

**WYROK**

**z dnia 4 września 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Emil Kuriata  
Izabela Kuciak  
Honorata Łopianowska

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 41g, 31-564 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa**

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, dokonania czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 41g, 31-564 Kraków**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 41g, 31-564 Kraków** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II Nr 70, 00-175 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Zakup routerów dostępowych do sieci MPLS wraz z 3 letnią usługą serwisową*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907).

Zamawiający dnia 14 sierpnia 2013 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dnia 19 sierpnia 2013 roku wykonawca Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 41 G; 31-864 Kraków (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego, pomimo braku wystąpienia okoliczności, o których mowa w powołanym przepisie,
- 3) naruszenie przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez uznanie oferty odwołującego za ofertę odrzuconą pomimo braku podstaw do wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania,
- 4) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego z uwagi, iż odwołujący nie podlega wykluczeniu, oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu i powinna zostać wybrana, jako oferta najkorzystniejsza,
- 5) naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie przedmiotowego postępowania poprzez uznanie, że w przedmiotowym postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, pomimo że w przedmiotowym postępowaniu złożona została niepodlegająca odrzuceniu oferta odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) powtórzenia czynności oceny oferty odwołującego w przedmiotowym postępowaniu,
- b) unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp,

- c) unieważnienie czynności polegającej na uznaniu oferty odwołującego za ofertę odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
- d) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,
- e) dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 i art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zostało zgłoszone żadne przystąpienie.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły trzy oferty: Ventus Communications sp. z o.o., oferta odwołującego oraz Dabacom Bartosz R.

Pismem z dnia 16 lipca 2013 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty Dabacom Bartosz R. oraz o odrzuceniu oferty Ventus Communications sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Następnie faksem w dniu 14 sierpnia 2013 r. zamawiający przesłał pismo informujące o:

- unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 16 lipca 2013 r.,
- „podtrzymaniu decyzji” o odrzuceniu oferty Ventus Communications sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- wykluczeniu odwołującego zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, co skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania i uznaniem jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadnił, iż: „*Termin związania*

*ofertą w postępowaniu (...) upłynął w dniu 31 lipca 2013 r. Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia do wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy. Z uwagi na fakt, iż wykonawca nie przedłużył samodzielnie terminu związania ofertą, zostaje na podstawie cytowanego przepisu z postępowania wykluczony”,*

- wykluczeniu Dabacom Bartosz R. zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt. 2 Ustawy, „co skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania o uznaniem jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Ustawy”,

- unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że z treści pisma otrzymanego w dniu 14 sierpnia 2013 r. wynika, iż zamawiający wezwał Dabacom Bartosz R. (którego oferta została uprzednio wybrana jako najkorzystniejsza) do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, a wykonawca ten odmówił podpisania umowy. Zamawiający stwierdził, iż „nie mógł wybrać oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, ponieważ termin związania kolejnej oferty upłynął. Mając na uwadze fakt upływu terminu związania ofertą wskazać należy na pogląd, iż po upływie terminu związania ofertą nie jest możliwe dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W przedmiotowym postępowaniu nie ma żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, a więc brak jest Wykonawcy, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.”.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, przede wszystkim przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który nie nakazuje wykluczenia z postępowania wykonawcy, który samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą. Dyspozycja powołanego przepisu obejmuje wyłącznie sytuację, w której wykonawca nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą. Zgoda ta (lub jej brak) wyrażana jest tylko w przypadku wezwania wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Samodzielne przedłużanie terminu związania ofertą nie odbywa się przez wyrażenie zgody, ponieważ nie występuje w tym przypadku czynnik wezwania do jej wyrażenia. Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

