” oraz uznał ofertę odwołującego za odrzuconą. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na realizację usługi: „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowaniem).” Etap I cz. 1 - odc. węzeł „Opacz” - węzeł „Paszków”, Etap II - odc. węzeł „Janki Małe” - skrzyżowanie z DW 721”.

Odwołujący wniósł, na podstawie art. 179 i art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp” lub „ustawą”, odwołanie od czynności zamawiającego:

- 1) wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, mimo, że brak było podstaw do wykluczenia, a w konsekwencji brak było także podstaw do uznania oferty za odrzuconą;
- 2) wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców - konsorcjum firm ECMG GmbH oraz Ingenieria IDOM Internacional S.A., mimo, że wybrana oferta nie była najkorzystniejsza, gdyż oferta odwołujących była korzystniejsza (i była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu).

Wskazanim czynnościom odwołujący zarzucił naruszenie przepisów Pzp:

- I. art. 24 ust. 2 pkt 2 przez uznanie, że odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania w sytuacji, gdy odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą, a zatem nie zachodziły ustawowe przesłanki wykluczenia z postępowania;
- II. art. 24 ust. 4 przez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla takiego uznania;

- III. art. 85 ust. 2 przez zwrócenie się do odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni na mniej niż 3 dni przed upływem okresu związania ofertą;
- IV. art. 85 ust. 1 pkt 3 i ust. 5 w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego, zwanego dalej „Kc” przez uznanie, że art. 85 ust. 5 Pzp ustanawia odmienny od przewidzianego w art. 111 § 2 Kc sposób obliczania biegu terminu związania ofertą w sytuacji, gdy przepis ten wskazuje jedynie, od kiedy należy liczyć bieg terminu przy zastosowaniu zasad określonych w art. 111 § 2 Kc;
- V. art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5, w zw. z art. 7 ust. 3 i w zw. z art. 91 ust. 1 przez wybór oferty złożonej przez wykonawców - konsorcjum firm ECMG GmbH oraz Ingeniería IDOM Internacional S.A., jako oferty najkorzystniejszej, mimo, że oferta odwołującego była najkorzystniejszą ofertą.

Wobec powyższego, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców - konsorcjum firm ECMG GmbH oraz Ingeniería IDOM Internacional S.A.;
- b) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem pkt b powyżej;
- d) zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego wg. norm przepisanych, tj. obciążenie kosztami postępowania, w tym kosztami wpisu od odwołania oraz kosztami zastępstwa adwokackiego, w całości zamawiającego i zasądzenie kosztów postępowania w całości od zamawiającego na rzecz odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał. Faksem z dnia 14 września 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach badania i oceny ofert, tj. -o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp wobec tego, że odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą; -o wyborze, jako oferty najkorzystniejszej, oferty nr 9 złożonej przez wykonawców - konsorcjum firm ECMG GmbH oraz Ingeniería IDOM Internacional S.A. Wskazał, że w ofercie odwołującego podano cenę brutto w kwocie 10.584.124,84 zł, w ofercie wybranej cenę brutto w kwocie 12.606.235,41 zł, zatem oferta odwołującego zawiera cenę niższą, a więc korzystniejszą (pkt 13.1 i 13.2 SIWZ, przy uwzględnieniu kryterium oceny ofert - cena 100%). Wobec powyższego odwołujący, którego oferta stanowiła pierwszą w kolejności najkorzystniejszą ofertę, uznał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, jak również poniesie szkodę (w szczególności w postaci utraconych korzyści) w wyniku naruszenia

przez zamawiającego przepisów Pzp, zatem spełnione są przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że wniósł odwołanie w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp (wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp) oraz przesłał kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

W zakresie uzasadnienia zarzutów, odwołujący podniósł, co następuje.

