

**WYROK**  
**z dnia 30 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Dawid Wypych**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 listopada 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2015 r. przez wykonawcę: **Elektro-Cal Sp. z o.o., Zajączkowo 28A, 83 - 111 Miłobądz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wejherowski Zarząd Nieruchomości Komunalnych, ul Jana III Sobieskiego 251, 84 - 200 Wejherowo,**

przy udziale wykonawcy: **SOLTAR s.c. K. i P. B., ul. Geodetów 8, 84 - 200 Wejherowo** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**
  - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
  - b) unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Elektro-Cal Sp. z o.o.,**
  - c) powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty Elektro-Cal Sp. z o.o.**
  
- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Wejherowski Zarząd Nieruchomości Komunalnych, ul Jana III Sobieskiego 251, 84 - 200 Wejherowo, i:**
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:**

**Elektro-Cal Sp. z o.o., Zajązkowo 28A, 83 - 111 Miłobądz** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **13 750 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) od zamawiającego: **Wejherowski Zarząd Nieruchomości Komunalnych, ul. Jana III Sobieskiego 251, 84 - 200 Wejherowo** na rzecz wykonawcy: **Elektro-Cal Sp. z o.o., Zajązkowo 28A, 83 - 111 Miłobądz**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

Zamawiający: Wejherowski Zarząd Nieruchomości Komunalnych w Wejherowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie zmiany systemu ogrzewania w 14 budynkach mieszkalnych będących własnością Gminy Miasta Wejherowa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1 pod poz.: 251692-2015 w dniu 25 września 2015 r.

W dniu 13 listopada 2015 r. Zamawiający przesłał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Soltar s.c. K. i P. B. oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Elektro-Cal Sp. z o.o. z siedzibą w Zajązdkowie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, z tego powodu, że wykonawca „nie przedłużył terminu związania ofertą i nie wniósł nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą”.

Wykonawca Elektro-Cal Sp. z o.o., wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 7 ust. 3, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 2, poprzez wykluczenie Odwołującego pomimo, że nie wystąpiły przesłanki wskazane w tym przepisie;
- 4) art. 24 ust. 4, poprzez wadliwe uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą.

Odwołujący wyjaśnił, że w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ I w konsekwencji powinno mu zostać udzielone przedmiotowe zamówienie. Oferta Elektro-Cal Sp. z o.o. zawiera najniższą cenę. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 13 listopada 2015 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty; unieważnienia decyzji o wykluczeniu z postępowania Elektro-Cal Sp. z o.o. i odrzuceniu jego oferty oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający niesłusznie wykluczył Odwołującego, uznając, że wystąpiła przesłanka, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, podczas gdy Zamawiający nigdy nie występował o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Czynności Odwołującego podejmowane w postępowaniu ewidentnie wskazywały na jego wolę uzyskania niniejszego zamówienia. Odwołujący udzielał wyczerpujących odpowiedzi na wezwania Zamawiającego oraz przedkładał wymagane dokumenty, aby wykazać, że jego oferta spełnia wszystkie wymagania SIWZ. W związku z powyższym, informacja o wykluczeniu z powołaniem się na art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp jest dla niego szczególnie dotkliwa.

Zamawiający z niezrozumiałych względów nie skierował wniosku do Odwoływającego o przedłużenie terminu związania ofertą. Ponadto, po złożeniu przez Odwoływającego wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp (05.11.2015 r.) miał on aż pięć dni na podjęcie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, tak aby zmieścić się w 30 dniowym terminie związania ofertą (termin związania ofertą upływał w dniu 10.11.2015 r.). Jednakże decyzja co do wyniku postępowania została podjęta dopiero 12.11.2015 r.

Zdaniem Odwoływającego, wykluczenie go z postępowania nie powinno mieć miejsca z uwagi na brak ustawowej przesłanki. W związku z tym, że Zamawiający nie zwrócił się do Odwoływającego w sprawie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, Odwoływający nie dostał nawet szansy wyrażenia stosownej odmowy bądź zgody.

Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 13.11.2015 r. wskazał, że Elektro-Cal Sp. z o.o. „nie przedłużył terminu związania ofertą i nie wniósł nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą”, co potwierdza, że Zamawiający mylnie przyjął, iż wykluczeniem z postępowania skutkuje sam fakt nieprzedłużenia terminu związania ofertą i nie wniesienie nowego wadium, podczas, gdy art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp dotyczy sytuacji, w której wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, a także gdy nie wniósł wadium na przedłużony okres. Odwoływający przywołał stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, potwierdzające, że art. 24 ust. 2 ustawy Pzp nie stanowi podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie przedłużył samodzielnie terminu związania oferta, nie będąc do tego wezwany przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwoływającego, na powinność Zamawiającego w zakresie wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą wskazuje również stanowisko Sądu Okręgowego w Rzeszowie, wyrażone w wyroku z dnia 16 lutego 2011 r. wydanym w sprawie VI Ga 192/2010. Odwoływający wskazał także na wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt IX Ga 392/13 oraz na wyrok o sygn. akt XIII Ga 924/14, w którym Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził, że wykładnia językowa art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp prowadzi do wniosku, że wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się on na przedłużenie okresu związania ofertą, co należałoby rozumieć w ten sposób, że zastosowanie tego przepisu, w tym zakresie, możliwie 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; na przedłużenie okresu związania ofertą, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody (nie zgodził się). Odwoływający przywołał także orzeczenia KIO, w tym o sygn. akt KIO 1410/14, KIO 1469/10, KIO 2019/13. Niezależnie od powyższego Odwoływający zauważył, iż nawet wobec upływu terminu związania ofertą, Zamawiający nie ma przeszkód do dokonania oceny oferty złożonej Odwoływającego, a tym samym jej ewentualnego wyboru jako najkorzystniejszej, gdyż żaden przepis ustawy Pzp nie daje podstaw do twierdzenia, że nie jest możliwe

rozpatrywanie, ocena i wybór oferty, w tym podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku, gdy upłyne termin związania ofertą. Po upływie terminu związania, oferta nadal pozostaje ofertą. Ustawa Pzp nie zawiera regulacji umożliwiających pominięcie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Z tego powodu upływ terminu związania nie uprawnia zamawiającego do automatycznego nierozpatrywania takiej oferty. W takim przypadku brak związania ofertą oznacza tylko brak obowiązku zrealizowania treści oferty po stronie wykonawcy, ale nie oznacza braku prawa tego wykonawcy do zrealizowania oferty. Skoro zatem żaden przepis ustawy Pzp nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który nie jest już związany swoją ofertą, to nie ma podstaw, aby nie dokonywać oceny takiej oferty (tak Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 17.01.2013 r., sygn. akt: IX Ga 392/13). Tym bardziej, nie ma również przeszkód do zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą, co potwierdził Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu postanowienia z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08, które zachowuje swoją aktualność na gruncie obecnego stanu prawnego.

Wykonawca SOLTAR s.c. K. i P. B. z siedzibą w Wejherowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu wskazał, że termin związania ofertą, zgodnie z SIWZ wynosił 30 dni i upłynął w dniu 10 listopada 2015 r. Przystępujący złożył samodzielnie w dniu 9 listopada 2015 r. oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, gdyż Zamawiający nie wystąpił do wykonawców, zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp, z wnioskiem o przedłużenie tego terminu. W ten sposób Przystępujący sam zadbał o swój dalszy udział w postępowaniu. Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą i ważności wadium, wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, której ważność upłynęła w dniu 11 listopada 2015 r. W ocenie Przystępującego, Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp, gdyż nierównym traktowaniem wykonawców byłoby przyjęcie oferty wykonawcy, który nie dopilnował swojego dalszego udziału w postępowaniu i przez swoje nieprofesjonalne zachowanie spowodował zamknięcie sobie drogi do uzyskania zamówienia.

Pismem z dnia 24 listopada 2015 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wyjaśnił, że w toku badania i oceny ofert kilkakrotnie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów złożonych przez ww. wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający przeoczył mijający w tym czasie termin, o którym mowa w art. 85 ust. 3 Pzp, przekazania wniosku o przedłużenie terminu związania ofertą do wykonawców. O przeoczeniu Zamawiający zorientował się w dniu 9 listopada 2015 r., kiedy to wykonawca Soltar s.c. samodzielnie przedłużył termin związania ofertą i przedłużył okres ważności wniesionego wadium. Odwołujący nie złożył takiego oświadczenia i nie wniósł

wadium na przedłużony okres (wraz z ofertą Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej ważnej do dnia 11 listopada 2015 r.). Zamawiający wskazał, że pierwotnie komisja przetargowa uznała, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Jednak w dniu 12 listopada 2015 r. stwierdził, że w związku z brakiem zgody na przedłużenie związania ofertą oraz brakiem przedłużenia okresu ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą przez Odwołującego, Zamawiający był zobowiązany wykluczyć Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zamawiający powołał się na orzeczenia KIO (sygn. akt KIO 217/15, KIO 1815/11, KIO 109/13) i podniósł, że po upływie terminu związania ofertą nie może dokonać wyboru oferty lub zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślił, że przedłużenie ważności wadium lub wniesienie nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą leży zawsze w gestii wykonawcy. Wskazał na orzeczenia KIO (sygn. akt KIO/UZP 2204/10, KIO 1370/13), które potwierdzają, że wykonawca, który chce być nadal uczestnikiem postępowania musi złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Podkreślił, że przepisy prawa cywilnego wymagają od wykonawcy, jako przedsiębiorcy, należytej staranności w prowadzeniu działalności gospodarczej.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący spełnia przesłanki, wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp, wymagane do wniesienia odwołania. Ponadto, odwołanie zostało wniesione, zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 3 Pzp, wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, biorąc pod uwagę, że wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę niższą niż określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca SOLTAR s.c. K. i P. B. przystąpił do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i ust. 3 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Okoliczności, wskazywane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie w zakresie zaistnienia podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp) nie były przedmiotem rozpoznania, gdyż nie zostały wskazane w decyzji

