

Sygn. akt KIO 2390/12

**WYROK**  
z dnia 23 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:   Magdalena Grabarczyk**  
**Emil Kawa**  
**Marek Koleśnikow**  
**Protokolant:       Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2012 r. przez Dariusza A.a prowadzącego działalność pod firmą Przewóz Osób i Towarów Firma „Aramis” Dariusz A. w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Lisia Góra

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Dariusza A.a prowadzącego działalność pod firmą Przewóz Osób i Towarów Firma „Aramis” Dariusz A. w Tarnowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Dariusza A.a prowadzącego działalność pod firmą Przewóz Osób i Towarów Firma „Aramis” Dariusz A. w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Tarnowie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

Sygn. akt KIO 2390/13

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Lisia Góra - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie transportu dzieci szkolnych i młodzieży gimnazjalnej z terenu gminy Lisia Góra do szkół podstawowych i gimnazjalnych na terenie gminy w roku szkolnym 2013/2014.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 sierpnia 2013 r., pod numerem 161603-2013

Wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

3 października 2013 r. zamawiający przesłał informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp z powodu upływu terminu związania ofertą jedyne wykonawcy biorącego udział w postępowaniu.

Dariusz A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przewóz Osób i Towarów Firma „Aramis” Dariusz A. w Tarnowie wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 października 2013 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i powierzenie wykonania zamówienia wykonawcy, który nie złożył oferty na wykonanie zamówienia i którego oferta nie mogła w związku z tym zostać uznana za najkorzystniejszą;
2. 24 ust. 4 ustawy przez odrzucenie ofert wykonawcy pomimo braku podstaw do jego wykluczenia z postępowania;
3. art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy polegające na błędnej subsumcji zaistniałego stanu faktycznego pod tę normę prawną i wykluczeniu wykonawcy z postępowania, pomimo, iż nie nastąpiła powołana w przepisie przyczyna wykluczenia;
4. art. 161 ust. 4 w zw. z art. 165 ust. 2 w zw. z art. 170 ust. 4 ustawy przez całkowite pominięcie okoliczności, iż w wyniku wszczętego przez Prezesa Zamówień Publicznych na wniosek Wykonawcy postępowania wyjaśniającego, bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu, a więc trwał w dacie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i trwa do chwili obecnej;

5. art. 92 ust. 1 ustawy przez nieuzasadnioną zwłokę w wyborze najkorzystniejszej oferty w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo iż na realizację zamówienia złożona została wyłącznie 1 oferta, a przedmiot zamówienia miał być realizowany od dnia 2 września 2013 r.
6. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo, iż w postępowaniu złożona została oferta niepodlegająca odrzuceniu;
7. art. 93 ust 1 ustawy przez niedokonanie niezwłocznego zawiadomienia wykonawcy o wykluczeniu go od udziału w postępowaniu i unieważnieniu postępowania, a dopiero 3 dni po dokonaniu tej czynności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz czynności unieważnienia przetargu, powtórzenia czynności oceny ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego. Ponadto wniósł o zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania, w tym kosztów poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że z całkowicie nieuzasadnionych powodów zamawiający zwlekał z zakończeniem postępowania 43 dni. Wskazywał, że od 1 września 2013 r., tj. od dnia, kiedy umowa w wyniku przeprowadzonego postępowania miała zostać zawarta, nieustannie domagał się od zamawiającego rozstrzygnięcia przetargu i wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił, że 15 września 2013 r. powziął wiadomość, iż pomimo nierozstrzygnięcia (ani niezakończenia w żaden inny sposób) postępowania od dnia 2 września usługa ta realizowana jest przez Arriva Spółka z o.o. w Toruniu Oddział w Mielcu i zawiadomił o zaistniałej sytuacji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych domagając się wszczęcia kontroli doraźnej i wystąpienia do sądu o unieważnienie zawartych umów.

Odwołujący wywodził, że skoro wniosek o wszczęcie kontroli doraźnej został złożony w dniu 18 października 2013 r., to bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu. Argumentował, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczął postępowanie wyjaśniające - wstępny etap kontroli - przed upływem terminu związania ofertą i do dnia wykluczenia odwołującego od udziału w postępowaniu, postępowanie to nie zostało zakończone. co powoduje, iż wykluczenie nie tylko nie znajduje podstawy prawnej, ale było niedopuszczalne.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Wyjaśniał, że wola przedłużenia terminu związania ofertą wynikała z pism składanych zamawiającemu.

Zamawiający nie stawiał się na posiedzenie i rozprawę. W piśmie z października 2013 r. poinformował o niestawiennictwie oraz wskazywał na zgodność czynności wykluczenia z ustawą.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Termin składania ofert upłynął w 21 sierpnia 2013 r., tego samego dnia zamawiający dokonał otwarcia ofert. W postępowaniu została złożona 1 oferta - oferta odwołującego.

Termin związania ofertą wynosił 30 dni i kończył bieg 20 września 2013 r.

Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i nie zwracał się do odwołującego o wyrażenie zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący nie przedłużał samodzielnie terminu związania ofertą.

W piśmie z 5 września 2013 r. odwołujący zadał zamawiającemu pytanie, jakiemu podmiotowi i na jakiej podstawie powierzono wykonanie zamówienia z pominięciem odwołującego. Wskazywał iż w przypadku rozstrzygnięcia wskazującego na unieważnienie postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego będzie domagał się zwrotu kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w tym zakupu środków transportu, które na chwilę obecną przekraczają 650.000 zł.

Pismem z 18 września 2013 r. wystąpił do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z powiadomieniem Rady Gminy Lisia Góra, Regionalnej Izby Obrachunkowej oraz samego Zamawiającego o wszczęcie kontroli doraźnej postępowania. W uzasadnieniu wniosku powoływał się na okoliczności opisane w odwołaniu oraz w razie ustalenia, że umowy zostały zawarte (przez dyrektorów poszczególnych szkół), wnosił o wystąpienie do sądu z wnioskiem o unieważnienie umów.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z 23 września 2013 r. poinformował, że wystąpiono do zamawiającego o ustosunkowanie się do zarzutów podniesionych we wniosku o wszczęcie kontroli (znak UZP/DKD/DWKZ/425/659(3)/13/DJ).

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Podstawę rozstrzygnięcia stanowią okoliczności faktyczne i prawne dotyczące terminu związania odwołującego złożoną ofertą. Izba pominęła okoliczności związane z zarzucanym zamawiającemu udzieleniem zamówienia innemu podmiotowi z naruszeniem przepisów

ustawy, gdyż zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy oraz wobec zaniechania przez zamawiającego czynności do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Czynnościami wobec których zostało wniesione odwołanie są wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu ze skutkiem uznania złożonej oferty za odrzuconą oraz będące ich następstwem unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, których zamawiający dokonał w badanym postępowaniu i co do których przesłał stosowną informację. Badanie, czy zamówienie zostało udzielone innemu podmiotowi, dotyczyłoby czynności, które nie zostały przez zamawiającego wykonane w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, zatem nie mieści się w kognicji Izby.

Pierwszą kwestią podlegającą ocenie jest, czy wobec skierowania przez odwołującego wniosku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęcie kontroli doraźnej, bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu.

Zgodnie z art. 161 ust. 4 Pzp wszczęcie kontroli może poprzedzać postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Natomiast stosownie do art. 170 ust. 4 Pzp wszczęcie kontroli doraźnej powoduje zawieszenie biegu terminu związania ofertą. Art. 165 ust. 2 Pzp stanowi, że w przypadku wszczęcia kontroli doraźnej przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego mają zastosowanie przepisy art. 169 ust. 3, art. 170 ust. 2 i 4 oraz art. 171 ust. 1, 3 i 5 Pzp.

Z przywołanych przepisów ustawy – wbrew twierdzeniom odwołującego – wynika, że wszczęcie postępowania wyjaśniającego nie powoduje zawieszenia biegu terminu związania ofertą, gdyż termin związania ofertą ulega zawieszeniu jedynie w razie wszczęcia kontroli. Stanowi o tym *expressis verbis* art. 170 ust. 4 Pzp. Postępowanie wyjaśniające nie jest częścią kontroli, lecz stanowi fakultatywny etap poprzedzający kontrolę. Rezultatem postępowania wyjaśniającego może być wszczęcie kontroli albo odmowa jej wszczęcia. Regulacje art. 161 ust. 4 Pzp rozstrzyga tę kwestię w sposób nie budzący wątpliwości.

Skoro wszczęcie postępowania wyjaśniającego nie powoduje zawieszenia terminu związania ofertą, to termin związania odwołującego złożoną ofertą nie uległ zawieszeniu.

Dostrzeżenia wymaga ponadto, że przed upływem terminu związania ofertą odwołujący jedynie skierował wniosek do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęcie kontroli. Natomiast informacja o skierowaniu pisma do zamawiającego w celu ustosunkowania się do zarzutów nosi datę 23 września 2013 r. Trudno zatem przyjąć, że wszczęcie postępowania wyjaśniającego nastąpiło przed upływem terminu związania odwołującego złożoną ofertą.

Kolejno należało zbadać, czy odwołujący wyraził wolę przedłużenia terminu związania złożoną ofertą. Niespornie odwołujący nie złożył takiego oświadczenia wprost, jednak ustaleniu podlega, czy wola taka wynika z innych oświadczeń kierowanych do zamawiającego. W postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenia woli wykonawcy mogą być interpretowane z zastosowaniem dyrektyw wynikających z przepisów kodeksu cywilnego, w tym z art. 65 § 1 k.c., stosownie do odesłania zawartego w art. 14 Pzp.

