



Warszawa, dnia 04 grudnia 2013 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Jacek Sadowy

Dzk-22699/13

UZP/DP/026/1539/13/IK

KW- 11165/13

Do Sądu Okręgowego w Lublinie
ul. Krakowskie Przedmieście 43, 20-601 Lublin
za pośrednictwem:
Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Skarżący:

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Strona przeciwna skargi:

Zamawialacy:

[REDACTED]
[REDACTED]

reprezentowany przez:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Odwolujący:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Przystępujący do postępowania odwoławczego
po stronie Zamawiającego:

[REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE]

reprezentowany przez:

[REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE]

Sygn. akt: KIO 2537/13

SKARGA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 listopada 2013 r.
(sygn. akt: KIO 2537/13)

Na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” – oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp wnoszę skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 listopada 2013 r. wydanego w sprawie oznaczonej sygnaturą akt: KIO 2537/13.

Wskazany wyżej wyrok zaskarżam w całości.

Krajowej Izbie Odwoławczej zarzucam naruszenie przepisów prawa materialnego oraz naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy tj.:

1. art. 85 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że obowiązek przedłużenia terminu związania ofertą w sytuacji braku wezwania do dokonania tej czynności przez zamawiającego obciąża wyłącznie wykonawcę, podczas, gdy z wykładni systemowej i celowościowej powyższych przepisów wynika, że zamawiający jako podmiot odpowiedzialny za profesjonalne przeprowadzenie postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zobowiązany jest wezwać wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą;

2. art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że nieprzedłużenie terminu związania ofertą w sytuacji braku wezwania do takiego przedłużenia ze strony zamawiającego, jest tożsame w skutkach z brakiem wyrażenia przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego i stanowi przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, podczas, gdy wniosek taki, nie wynika z powyższego przepisu jest sprzeczny z jego wykładnią literalną i celowościową;
3. art. 94 ust. 1 *a contrario* ustawy Pzp poprzez uznanie, że nie jest możliwy wybór najkorzystniejszej oferty po upływie terminu związania ofertą, podczas gdy możliwość taka istnieje,
4. art. 91 ust. 1 w związku z art. 92 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Zamawiający prawidłowo nie dokonał wyboru oferty Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas, gdy z uwagi na fakt, iż brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to złożona przez niego oferta winna podlegać ocenie i badaniu w przedmiotowym postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty, na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp wnoszę o: zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania wniesionego przez [REDACTED]

[REDACTED] nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej
- powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty wykonawcy [REDACTED]

Ponadto wnoszę o:

- 1) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp i jednocześnie nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 2537/13 oraz w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie - na okoliczność ich treści, a także na okoliczności stanu faktycznego, podniesione w treści uzasadnienia niniejszej skargi.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

Zamawiający - [REDAKTOWANE] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługę prowadzenia kontroli dokumentów przewozu i dokumentów poświadczających uprawnienia do ulgowych albo bezpłatnych przejazdów w pojazdach komunikacji miejskiej realizujących przewozy zlecane przez ZTM w Lublinie”.

Odwołujący - [REDAKTOWANE] złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp wskazując, że termin związania ofertą upłynął i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe czynności Zamawiającego zaskarżone zostały przez Odwołującego.

Skarżonym wyrokiem, wydanym w dniu 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2537/13 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie. W uzasadnieniu wyroku wskazano, że z literalnego brzmienia przepisu art. 85 ust.2 ustawy Pzp wynika, że zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą. Wykonawca może samodzielnie dokonać czynności, złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, bez obowiązku oczekiwania na stosowne wezwanie ze strony zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający z uprawnienia tego nie skorzystał, pozostawiając w tym zakresie swobodę po stronie wykonawców. W ocenie Izby Odwołujący jako profesjonalista winien dochować należytej staranności i zadbać o to, aby jego oferta wiązała w określonym czasie, by ewentualnie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba uznała, że skoro Odwołujący samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą o określony czas, to Zamawiający nie miał innej możliwości, jak tylko wykluczyć Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi o obowiązku wykluczenia 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 ustawy Pzp albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. W ocenie Izby sytuację braku samodzielnego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą należy utożsamić z sytuacją braku wyrażenia zgody przez wykonawcę na przedłużenie terminu związania ofertą. Obydwie sytuacje prowadzą bowiem do ostatecznego efektu, jakim jest brak związania ofertą. Brak związania ofertą uniemożliwia zamawiającemu dokonanie jej oceny, a tym samym dokonanie jej ewentualnego wyboru jako najkorzystniejszej.