Zamawiającego z dnia 13 listopada 2015 r., zaskarżonej we wniesionym odwołaniu.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 12 października 2015 r. W tym terminie wpłynęły trzy oferty. Zamawiający określił w pkt XIII SIWZ termin związania ofertą na 30 dni. Termin ten upłynął w dniu 10 listopada 2015 r. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 70 tys. zł (pkt XII.1 SIWZ). W toku prowadzonego postępowania Zamawiający nie wzywał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą i do jednoczesnego przedłużenia ważności wniesionego wadium.

Odwołujący wniósł wraz z ofertą wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, której termin ważności upływał w dniu 11 listopada 2015 r. W okresie od dnia 13 października 2015 r. do dnia 5 listopada 2015 r. Zamawiający, wykonując czynności badania ofert, trzykrotnie wzywał Odwołującego do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia.

Decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i uznaniu tej oferty za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 Pzp Zamawiający podjął w dniu 13 listopada 2015 r.

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje.

Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania jest zasadny, gdyż w okolicznościach niniejszej sprawy nie wystąpiły przesłanki wskazane w tym przepisie. W konsekwencji, Zamawiający naruszył także przepis art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. W doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest jednolity pogląd, że katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, wskazanych w tym przepisie jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco, ponieważ skutkiem tej czynności jest wyeliminowanie wykonawcy z postępowania i uniemożliwienie mu uzyskanie zamówienia.

Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, „Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania zawarte są w przepisie art. 24 ustawy Pzp”: „(...) art. 24 ust. 2 ustawy Pzp nie stanowi podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie przedłużył samodzielnie terminu związania ofertą, nie będąc do tego wezwanym przez Zamawiającego. Wykładnia przywołanego wyżej przepisu prowadzi do wniosku, że Zamawiający może wykluczyć z postępowania na tej podstawie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co oznacza, że zamawiający musi

wykazać, że występował do wykonawcy o przedłużenie tego terminu. Dopiero brak zgody wykonawcy bądź nieprzedłużenie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie Zamawiającego powoduje, że istnieją przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Z powyższego wynika, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić wyłącznie po uprzednim wezwaniu go przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Odmienna, rozszerzająca interpretacja przesłanek wykluczenia z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp prowadziłaby do wniosków niezgodnych z literalnym brzmieniem powyższego przepisu, a także umożliwiałaby omijanie przepisów ustawy i prowadziła do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Taka koncepcja prowadziłaby również do akceptowania negatywnej z punktu widzenia zasad postępowania praktyki przerzucania na wykonawców obowiązków związanych z prowadzeniem postępowania publicznego. Należy w tym kontekście wskazać na przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z którego treści wynika, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania, który odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne jego przeprowadzenie". Powyższe stanowisko zostało wielokrotnie potwierdzone w orzecznictwie sądów okręgowych (tak wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. sygn. akt VI Ga 192/2010, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt XIII Ga 924/14).

W przedmiotowym postępowaniu bezsporny jest fakt, że Zamawiający w toku prowadzonego postępowania nie występował do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, w oparciu o przepis art. 85 ust. 2 Pzp, co stanowi przesłankę wymaganą do podjęcia czynności wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Brak skierowania przez Zamawiającego do wykonawców wniosku o przedłużenie terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu uniemożliwił zatem Zamawiającemu wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W ocenie Izby, czynności podejmowane przez Odwołującego w postępowaniu, w tym terminowe uzupełnianie i wyjaśnianie dokumentów na wezwania Zamawiającego oraz fakt wniesienia odwołania wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, wskazują niewątpliwie na wolę wykonawcy co do uzyskania niniejszego zamówienia.