Ad I, II i III. Zamawiający uznał, że odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i wykluczył odwołującego z postępowaniu na podstawie art. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Odnosnie do stanu faktycznego odwołujący wskazał, że: -zgodnie z pkt 12.1 SIWZ termin związania ofertą wynosił 60 dni; -odwołujący składając ofertę złożył także wadium w formie Gwarancji Bankowej nr GWN\1212674 z dnia 27 czerwca 2012 r. ważnej od dnia 2 lipca 2012 r. (termin składania ofert) do dnia 31 sierpnia 2012 r.; -odwołujący pozostawał w dobrej wierze w przekonaniu, że sposób liczenia biegu terminu związania ofertą na podstawie art. 85 ust. 1 pkt 3 i ust. 5 w zw. z art. 14 Pzp i w związku z art. 111 § 2 Kc prowadzi do ustalenia, że termin ten upływa pierwotnie w dniu 31 sierpnia 2012 r. (a nie 30 sierpnia 2012 r. jak twierdził zamawiający), co znalazło potwierdzenie w treści powołanej gwarancji; -w dniu 28 sierpnia 2012 r. zamawiający zwrócił się do wykonawców, w tym do odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. Zamawiający kierując zgłoszenie w dniu 28 sierpnia 2012 r. naruszył art. 85 ust. 2 Pzp zgodnie, z którym 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.

Skoro, w ocenie zamawiającego, upływ terminu związania ofertą nastąpił w dniu 30 sierpnia 2012 r., to zwrócenie się o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą powinno zostać skierowane do wykonawców najpóźniej w dniu 27 sierpnia 2012 r., tak by wykonawcy związani terminem proponowanym przez zamawiającego mieli realne możliwości przedłużenia wadium o 60 dni. Działanie zamawiającego miało istotny wpływ na wynik postępowania i doprowadziło do wykluczenia z postępowania 6 potencjalnych konsorcjów (w tym odwołującego). Czynność zamawiającego, w ocenie odwołującego, tym bardziej mogła potwierdzić stanowisko odwołującego, że termin związania ofertą upływa w dniu 31 sierpnia 2012 r., bo w takim wypadku rzeczywiście zamawiający mógłby zwrócić się o wyrażenie zgody na wydłużenie terminu związania ofertą w dniu 28 sierpnia 2012 r.

Odwołujący podniósł, że nie można podzielić argumentacji, iż wykonawcy mogli samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą, gdyż od chwili zwrócenia się przez zamawiającego o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, mogli to uczynić (i przedłużyć wadium) wyłącznie o 60 dni, jak to wskazał zamawiający (a nie na termin krótszy), a zatem przed zwróceniem się przez zamawiającego, wykonawcy nie znali realnego okresu, o który należy przedłużyć termin związania ofertą (oraz wadium). Odwołujący podniósł, że mimo naruszenia przez zamawiającego art. 85 ust. 2 Pzp, w dniu 30 sierpnia 2012 r. a więc bezzwłocznie, wyraził pisemną zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni i przedłożył wraz z tą zgodą Aneks nr 1 do gwarancji nr GWN\1212674 wydłużający gwarancję (uprzednio ważnej do dnia 31 sierpnia 2012 r.) do dnia 30 października 2012 r. (wadium obowiązywało nieprzerwanie). Pismo wraz z oryginałem aneksu zostało wysłane zamawiającemu w dniu 30 sierpnia 2012 r., za pośrednictwem firmy kurierskiej i zostało doręczone zamawiającemu.

Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 23 marca 2012 r., sygn. KIO 467/12 i KIO 483/12.

Odwołujący wskazał, że skala naruszenia prawa przez zamawiającego jest wyższa wobec zwrócenia się o przedłużenie terminu związania ofertą z naruszeniem minimalnego terminu przewidzianego w art. 85 ust. 2 Pzp. Uznał, że czynność zamawiającego miała doprowadzić do wykluczenia znacznej części uczestników postępowania, a zatem wypaczyła jego wynik, ze szkodą dla interesów Skarbu Państwa.

Odwołujący uznał, że wykluczenie go z postępowania nastąpiło z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 85 ust. 2 Pzp oraz w konsekwencji uznanie oferty za odrzuconą naruszało art. 24 ust. 4 Pzp.

Ad IV. Odwołujący dodatkowo wskazał, że zgodnie z art. 85 ust. 1 pkt 3 i ust. 5 w zw. z art. 14 Pzp i w związku z art. 111 § 2 Kc, termin związana ofertą odwołującego upłynął dopiero 31 sierpnia 2012 r., a nie jak twierdzi zamawiający w dniu 30 sierpnia 2012.