Z zaskarżonym wyrokiem i przedstawioną w jego uzasadnieniu argumentacją nie sposób się zgodzić.

III. Uzasadnienie zarzutów skargi

Uzasadniając podniesione przeciwko skarżonemu wyrokowi zarzuty należy wskazać na następującą argumentację:

1.

Podzielić należy stanowisko Izby, że z przepisu art. 85 ust.2 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą oraz że wykonawca może samodzielnie dokonać tej czynności, nie czekając na wezwanie zamawiającego. Nie sposób jednak zgodzić się z twierdzeniem Izby, że w sytuacji, w której zamawiający nie wzywa do przedłużenia terminu związania ofertą, to wykonawca ma obowiązek samodzielnego jej przedłużenia, co jest wyrazem dochowania przez niego należytej staranności. Pogląd taki nie wynika z żadnego z obowiązujących przepisów ustawy Pzp, a w szczególności z przywołanego przez Izbę przepisu art. 85 ust.1 ustawy Pzp. Ustawa Pzp w części dotyczącej upływu terminu związania ofertą, a także zabezpieczenia oferty wadium wskazuje na inicjatywę wykonawcy w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą, jednak nie przerzuca nie niego obowiązku w tym zakresie. Nie można bowiem pominąć uprawnień zamawiającego, o którym mowa w art. 85 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zakresie sygnalizowania wykonawcom upływu terminu związania ofertą oraz ważności wadium i wzywania ich co złożenia odpowiednich oświadczeń i czynności w tym zakresie.

Przyjęcie kwestionowanego przez Skarżącego poglądu Izby prowadziłoby 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.

W tej sytuacji uznać należy, że w celu zapewnienia możliwości realizacji celu postępowania o zamówienie publiczne, zamawiający powinien wezwać wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Warto w tym miejscu przywołać stanowisko Sądu Okręgowego w Rzeszowie, wyrażone w wyroku z dnia 16 lutego 2011 r. wydanym w sprawie sygn. akt VI Ga 192/10, w którym wskazano, że zamawiający odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne przeprowadzenie postępowania przetargowego. Przedłużenie terminu związania ofertą leży w interesie zamawiającego, to on bowiem dzięki temu ma pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu.(...) Albo zamawiający z możliwości przewidzianej treścią art. 85 ust.2 skorzysta chcąc zapewnić sobie pewność co do aktualności treści oferty i w przypadku braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą otworzy sobie możliwość wykluczenia oferenta- na zasadzie art. 24 ustęp 2 pkt 2, albo też zaniedbując upływ przedmiotowego terminu pozbawi się możliwości jego wykluczenia,

a tym samym uznania oferty takiego wykonawcy za odrzuconą. Art. 24 Pzp stanowi bowiem katalog zamknięty, a ze względu na charakter zawartego w nim uregulowania wykluczonym jest jakakolwiek rozszerzająca jego interpretacja”.

Zamawiający realizując cel, jakim jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego winien kierować się dążeniem do wyboru oferty zawierającej jak najniższą cenę, w tym podejmując działania zapobiegające upływowi terminu ważności wadium wykonawcy, którego oferta była najkorzystniejsza i utrzymania ważności tej oferty w postępowaniu.