Odwołujący podkreślił, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, istnieje w niezmienionej postaci od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, a więc jeszcze w czasie, gdy wykonawcom nie przysługiwało wyrażone w przepisach ustawy uprawnienie do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Wprowadzając - na podstawie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058) możliwość samodzielnego przedłużenia tego terminu, ustawodawca nie zmienił przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp - pozostawił go w dotychczasowym brzmieniu. Gdyby intencją

ustawodawcy było wprowadzenie sankcji w postaci wykluczenia z postępowania również wykonawcy, który nie przedłużył samodzielnie terminu związania ofertą, zostałyby to wprost wyrażone w przepisie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp (np. poprzez sformułowanie, iż z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie terminu związania ofertą lub nie przedłużyli samodzielnie terminu związania ofertą, albo po prostu sformułowanie, iż z postępowania wyklucza się wykonawców, których termin związania ofertą upłynął). Żaden przepis prawa zamówień publicznych nie stanowi podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy albo odrzucenia jego oferty ze względu na upływ terminu związania ofertą.

Odwołujący zauważył ponadto, że brak wyraźnego zakomunikowania o podtrzymaniu stanu związania ofertą nie może być utożsamiany z oświadczeniem o niewyrażeniu zgody na dalsze związanie ofertą. Braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie można bowiem domniemywać. Brzmienie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, ma zatem racjonalne uzasadnienie - wykluczeniu z postępowania powinien podlegać bowiem tylko ten wykonawca, którego brak zgody na dalsze związanie ofertą nie budzi wątpliwości. Nie budzi zaś wątpliwości tylko w przypadku, gdy wykonawca został wezwany do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i zgody tej nie wyraził.

Niezłożenie zamawiającemu oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą jest tylko brakiem zakomunikowania przez wykonawcę woli przedłużenia terminu związania ofertą. Podkreślenia wymaga jednak, że żaden przepis ustawy - Prawo zamówień publicznych, nie uzależnia „ważności” oferty od przekazania zamawiającemu informacji o podtrzymywaniu woli związania ofertą. Jak wskazano w wyroku z dnia 5 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 124/13: *„Sama instytucja „związania ofertą” służy temu, aby wykonawca, który złoży ofertę, nie mógł się z niej wycofać. W innej sytuacji działania zamawiającego są obdarzone dużą dozą ryzyka, że wybrany wykonawca nie tylko uchyli się od zawarcia umowy, ale także z tego tytułu nie poniesie żadnych materialnych konsekwencji. Taka sytuacja może doprowadzić u zamawiającego do np. niewykonania zamówienia, możliwości utraty uzyskanych na realizację przedmiotu zamówienia środków finansowych, bądź potrzebę wyboru droższej oferty, a nie tej wybranej pierwotnie jako najkorzystniejszej. To zamawiający odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne przeprowadzenie postępowania przetargowego. To on w istocie decyduje o dacie wyboru oferty, stąd posiada możliwość kontroli czy termin wynikający z art. 85 ustęp 1 Pzp upłynie przed, czy po terminie wyboru oferty. Tym samym przedłużenie tego terminu związania ofertą wykonawców leży przede wszystkim w interesie zamawiającego, gdyż zabezpiecza jego interesy. To on bowiem dzięki temu ma pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu. Odnosząc się do ewentualnych skutków prawnych braku związania oferta 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”.*

Odwołujący wskazał, iż jego intencją było i jest ubieganie się o udzielenie zamówienia. Fakt braku wyraźnego zakomunikowania zamawiającemu o przedłużeniu terminu związania ofertą nie stanowi zatem przeszkody do dokonania oceny oferty odwołującego, a także - w przypadku uznania jej za najkorzystniejszą - do jej wyboru oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje wolę zawarcia umowy w sprawie zamówienia objętego niniejszym postępowaniem - uważa się za związanego złożoną ofertą.

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego, pomimo braku wystąpienia okoliczności, o których mowa w powołanym przepisie. Doszło również do naruszenia przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez uznanie oferty odwołującego za ofertę odrzuconą pomimo braku podstaw do wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania. Ponadto zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie przedmiotowego postępowania poprzez uznanie, że w przedmiotowym postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, pomimo że w przedmiotowym postępowaniu złożona została niepodlegająca odrzuceniu oferta odwołującego. Zamawiający naruszył również przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego z uwagi, iż odwołujący nie podlega wykluczeniu, oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

W świetle art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Wykonawca Dabacom Bartosz R. uprzednio odmówił podpisania umowy, a więc jego oferta nie powinna być w ogóle rozpatrywana. Oferta Ventus Communications sp. z o.o. została natomiast uprzednio odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a więc również nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza (pod względem kryterium ceny o wadze 100% oferta ta plasuje się zresztą niżej niż oferta odwołującego).