Przepis art. 85 ust. 5 Pzp stanowi, że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Natomiast zgodnie z art. 111 § 2 Kc: *Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło.* Wzajemna relacja tychże przepisów wskazuje, że w świetle art. 14 Pzp, wobec braku wyraźnego wyłączenia przez ustawodawcę stosowania art. 111 § 2 Kc, termin związania ofertą winien być liczony zgodnie z tymże przepisem. Brak jest w ocenie odwołującego przekonujących argumentów prawnych, które przemawiałyby za wyłączeniem stosowania art. 111 § 2 Kc w odniesieniu do terminu związania ofertą. Art. 85 ust. 5 Pzp wskazuje zdarzenie będące początkiem

terminu oznaczonego w dniach, tj. *upływ terminu składania ofert*, a zatem nie stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 111 § 2 Kc.

Ad V. Biorąc pod uwagę zarzuty podniesione w odwołaniu, odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 i w zw. z art. 7 ust. 3, w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający naruszył przepisy Pzp przez wybór oferty wykonawców - konsorcjum firm ECMG GmbH oraz Ingenieria IDOM Internacional S.A., jako oferty najkorzystniejszej, gdyż odwołujący nie powinien zostać wykluczony z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a złożona przez odwołującego oferta była najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu.

Odwołujący uznał, że odwołanie jest w pełni zasadne i zasługuje na uwzględnienie w całości.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu, 2. Ingenieria IDOM Internacional S.A. z siedzibą w Madrycie, po stronie zamawiającego, uzyskując status uczestnika postępowania. Wykonawcy wnieśli o oddalenie odwołania.

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Oddział w Warszawie, na podstawie art. 186 ust. 1 Pzp, wniósł w odpowiedzi na odwołanie o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu pisma podniósł, co następuje:

I. Zarzut niewłaściwego uznania, że odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktryny, przedłużenie terminu związania ofertą powinno nastąpić w ostatnim dniu upływającego pierwotnego terminu związania ofertą. Niedopuszczalna jest natomiast sytuacja przerwania okresu związania ofertą i po przerwie jego ponowne ustanowienie. Wskazał wyrok Izby, sygn. akt KIO 635/12 podnosząc, że w przedmiotowym stanie faktycznym miała miejsce analogiczna sytuacja. Odwołujący, pomimo, że termin związania ofertą upływał 30 sierpnia 2012 r. przedstawił zamawiającemu swoje oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą dopiero 31 sierpnia 2012 r. W związku z tym, odwołujący nie był związany swoją ofertą od upływu pierwotnego terminu związania, tj. koniec dnia 30 sierpnia 2012 r. do momentu wpływu do zamawiającego oświadczenia o przedłużeniu terminu, w dniu 31 sierpnia 2012 r. Nastąpiło wówczas przerwanie ciągłości związania ofertą oraz ustanowienie nowego związania. Zamawiający nie podzielił przy tym poglądu odwołującego, odnośnie stosowania art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego do obliczania terminu związania ofertą. Z art. 85 ust. 5 Pzp wynika

bowiem wprost, że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Dlatego też uznał, że ustawodawca w art. 85 ust. 5 Pzp zawarł uszczegółowienie regulacji dotyczących biegu terminu związania ofertą, stąd zgodnie z art. 14 Pzp, skoro przedmiotowa kwestia jest regulowana przepisami ustawy Pzp, przepisy Kodeksu cywilnego nie będą stosowane. Przeciwna interpretacja jest niezgodna z literalną i celowościową wykładnią art. 14 i art. 85 ust. 5 Pzp. Na zasadzie *a contrario*, ponieważ przepisy Pzp nie definiują momentu upływu terminu związania ofertą, zastosowanie znajdzie w tym przypadku art. 111 § 1 Kc, tj. *termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia*. W związku z tym, terminem upływu związania ofertą jest upływ ostatniego dnia okresu tego związania. Wskazał, że w przedmiotowym stanie faktycznym oznacza to bezsprzecznie, iż termin związania ofertą upływał dnia 30 sierpnia 2012 r., a nie jak błędnie twierdził odwołujący, 31 sierpnia 2012 r. Przedłużenie terminu związania ofertą winno nastąpić przed upływem pierwotnego terminu związania. Okoliczność, że zobowiązanie do przedłużenia zostało podpisane i nadane w dniu 30 sierpnia 2012 r., również nie ma wpływu na skuteczność jego złożenia. Podniósł, że 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*. W tym wypadku konieczne jest zastosowanie przepisów Kodeksu cywilnego na mocy art. 14 Pzp, ponieważ przepisy tej ustawy nie regulują (w przeciwieństwie do omawianego wyżej art. 85 ust. 5 Pzp) momentu złożenia oświadczenia woli. W sprawie bezspornym jest, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą dotarło do zamawiającego w dniu 31 sierpnia 2012 r., czyli po upływie terminu związania ofertą.