2.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do argumentacji Izby, że od wykonawcy jako podmiotu profesjonalnego należy żądać dochowania należytej staranności rozumianej jako samodzielne przedłużenie terminu związania ofertą wskazać należy, że zamawiający również jest podmiotem profesjonalnym i z tego powodu także obowiązany jest do dokonywania czynności w postępowaniu z należyta starannością. W tym kontekście wskazać należy, że niezwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą w świetle jego ustawowego obowiązku rzetelnego i profesjonalnego przeprowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego stanowi naruszenie powyższego obowiązku. Należy podkreślić, że to zamawiający decyduje o dacie wyboru oferty, stąd posiada możliwość kontrolowania, czy termin z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp upłynie przed czy po terminie wyboru oferty. Przedłużenie leży w interesie Zamawiającego, który dzięki temu ma pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu.

3.

Nie można podzielić poglądu Izby, wyrażonego w skarżonym wyroku, że nieprzedłużenie terminu związania ofertą przez wykonawcę, w sytuacji, gdy nie był do tego wzywany przez zamawiającego stanowi podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Nie można zaakceptować stanowiska Izby, że sytuację braku samodzielnego (przez wykonawcę) przedłużenia terminu związania ofertą należy utożsamiać z sytuacją braku wyrażenia zgody (przez wykonawcę) na przedłużenie terminu związania ofertą, bowiem obie sytuacje prowadzą do ostatecznego efektu, jakim jest brak związania ofertą. Powyższy pogląd nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach ustawy Pzp.

Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania zawarte są w przepisie art. 24 ustawy Pzp. W doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że katalog przesłanek wskazanych w tym przepisie jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco, ponieważ skutkiem takiej czynności jest wyeliminowanie wykonawcy z postępowania i uniemożliwienie mu uzyskanie zamówienia. Przywołany przez Izbę przepis 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 ww. podstawie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co oznacza, że zamawiający musi wykazać, że występował do wykonawców 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 prowadziłaby do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wskazać w tym miejscu należy, że gdyby wolą ustawodawcy było wykluczenie wykonawcy z postępowania na skutek braku jego oświadczenia w tym zakresie, to niewątpliwie określone zostałyby to w przepisie.

Pogląd Skarżącego odnośnie interpretacji przepisu art. 24 ust. 2 ustawy Pzp znajduje oparcie orzecznictwie sądów powszechnych, przykładowo można w tym miejscu wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt VI Ga 192/10., w którym Sąd wskazał, co następuje: *„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. Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost, iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody, nie zgodził się, na przedłużenie okresu związania ofertą. Za powyższym przemawia również dokonana przez Sąd Okręgowy wykładnia systemowa, to jest odczytanie treści art. 24 ustęp 2 pkt 2 Pzp w świetle powoływanego zresztą przez skarżącego art. 85 ustęp 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 przedłuży 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 ustęp 2 Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o „wyrażenie zgody”, to wówczas w art. 24 ustęp 2 pkt 2 nie zastosowałby z pewnością odnośnika do wyrażenia zgody, a to 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 natomiast użył wyraźnego określenia „nie zgodzili się” odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ustęp 2 Pzp.