Odwołujący wskazał, że ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, odwołujący poniósł szkodę, gdyż jego oferta nie została wybrana, jako najkorzystniejsza - pomimo iż jest taką ofertą. Czynności i zaniechania zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. Naruszenie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych przez zamawiającego uniemożliwia odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie może więc osiągnąć korzyści (zysku), które odwołujący zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.

Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, ma istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Czynności i zaniechania zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza podziela ugruntowane już orzecznictwo Izby w zakresie braku możliwości zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w stosunku do wykonawcy, który nie był wzywany do przedłużenia terminu związania ofertą. Jak podkreślono w wyroku z dnia 5 lutego 2013 r., sygn. KIO 124/13: „Jedyną przesłanką, na podstawie której można by odrzucić ofertę wykonawcy z powodu upływu terminu związania ofertą, jest art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten mówi, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania m.in. jeśli nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a w konsekwencji w oparciu o przepis art. 24 ust. 4 ofertę takiego wykonawcy uznaje się za odrzuconą. W niniejszej sprawie nie można jednak mówić o braku zgody odwołującego na przedłużenie związania ofertą, która mogłaby skutkować jego wykluczeniem, albowiem zamawiający z takim wnioskiem do wykonawców w ogóle nie wystąpił i tym samym wykonawców o taką zgodę nikt nie pytał. W tym zakresie zasadne jest przywołanie stanowiska Sądu Okręgowego w Rzeszowie, który w postanowieniu z dnia 16 lutego 2011 r. VI Ga 192/10 Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 8 poz. 198, dokonał wykładni treści art. 24 ust. 2 pkt 2 w zakresie możliwości wykluczenia wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, z którą to interpretacją Izba w tym składzie się utożsamia. Sąd w uzasadnieniu stwierdził, że „Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała 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 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 ust. 2 pkt 2 Pzp w świetle powoływanego zresztą przez skarżącego art. 85 ust. 2 Pzp. Zgodnie z tą normą wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na trzy 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. Norma ta wskazuje więc na dwie możliwości. Pierwsza to kiedy wykonawca samodzielnie przedłuża termin związania ofertą, druga kiedy to zamawiający zwróci się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu. W korelacji właśnie z drugą z tych możliwości, posługując się zresztą dokładnie tym samym określeniem (odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie terminu) pozostaje możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego. Gdyby bowiem ustawodawca chciał, aby podstawa wykluczenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ust. 2 Pzp, 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 nie zastosowałby z pewnością odnośnika do wyrażenia zgody, a do określenia nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, ale określenia typu nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą, nie przedłużyli okresu związania ofertą i tym podobne. Ustawodawca użył natomiast wyraźnego określenia *nie zgodzili się* odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 Pzp.”.

Przywołane we wskazanym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko Sądu Okręgowego w Rzeszowie zostało także powołane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2012 r. sygn. KIO 459/12, wydanym w związku z odwołaniem wykonawcy, którego oferty zamawiający nie ocenił ze względu na upływ terminu związania ofertą. Jak zauważył skład orzekający: „Należy również wskazać, iż brak możliwości poddania złożonej w postępowaniu oferty ocenie, w oparciu o kryteria oceny oferty, może nastąpić jedynie wskutek odrzucenia takiej oferty. Zarówno w przypadku bezpośredniego odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1-8 oraz art. 90 ust. 3, jak również w przypadku uznania ją za odrzuconą na mocy art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie dochodzi do oceny takiej oferty w oparciu o kryteria oceny ofert. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nie zna innych mechanizmów eliminacji takiej oferty z postępowania. Ustawa Pzp nie zawiera instytucji umożliwiających "pominięcie" oferty nie podlegającej odrzuceniu. Eliminacja oferty

z postępowania ze względu na jej jakąkolwiek wadę winna nastąpić przez jej odrzucenie w oparciu o normy prawne wyrażone w przepisach ustawy Pzp. Wszakże ustawodawca nawet z wykluczeniem wykonawcy z postępowania wiąże domniemanie, że ofertę taką uznaje się za odrzuconą. (...) Odnosząc się do powyższego Izba widzi konieczność obszernego przytoczenia fragmentu uzasadnienia wspomnianego wyżej postanowienia Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10), w którym zostało wskazane, że: „Przechodząc więc do dalszych zarzutów skargi zamawiającego, w szczególności interpretacji art. 24 ustęp 2 pkt 2 Pzp, to Sąd Okręgowy również podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dokonanej przez nią interpretacji tejże normy prawnej. Stosownie do treści art. 24 ustęp 2 punkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy (...) nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. (...) Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym nie tylko wprost nie wykluczył Odwołującego, jak również nie odrzucił złożonej przez niego oferty ale, w ocenie Izby, nie miał podstaw prawnych do dokonania takich czynności. W tym zakresie Izba w całości podzieliła argumentację Sądu Okręgowego w Rzeszowie obszernie zacytowaną w poprzedzającym akapicie.”.

Również w wyroku z dnia 2 sierpnia 2010 r., sygn. KIO 1469/10 Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła: „Zdaniem Izby zwrot *"nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą"* wyraźnie wskazuje, że przed wykluczeniem z postępowania w pierwszej kolejności Zamawiający musi wystąpić do wykonawców o jego przedłużenie. Dopiero brak zgody wykonawcy bądź nieprzedłużenie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie Zamawiającego powoduje, że istnieją przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Izba przypomina, że przesłanek wykluczenia z postępowania nie można interpretować rozszerzająco, ponieważ w swych skutkach prowadzą do wyeliminowania wykonawców z postępowania i uniemożliwiają im uzyskania zamówienia.” Podobnie orzekła Izba w uchwale z dnia 2 listopada 2012 r., sygn. KIO/KD 85/12.

Analogicznie Izba orzekła w wyrokach: z dnia 2 kwietnia 2013 roku, sygn. akt KIO 655/13, z dnia 17 kwietnia 2013 roku, sygn. akt KIO 719/13 oraz z dnia 21 maja 2013 roku, sygn. akt KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2012 r., sygn. KIO 459/12: „Izba nie podzieliła podniesionego w toku rozprawy przez Przystępującego argumentu, że z treści art. 85 ust. 2 ustawy Pzp należy wyprowadzić wniosek, że za skuteczne przedłużenie terminu związania ofertą należy uznać jego dokonanie przed upływem tego terminu. Przystępujący wskazał ponadto, że oferta dla której upłynął termin związania przestaje istnieć, zaś wznowienie tego terminu po jego upływie należałoby uznać za złożenie nowej oferty. Przeciwno takiemu stanowisku przemawia szereg ważkich argumentów. Po pierwsze pojęcie związania ofertą jest kwestią woli a nie faktów. Kwestia,

czy wykonawca wyrażą wolę zawarcia umowy po upływie okresu związania ofertą, stanowi jego wyłączną domenę związaną z zasadą swobody umów. Jak każde oświadczenie woli wymaga ono jedynie uzewnętrznienia. Biorąc pod uwagę cel i znaczenie pojęcia związania ofertą moment jego uzewnętrznienia, w odniesieniu do możliwości zawarcia z wykonawcą ważnej umowy, należy oceniać w sposób elastyczny. Powyższe stanowisko zostało zaprezentowane w przywołanej w toku rozprawy przez Odwołującego uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2011 r. o sygn. akt KIO/KD 44/11, której zasadnicze tezy w tym zakresie Izba, w niniejszym składzie, w całości podziela. W powyższej uchwale zostało bowiem wskazane, że: *"Wyrażany jest pogląd, iż upływ terminu związania ofertą bez jego 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, że po upływie terminu związania ofertą, oferta nadal pozostaje ofertą a to nie uprawnia zamawiającego do automatycznego nierozpatrywania takiej oferty i uważa, że 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 zatem żaden przepis prawa nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest, nie ma podstaw, aby nie dokonywać oceny tej oferty. W związku z powyższym Zamawiający, na którym ciąży obowiązek wybrania oferty najkorzystniejszej wg kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu, powinien zwrócić się do wykonawcy niezwiązanego ofertą z pytaniem, czy ten jest gotowy mimo braku związania ofertą, zawrzeć umowę na warunkach wskazanych w tej ofercie. Gotowość wyrażona przez wykonawcę obliguje Zamawiającego do zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę".* Przy przyjęciu zasady elastycznego podejścia do momentu zmaterializowania się w toku postępowania konieczności wyrażenia woli zawarcia umowy, przez czynność przedłużenia okresu związania ofertą, Izba widzi konieczność indywidualnego podejścia do tego zagadnienia. Dynamika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może wszakże prowadzić do zmiany sytuacji poszczególnych wykonawców. Tym samym wykonawca, który nie widział szansy uzyskania zamówienia może na skutek działań innych uczestników postępowania taką szansę uzyskać. Powyższa okoliczność została zasygnalizowana w dalszej części uzasadnienia uchwały Krajowej Izby Odwoławczej podjętej w sprawie o sygn. akt KIO/KD 44/11, gdzie zostało wskazane, że: *"Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że istotne dla dalszego udziału w postępowaniu danego wykonawcy czynności, takie jak oświadczenie o związaniu ofertą oraz terminie tego*

związania, jak również zadbanie o zabezpieczenie oferty wadium przez okres trwania postępowania są, co do zasady, czynnościami podlegającymi dyspozycji wykonawcy, bowiem to on ma interes w wyrażaniu i podtrzymywaniu woli zawarcia umowy z zamawiającym, przy czym intencja ta może ulec zmianie wraz z upływem czasu, co pozostaje tylko w gestii zainteresowanego wykonawcy". Jak wskazano w powyższej uchwale oraz jak wskazał Odwołujący w treści odwołania, który to pogląd w ocenie Izby należy w całości podzielić, w obecnym stanie prawnym brak jest przepisu, który nakazywałby zawarcie umowy przed upływem terminu związania ofertą. Zatem wyrażenie przez wykonawcę woli w przedmiocie związania ofertą po upływie okresu związania nie stoi na przeszkodzie do zawarcia umowy i tym samym nie uprawnia do uznania, że oferta przestała istnieć. Powyższe nie uprawnia również Zamawiającego do pominięcia takiego oświadczenia w toku trwającego nadal postępowania. Ponadto ustawodawca możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania i tym samym uznania złożonej przez takiego wykonawcę oferty za odrzuconą wiąże jedynie z brakiem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą - a więc wiąże jedynie z negatywnym oświadczeniem w tym zakresie. Powyższe wynika jednoznacznie z przywołanego wyżej postanowienia Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10). W takim bowiem wypadku wykonawca oświadcza *pro futuro*, iż nie posiada woli zawarcia z zamawiającym umowy - a więc nie czuje się ofertą związany. Złożenie przez wykonawcę, na którymkolwiek etapie postępowania, oświadczenia akceptującego (nie zaś negatywnego) powoduje, iż istnieje możliwość zawarcia umowy, gdyż istnieje w tym zakresie po jego stronie wola jej podpisania oraz wykonania."

Powyższe stanowisko potwierdza również postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 roku, sygn. akt SK 22/08, który na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, z 2000 r. Nr 48, poz. 552 i Nr 53, poz. 638, z 2001 r. Nr 98, poz. 1070, z 2005 r. Nr 169, poz. 1417 oraz z 2009 r. Nr 56, poz. 459) postanowił umorzyć postępowanie ze względu na utratę mocy obowiązującej przez art. 94 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a i b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, ze zm.) oraz stwierdził zbędność orzekania w stosunku do art. 181 ust. 1 tej ustawy, wyrażając jednocześnie stanowisko, iż „*W aktualnie obowiązującym stanie prawnym dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, (...).*”

Biorąc powyższe pod uwagę, mając na względzie przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, uznając, iż naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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:** .....

.....