II. Zarzut nieterminowego wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą. Zamawiający wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, wykonawcy uczestniczący w postępowaniu powinni sami zadbać o przedłużenie terminu ważności swojej oferty, bez względu na dokonywane w tym zakresie wezwanie zamawiającego lub jego brak. Podniósł w ślad za orzecznictwem, że: *to wykonawca, wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, bądź samodzielnie przedłużając ten termin, podejmuje decyzję o swoim dalszym udziale w postępowaniu. To wykonawca, jako podmiot profesjonalny zobowiązany jest do działania z należytą starannością przez podejmowanie działań zmierzających do utrzymania jego uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności, biorąc pod uwagę fakt, iż nie wymaga to współdziałania czy inicjatywy Zamawiającego*, wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2010 r., sygn. akt. KIO/UZP 2678/10.

Argument odwołującego, jakoby wykonawcy nie mogli samodzielnie przedłużyć terminu związania ofertą ponieważ: *przed zwróceniem się przez Zamawiającego Wykonawcy nie znali jego okresu* jest, w ocenie zamawiającego, zupełnie chybiony. Taka



interpretacja powoduje, że wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nigdy nie mogliby samodzielnie przedłużać terminu związania ofertą, nie wiedząc na jaki czas przedłużenie ma nastąpić.

Ponadto, zamawiający wskazując, że podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania był art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, stwierdził, że ewentualne naruszenie przez zamawiającego art. 85 ust. 2 Pzp, nie miało wpływu na przedmiotowe wykluczenie. Przywołał wyrok Izby z dnia 5 września 2011 r., sygn. akt KIO 1815/11, w którym uznano: *Należy podkreślić, że przesłanką możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy nie jest uprzednie wezwanie wykonawcy przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Z treści art. 24 nie wynika aby brak zgody wykonawcy, o którym mowa w tym przepisie, musiał być poprzedzony wezwaniem Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą.* Dlatego też, w związku z faktem, że zamawiający prawidłowo dokonał obliczenia terminu związania ofertą, okoliczność, że wezwanie do przedłużenia tego terminu nie zostało dokonane na 3 dni przed upływem przedmiotowego terminu, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Zgodnie więc z dyspozycją 192 ust. 2 Pzp, zamawiający uznał, że odwołanie w tym zakresie również nie zasługuje na uwzględnienie.

Podsumowując, zamawiający wskazał, że skoro nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a więc istniała przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie doszło również do naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp, a zatem zamawiający słusznie uznał ofertę wykluczonego odwołującego za odrzuconą. W takiej sytuacji również zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 i w zw. z art. 7 ust. 3, w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, nie zasługuje na uwzględnienie. Oferta wybranego wykonawcy konsorcjum firm: ECMG GmbH Zelinkagasse oraz Ingenieria IDOM International S.A. była ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego, popartego przez uczestnika postępowania odwoławczego, o odrzucenie odwołania na posiedzeniu, wobec braku potwierdzenia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 Pzp. Rozpoznała odwołanie na rozprawie, w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp).

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu z powodu potwierdzenia złożenia oświadczenia woli o przedłużeniu okresu związania ofertą po upływie terminu ustalonego w SIWZ, z powodu odmiennego sposobu liczenia rozpoczęcia biegu terminu związania ofertą, niż wynika to z art. 85 ust. 5 Pzp, jako przepisu *lex specialis* w stosunku do

przepisów Kodeksu cywilnego.