Interpretacja ta pozostaje również odzwierciedleniem dokonania analizy niniejszego w świetle wykładni celowościowej. Jak bowiem już wskazano na wstępie, 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 upływie przed czy po terminie wyboru oferty. Ograniczenie, iż Zamawiający może zwrócić się tylko raz o przedłużenie terminu związania ofertą ma na celu właśnie mobilizację Zamawiającego do sprawnego i racjonalnego prowadzenia postępowania przetargowego i nie narażania wykonawcy na zbyt długi termin związania ofertą. Należy wskazać, iż przedłużenie tego terminu leży w interesie Zamawiającego. To on bowiem dzięki temu ma pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu. Czas ten jednak, jeżeli chodzi o inicjatywę Zamawiającego jest ograniczony przez ustawodawcę, co zważywszy na zmieniające się warunki rynkowe znajduje swoje praktyczne podstawy. Termin trzydniowy przed upływem terminu związania ofertą jest to termin zastrzeżony przede wszystkim na rzecz wykonawcy, aby miał możliwość podjęcia decyzji w tym przedmiocie nie będąc stawianym w sytuacji konieczności zbyt rychłego podjęcia decyzji. Albo Zamawiający z możliwości przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 skorzysta chcąc zapewnić sobie pewność co do aktualności treści oferty i w przypadku braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą otworzy sobie możliwość wykluczenia oferenta – na zasadzie art. 24 ustęp 2 pkt 2, albo też zaniedbując upływ przedmiotowego terminu pozbawi się możliwości jego wykluczenia, a tym samym uznania oferty takiego wykonawcy za odrzuconą. Art. 24 Pzp stanowi bowiem katalog zamknięty, a ze względu na charakter zawartego w nim uregulowania wykluczonym jest jakakolwiek rozszerzająca jego interpretację”. Sąd Okręgowy wskazał ponadto, że „tylko więc, jeżeli chodzi o przyczyny, których dotyczy art. 24 Pzp, to tylko w przypadku spełnienia przesłanek przewidzianych właśnie w art. 24 Pzp możliwym jest odrzucenie oferty. Konkretnie rzecz biorąc, w przypadku upływu okresu związania ofertą możliwe jest odrzucenie tej oferty tylko w przypadku, kiedy zostaną spełnione przesłanki z art. 24 ustęp 2 punkt 2, a więc w przypadku braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, a więc – jak wskazano powyżej w

„wywodzie prawnym – po uprzednim wezwaniu. W braku wezwania, pomimo upływie tego terminu, brak jest podstaw dla odrzucenia oferty”.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego niniejszej sprawy wskazać należy, że w niniejszym przypadku nie zachodziła przesłanka wykluczenia wykonawcy, wynikająca z przepisu art. 24 ust.2 ustawy Pzp. Wykonawca nie odmówił przedłużenia terminu związania ofertą, a Zamawiający do Odwołującego z takim wnioskiem nie wystąpił. W tym przypadku nie sposób mówić o braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, skoro Odwołujący o zgodę taka nie był przez Zamawiającego pytany.

Odnosnie powyższego wskazać należy, że istnieje szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, w której akceptowany jest pogląd Skarżącego w tym zakresie. Przykładowo można wskazać na następujące wyroki: z dnia 2 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1469/10, z dnia 4 września 2013 r. sygn. akt KIO 2019/13, z dnia 5 lutego 2013 r. KIO 124/13, z dnia 2 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 655/13 oraz z dnia 17 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 719/13.

4.

Nie można zaakceptować również tego poglądu Izby, że brak związania ofertą uniemożliwia zamawiającemu dokonanie jej oceny, a tym samym ewentualnego wyboru jako najkorzystniejszej. Uzasadniając powyższe wskazać należy, że 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 terminu związania ofertą. Po upływie terminu związania, oferta nadal pozostaje ofertą. Ustawa Pzp nie zawiera również 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, alby nie dokonywać oceny takiej oferty. W takiej sytuacji Zamawiający, na którym ciąży obowiązek wybrania oferty najkorzystniejszej według kryteriów określonych w SIWZ, powinien wystąpić do takiego wykonawcy z zapytaniem, czy jest gotowy mimo braku związania ofertą zawrzeć umowę na warunkach wskazanych w ofercie. Gotowość wyrażona przez wykonawcę obliguje zamawiającego do zawarcia umowy, jeśli oferta ta jest najkorzystniejsza.

Należy podkreślić, że upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużania na dalszy czas trwania postępowania nie skutkuje dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym utrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę udziału w

postępowaniu poprzez składanie środków odwoławczych w postępowaniu celem zwalczania czynności eliminujących go z udziału w postępowaniu.

Zwrócić również należy uwagę na fakt, że Odwołujący co prawda samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą, jednak jego zachowanie w toku postępowania prowadzi do wniosku, że czuł się tą ofertą związany. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż oferta Odwołującego pomimo upływu terminu związania ofertą w dacie wyboru oferty i wykluczenia Odwołującego była zabezpieczona wadium, co stanowiło zabezpieczenie zawarcia umowy przez wykonawcę.