Izba po ocenie treści pism kierowanych do zamawiającego uznała, że nie można z ich treści wywieść woli odwołującego przedłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący dąży jedynie do unieważnienia umów przypuszczalnie zawartych przez dyrektorów szkół z Arriva Spółka z o.o. w Toruniu Oddział w Mielcu i zwrotu poniesionych przez siebie kosztów. Brak jest podstaw, wynikających z powołanych pism, do uznania, że odwołujący czuje się związany złożoną ofertą i jest gotowy do wykonania zamówienia na warunkach wynikających z oferty.

Co do zasady, oświadczenia stron, które są doniesłe prawnie i mają znaczenie dla ich sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, powinny mieć charakter stanowczy i być jasno wyrażone. Oświadczenia woli wykonawcy składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia podlegają wykładni, jednak ich istnienie nie może być domniemywane, ani przez zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, ani przez Izbę w postępowaniu odwoławczym.

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w formie pisemnej i ma ono charakter sformalizowany. Odpowiada to naturze procedury oraz sprzyja jej przejrzystości oraz zachowaniu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Z uwagi na powołane zasady jest niedopuszczalne, aby zamawiający w sytuacji, gdy ustawa wymaga pisemnego oświadczenia wykonawcy, domyślał się z jego zachowania (*per facta concludentia*), że wymagane oświadczenie zostało złożone.

W konsekwencji, Izba zważyła, że termin związania odwołującego złożoną ofertą nie został przez niego przedłużony i skończył swój bieg 20 września 2013 r. W dacie dokonania przez zamawiającego czynności wykluczenia i unieważnienia postępowania odwołujący nie był związany złożoną ofertą.

W tym stanie sprawy Izba uznała, że odwołujący nie jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody mają charakter materialnoprawny i muszą być spełnione kumulatywnie, w przeciwnym razie odwołanie podlega oddaleniu.

Wymagania wynikające z art. 179 ust. 1 Pzp winny być spełnione na dzień wnoszenia odwołania i podlegają obligatoryjnemu badaniu przez Izbę. Odwołujący złożył ofertę w

postępowaniu i przez wniesienie odwołania dąży do przywrócenia możliwości jej wyboru. W dniu wniesienia odwołania odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia. Nie została natomiast spełniona przesłanka szkody, gdyż wobec upływu terminu związania ofertą przed dniem wniesienia odwołania odwołujący nie może uzyskać zamówienia, a złożona przez niego oferta nie może być uznana za najkorzystniejszą.

Wykonawca, który nie jest związany złożoną ofertą, nie może skutecznie domagać się od zamawiającego wybrania swojej oferty i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na gruncie ustawy prawo zamówień publicznych odróżnić należy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego będące udzieleniem zamówienia, od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W obecnym stanie prawnym zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest dopuszczalne po upływie terminu związania ofertą, jednak - zdaniem Izby - wybór oferty najkorzystniejszej musi nastąpić w terminie związania ofertą. Ponadto wykonawca winien być związany złożoną ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert.

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.).

Art. 85 ust. 2 Pzp stanowi, że wykonawca, samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej 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.

Ustawodawca dając zamawiającemu uprawnienie do jednokrotnego wezwania wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą powierzył troskę o utrzymanie stanu związania ofertą przede wszystkim wykonawcy. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga należytej staranności wykonawcy obejmującej zapobiegliwość wyrażającą się w podjęciu czynności niezbędnych dla ochrony swoich praw w postępowaniu, w okolicznościach sporu - utrzymaniu stanu związania ofertą.

Zgodnie z postanowieniami art. 66 k.c. oświadczenie woli stanowi ofertę, jeśli zawiera istotne postanowienia umowy i ma charakter stanowczy. Oświadczenie wiąże oferenta przez czas przez niego wskazany, jeśli w tym okresie adresat oferty (oblat) złoży oświadczenie o przyjęciu oferty dochodzi do zawarcia umowy. Związanie jest koniecznym elementem

konstrukcyjnym oferty (*vide*: Komentarz do art. 66 kodeksu cywilnego, [w:] B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda, Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz, LEX, 2009 oraz B. Gawlik: Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego, art. 66 – 72 kc., Kraków 1977, s. 12 i n).

Stan związania ofertą wyraża się tym, że po jej złożeniu oferent w zasadzie nie ma wpływu na dojście umowy do skutku. Zawarcie umowy następuje na skutek złożenia przez zamawiającego (oblata) jednostronnego oświadczenia woli o przyjęciu oferty, a więc zależy wyłącznie od jego decyzji.

Jeśli termin związania ofertą upłynął zawarcie umowy według opisanych reguł nie jest możliwe również w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Termin związania ofertą przez odwołującego upłynął i nie podlega przywróceniu. Oferta złożona przez odwołującego nie może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Pogląd o prawnej doniosłości terminu związania ofertą złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (*vide*: wyroki z 22 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 267/10, 16 września 2011 r., sygn. akt KIO 1900/11, 7 września 2012 r. sygn. akt KIO 1817/12 i KIO1822/12), znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Sądów Okręgowych.

W tym stanie rzeczy Izba, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp, orzekła jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:.....**

.....

.....