Przepis art. 85 ust. 5 Pzp, wyłączający w tym przypadku stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego wobec treści art. 14 Pzp (*do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (...), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*), stanowi, że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

W SIWZ (pkt 11.1) zamawiający ustalił upływ terminu składania ofert w dniu 14 czerwca 2012 r. godz. 09:30, zmieniając później datę na dzień 2 lipca 2012 r. Ustalił też termin związania ofertą - 60 dni, podając w pkt 12.1 SIWZ, zgodnie z przepisem art. 85 ust. 5 Pzp, że *bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert*. W dalszych punktach SIWZ, 12.2 -12.4, wskazał, zgodnie z art. 85 ust. 2 i 4 Pzp, możliwość przedłużania terminu związania ofertą wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium oraz wpływ wniesienia odwołania na bieg terminu związania ofertą.

Odwołujący zamieścił w pkt 2 formularza ofertowego oświadczenie o zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, ich akceptacji i uznaniu się za związanego postanowieniami i zasadami w niej określonymi. W pkt 5 formularza zamieścił zobowiązanie o związaniu ofertą przez czas wskazany w SIWZ. Na potwierdzenie tego wniósł wadium w wysokości 150 000 zł w formie gwarancji bankowej nr GWN\1212674. Ważność gwarancji została ustanowiona na okres od dnia 2 lipca 2012 r. do dnia 31 sierpnia 2012r.

Przyjęty w SIWZ 60 dniowy termin związania ofertą rozpoczął bieg z upływem terminu składania ofert w dniu 2 lipca 2012 r., co oznacza, że dzień 2 lipca 2012 r. był pierwszym dniem tego terminu, zatem upływ terminu nastąpił w dniu 30 sierpnia 2012 r. Odwołujący przyjął sposób liczenia terminu określony w art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego, co jednoznacznie wynika z odwołania, zatem uznał, że *jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, którego nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło*, więc ostatnim dniem terminu związania ofertą jest dzień 31 sierpnia 2012 r. (3 lipiec - 31 sierpień 2012 r.). Okres ważności wadium został ustanowiony też do dnia 31 sierpnia 2012 r.

Związanie ofertą, zgodnie z istotą tej czynności i stanowiskiem przedstawianym w doktrynie i orzecznictwie, jest oświadczeniem wykonawcy potwierdzającym uczestniczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia i podporządkowanie się konsekwencjom wynikającym z tego faktu, a przede wszystkim wyrażającym gotowość zawarcia umowy na warunkach przedstawionych przez zamawiającego, w razie wybrania oferty tego

wykonawcy. Wykonawca składa oświadczenie o związaniu ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ. Związanie ma charakter ciągły, a staranność wykonawcy polega na dbałości o aktualność związania ofertą. Na gruncie Prawa zamówień publicznych jest niewątpliwe, że wybór oferty najkorzystniejszej ma nastąpić w terminie związania ofertą, natomiast wykonawca powinien być związany złożoną przez siebie ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert.

Przepis art. 85 ust. 2 Pzp stanowi, że wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że wykonawca nie został ograniczony, co do czasu, w którym podjęcie czynności i okresu, na jaki zostanie przedłużony termin związania ofertą, natomiast zamawiającemu przysługuje jednorazowo taka czynność oraz wnioskowany okres przedłużenia nie dłuższy niż 60 dni, ponadto prawo zwrócenia się do wykonawców, na co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą. 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 (vide: 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.), wyroki KIO 1817/12 i 1822/12 oraz KIO 1924/12.*

Odwołujący nie przedłużył z własnej inicjatywy terminu związania ofertą, natomiast na wniosek zamawiającego skierowany na 2 dni przed upływem terminu związania ofertą (pismo z dnia 28 sierpnia 2012 r.), przedłużył termin składając oświadczenie w piśmie z dnia 30 sierpnia 2012 r. oraz załączył bankową gwarancją wadialną, przekazując je w tym dniu kurierowi, celem doręczenia zamawiającemu. Pismo wpłynęło do zamawiającego w dniu 31 sierpnia 2012 r., a więc po upływie pierwotnie ustalonego terminu związania ofertą, co ustalono na podstawie art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp, z którego wynika, że *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* - zasada

doręczenia.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i uznał jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, podając w uzasadnieniu rozstrzygnięcia, że: *Do upływu terminu związania ofertą tj. do dnia 30.08.2012 r., Wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą.*