Wskazać w tym miejscu należy, że pogląd Skarżącego odnośnie możliwości wyboru oferty po upływie terminu związania ofertą prezentowany był przez Krajową Izbę Odwoławczą. W skarżonym wyroku Izba odrzuciła taką możliwość, podczas gdy w innych orzeczeniach KIO zajęła stanowisko zbliżone z prezentowanym w niniejszej skardze, dopuszczając możliwość wyboru oferty po upływie terminu związania. Przywołać w tym miejscu należy następujące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej:

- a) wyrok z dnia 19 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1281/09 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „przepis art. 94 ust.1 ustawy Pzp nie wymaga, by zawarcie umowy nastąpiło w terminie związania ofertą. Tym samym możliwy jest wybór jako najkorzystniejszej oferty, dla której upłynął termin związania, a w konsekwencji zachowując określone w powołanym przepisie minimalne terminy liczone od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego”.
- b) Uchwała z dnia 24 maja 2011 r. sygn. akt KIO/KD 44/11 w którym wskazano, że żaden przepis prawa nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który nie jest już związany swoją ofertą z powodu upływu terminu związania, zatem nie ma żadnych podstaw, aby nie dokonywać oceny tej oferty. W związku z powyższym zamawiający, na którym ciąży obowiązek wybrania oferty najkorzystniejszej wg kryteriów określonych w SIWZ i ogłoszeniu, powinien zwrócić się do wykonawcy niezwiązanego ofertą z zapytaniem, czy jest gotowy mimo 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.
- c) Wyrok z dnia 02 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 655/13 w którym wskazano, że „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 również, że upływ terminu związania ofertą, rodzi ten skutek, że wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy na warunkach podanych w ofercie, a jedynie jest do tego uprawniony. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje bowiem utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ograniczenie związania ofertą terminem określonym w myśl art. 85 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych służy ochronie interesów wykonawcy i ma na celu zapewnienie mu możliwości uchylenia się od podpisania umowy w sytuacji, gdy na skutek upływu czasu może on już nie być zainteresowany podpisaniem umowy na warunkach zaproponowanych w ofercie. A zatem, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jest na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczalne".

Wskazać należy, że skoro z przepisu art. 94 ust.1 *a contrario* wynika możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, co po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r. wydane w sprawie oznaczonej sygnaturą akt SK 22/08 jest niekwestionowane, to analogicznie z tego przepisu wywodzić należy możliwość wyboru oferty po upływie terminu związania tą ofertą.

5.

Niezależnie od przedstawionej powyżej argumentacji wskazać należy, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc wydatkowanie pieniędzy publicznych w sposób racjonalny i celowy, przejawiające się w uzyskaniu za jak najniższą cenę ekwiwalentu w postaci towaru lub usługi (tak: Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 16.02.2011 r. sygn. akt VI Ga 192/10).

Również w powyższym kontekście wskazać należy, że skoro celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty, to w świetle przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą w sytuacji, w której upływ terminu związania ofertą nastąpi w toku prowadzonej przez zamawiającego procedury, a postępowanie nie zostało przez zamawiającego w tym terminie rozstrzygnięte.

Wskazać w tym miejscu należy, że niewystąpienie przez Zamawiającego do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą skutkowało wyborem oferty o ok. 1 371 400 zł droższej od oferty wykonawcy wykluczonego.

7.

Zwrócić należy także uwagę na fakt, że przepisy ustawy Pzp służą wdrożeniu dyrektyw unijnych mających służyć zwiększeniu efektywności w zamówieniach publicznych, a także zapewnieniu konkurencyjnego i otwartego ubiegania się o zamówienia publiczne. Za sprzeczne z zapisami Dyrektywy Klasycznej tj. Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty, dostawy i usługi, uznać należy pozbawianie wykonawców prawa do ubiegania się o zamówienie publiczne tylko z tego powodu, że w następstwie zaniechania Zamawiającego i Wykonawcy upłynął termin związania wykonawcy ofertą.