Podkreślić przy tym należy fakt, co wynika z wyjaśnień Zamawiającego, że żadne obiektywne okoliczności nie uniemożliwiły Zamawiającemu wystąpienia do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium, stosownie do uprawnienia wynikającego z art. 85 ust. 2 Pzp. Nie wystąpiły też żadne okoliczności, które uniemożliwiały Zamawiającemu podjęcie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w okresie związania ofertą. Zamawiający nie dochował w tym zakresie należytej staranności, jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odpowiedzialny za profesjonalne i zgodne z przepisami ustawy Pzp



prorowadzenie postępowania, w szczególności w zakresie zabezpieczenia własnych interesów co do osiągnięcia celu postępowania, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej. Po złożeniu przez Odwołującego wyjaśnień w terminie do 5 listopada 2015 r. Zamawiający miał pięć dni na podjęcie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, tak aby zmieścić się w 30-to dniowym terminie związania ofertą (termin związania ofertą upływał w dniu 10 listopada 2015 r.). Zamawiający potwierdził fakt, że Przystępujący w dniu 9 listopada 2015 r. złożył samodzielnie oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz przedłużył wadium, co uświadomiło Zamawiającemu, iż upłynął termin, o którym mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, na wystąpienie do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą. Pomimo to, dysponując nadal czasem na podjęcie decyzji o wyniku postępowania z zachowaniem terminu związania ofertą, Zamawiający podjął ww. czynność dopiero w dniu 13 listopada 2015 r., tj. po upływie ww. terminu oraz po upływie terminu ważności wadium wniesionego przez Odwołującego.

Podkreślić należy, że Zamawiający odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne prowadzenie postępowania przetargowego. Przedłużenie terminu związania ofertą leży w interesie zamawiającego, gdyż dzięki temu ma on pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu. (patrz: wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. sygn. akt VI Ga 192/2010, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt XIII Ga 924/14).

Z literalnego brzmienia art 85 ust 2 Pzp wynika, że wystąpienie do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. Jednakże, nie budzi wątpliwości, w ocenie Izby, fakt, że jeśli upływ terminu związania ofertą następuje w toku postępowania, które nie zostało przez zamawiającego w tym terminie rozstrzygnięte, to na zamawiającym spoczywa obowiązek zwrócenia się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą, gdyż gwarantuje to zamawiającemu wyegzekwowanie od wykonawców obowiązku zawarcia umowy, w przypadku oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Przyjąć należy, że błąd popełniony w tym zakresie przez Zamawiającego nie może pociągać za sobą negatywnych skutków dla wykonawców, w szczególności w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ponadto, to na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, bezstronność i obiektywizm. Niezrozumiała w tym postępowaniu bezczynność Zamawiającego nie może skutkować przerzuceniem na wykonawcę obowiązku podjęcia działań w celu przedłużenia terminu związania ofertą w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu.

Zamawiający błędnie przyjął, iż wykluczeniem z postępowania skutkuje sam fakt nieprzedłużenia terminu związania ofertą i nie wniesienie nowego wadium, podczas, gdy

przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp dotyczy sytuacji, w której wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, a także gdy nie wniósł wadium na przedłużony okres. W niniejszym stanie faktycznym nie można mówić o braku zgody Odwołującego na przedłużenie terminu związania ofertą, która mogłaby skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, gdyż Zamawiający nie wystąpił z takim wnioskiem do wykonawców, a tym samym nie pytał wykonawców o taką zgodę. Brak oświadczenia wykonawcy nie może być interpretowany jako brak zgody, gdyż jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z 29 kwietnia 2008 r., sygn. akt III CZP 6/08 „Ten kto milczy nie składa oświadczenia woli”.

W konsekwencji należy stwierdzić, że sam fakt upływu terminu związania ofertą nie stanowił podstawy do wykluczenia z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, bowiem nie stanowił przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy (tak Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt IX Ga 392/13). Żaden z obowiązujących przepisów ustawy Pzp nie daje podstaw do twierdzenia, że nie jest możliwe rozpatrywanie, ocena i wybór oferty, w tym podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku, gdy upływie termin związania ofertą. Po upływie terminu związania, oferta nadal pozostaje ofertą. Ustawa Pzp nie zawiera również regulacji umożliwiających pominięcie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Brak związania ofertą oznacza jedynie brak obowiązku zrealizowania treści oferty po stronie wykonawcy, ale nie niweczy prawa wykonawcy do zrealizowania oferty. Nie ma również przeszkód do zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą, co potwierdził Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu postanowienia z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08, które zachowuje swoją aktualność na gruncie obecnego stanu prawnego (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r. sygn. akt XXIII Ga 924/14, postanowienie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. VI Ga 192/10).

Biorąc pod uwagę powyższe należało stwierdzić, że niezgodna z przepisami ustawy Pzp, czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania została podjęta bez podstawy prawnej, co skutkowało naruszeniem art. 7 ust. 1, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 oraz ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....