Odwołujący podnosił, że dla rozstrzygnięcia odwołania kluczowe znaczenie mają przepisy art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 85 ust. 2 Pzp, a mianowicie, że wykluczenie wykonawcy następuje wówczas, gdy nie wyrazi on zgody na przedłużenie okresu związania ofertą oraz, że nie wyrażenie zgody następuje na wezwanie zamawiającego, skierowane na co najmniej na 3 dni przed upływem terminu składania ofert.

*Przepis art. 85 ust. 2 Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku dokonania wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą. Używając czasownika „może” oraz ograniczając aktywność zamawiającego do jednokrotnego wezwania do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, ustawodawca powierzył utrzymanie stanu związania ofertą przede wszystkim wykonawcy. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga należytej staranności wykonawcy obejmującej zapobiegliwość dla ochrony swoich praw w postępowaniu i polegającą na utrzymaniu stanu związania ofertą (przywołany wyżej wyrok KIO 1817/12 i 1822/12).*

Z przepisu, jak i orzecznictwa wynika, że wezwanie dokonane przez zamawiającego jest jego uprawnieniem. Dla skuteczności wezwania należy przyjąć, że termin jest jednym z warunków dokonania czynności. Niezachowanie, co najmniej 3 dniowego terminu zwrócenia się do wykonawcy, nie znajduje jednak podstawy do uznania ciągłości związania ofertą w sytuacji, gdy okres związania uległ przerwaniu na skutek wyrażenia zgody przez odwołującego po upływie terminu związania ofertą ustanowionego w SIWZ. Zamawiający nie mógł dokonać wyboru oferty, co do której nastąpiło przerwanie okresu związania ofertą.

Izba uwzględniła również fakt, że odwołujący był gotów i miał możliwość złożenia wymaganego oświadczenia w dniu 30 sierpnia 2012 r., co w świetle postanowień pkt 17.1 i 17.2 SIWZ (dopuszczających możliwość przekazywania, m.in. oświadczeń w formie pisemnej, faksem lub drogą elektroniczną, z zastrzeżeniem formy pisemnej dla wymienionych tam czynności, które nie obejmują oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą), pozwalało na zachowanie terminu złożenia oświadczenia, w tym w szczególności drogą elektroniczną. Przepis art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego stanowi że: *oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.*

Okoliczności sprawy potwierdzają fakt, że odwołujący mając na uwadze termin związania ofertą ustalony na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, był przekonany o zachowaniu terminu do dokonania czynności, w przypadku doręczenia zamawiającemu oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą w dniu 31 sierpnia 2012 r.

Czynność zamawiającego polegająca na wezwaniu odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą dokonana na 2 dni, a nie na co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, oceniana w kategoriach uprawnienia a nie zobowiązania, w sytuacji, gdy termin związania ofertą odwołującego upłynął w dniu 30 sierpnia 2012 r., a oświadczenie o przedłużeniu terminu zostało złożone zamawiającemu w dniu 31 sierpnia 2012 r., nie ma wpływu na wynik postępowania, co jest niezbędnym warunkiem uwzględnienia odwołania (art. 192 ust. 2 Pzp).

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp zobowiązujący zamawiającego do wykluczenia wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, dotyczy wykonawców, którzy nie tylko odmówili wyrażenia zgody, ale również tych, którzy takiej zgody nie wyrazili w takim czasie, by została zachowana ciągłość związania ofertą.

Izba oddalając odwołanie nie podzieliła zdania zamawiającego o braku interesu po stronie odwołującego (art. 179 ust. 1 Pzp). Wskazany przepis stanowi, że odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący miał interes w uzyskaniu danego zamówienia - złożył ofertę z ceną niższą od ceny oferty wybranej - oraz mogłaby wystąpić możliwość poniesienia szkody w razie, gdyby doszło do udowodnienia naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą).

Na podstawie powyższego, Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 Pzp, tj. przepisów stanowiących podstawę prawną czynności będącej przedmiotem odwołania.

Reasumując dokonane ustalenia, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....