III. Uzasadnienie formalne skargi

Zgodnie z przepisem art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (art. 198a ust. 1 ustawy Pzp) może wnieść także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes Urzędu”). Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi podstawę prawną legitymacji procesowej Prezesa Urzędu do występowania w niniejszej sprawie w charakterze skarżącego. Jednocześnie zgodnie z art. 154 pkt 6 i 13 ustawy Pzp Prezes Urzędu – jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp) – zapewnia funkcjonowanie systemu środków ochrony prawnej, a także dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż ustawa Pzp wyposażyła Prezesa Urzędu w szczególne kompetencje w zakresie weryfikacji zgodności z prawem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie realizują się uprawnienia władcze Prezesa Urzędu jako organu administracji publicznej czuwającego nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Tym samym Prezes Urzędu na skutek wniesienia skargi uzyskuje status strony postępowania sądowego, ale na wzór statusu prokuratora. Z powyższych względów do udziału Prezesa Urzędu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. Tym samym Prezes Urzędu wnosząc skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest związany z żadną ze stron sporu. Prezes Urzędu może składać

oszacowania i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż Prezes Urzędu wnosząc skargę nie działa w interesie żadnej ze stron sporu (zamawiającego, odwołującego czy uczestnika postępowania), ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.

Wniesienie skargi w niniejszej sprawie wynika z konieczności wyeliminowania z obrotu prawnego orzeczenia Izby, które w ocenie Skarżącego nie odpowiada obowiązującym przepisom ustawy Pzp. Rozszerzająca interpretacja przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania dokonana w skarżonym wyroku nie powinna się ostać, ponieważ pociąga ona za sobą niebezpieczny skutek w postaci wykluczania wykonawców w sytuacjach innych, niż skodyfikowane w ustawie Pzp, co godzi w system zamówień publicznych i cele postępowania o udzielenie zamówienia.

IV.

Prezes Urzędu jako centralny organ administracji publicznej jest zwolniony na podstawie art. 94 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594, z późn. zm.) z obowiązku uiszczania opłat.

V.

Stosownie do przepisu art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Po myśli natomiast art. 106 k.p.c. udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Tym samym wniesienie skargi w niniejszej sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów postępowania sądowego od Prezesa Urzędu na rzecz przeciwników skargi.

V.

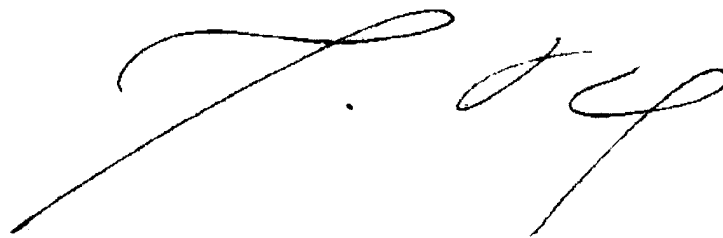
Prezes Urzędu wnosząc skargę w niniejszej sprawie korzysta ze szczególnej kompetencji wynikającej z przepisów prawa. W tym zakresie Prezes Urzędu nie działa ani na rzecz, ani w interesie żadnego z uczestników postępowania. Prezes Urzędu działa bowiem w ramach przysługujących mu kompetencji ustawowych. Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu uzasadnia stanowisko, iż w sprawie wszczętej na skutek skargi Prezesa Urzędu wniesionej na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp zachodzi szczególny przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c., uzasadniający nieobciążanie strony przegranej kosztami sądowymi w postępowaniu skargowym.

VII.

Właściwość miejscowa tutejszego Sądu wynika z art. 198b ust. 1 ustawy Pzp.

VIII.

Jednocześnie skarżący wyjaśnia, iż stosownie do postanowienia art. 198b ust. 2 ustawy Pzp odpisy niniejszej skargi zostały przesłane przeciwnikom skargi oraz ich pełnomocnikom.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes. The signature is positioned in the center-right of the page.

Załączniki:

- potwierdzenia przesłania odpisów skargi
- akt powołania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych