

Sygn. akt XXIII Ga 924/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 lipca 2014 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Jolanta Stępień - Kordiał
Sędziowie:	SO Andrzej Sobieszczański (spr.) SO Bolesław Wadowski
Protokolant:	Protokolant sądowy Adrian Barczyk

po rozpoznaniu w dniu 16 lipca 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (...)z siedzibą w S.

z udziałem (...) spółki akcyjnej w W.

(...) spółki akcyjnej w K.

oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 25 marca 2014 r., sygn. akt KIO (...)

I. oddala skargę;

II. zasądza solidarnie od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. i (...)z siedzibą w S. na rzecz (...) spółki akcyjnej w W. kwotę 1200 zł (tysiąc dwieście złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt XXIII Ga 924/14

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 25 marca 2014 r. (sygnatura akt KIO (...)) po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) Sp. z o.o. w W. oraz (...) w S. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego (...) S.A. w W. przy udziale wykonawcy (...) S.A. w K. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oddaliła odwołanie (pkt 1) oraz obciążyła kosztami postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) Sp. z o.o. w W. oraz (...) w S. (pkt 2).

Powyższe rozstrzygnięcie było wynikiem następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych Krajowej Izby Odwoławczej.

(...) S.A. w W. prowadził na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych (zwanej dalej p.z.p.) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem było zaprojektowanie i wykonanie urządzeń srk i telekomunikacji kolejowej dla linii kolejowej nr (...) w ramach projektu nr (...) „Projekt poprawy dostępu kolejowego do (...) (most + dwutorowa linia kolejowa)”.

Zamawiający otworzył przetarg w dniu 8 kwietnia 2013 r., termin związania został wskazany na 90 dni i upływał 6 lipca 2013 r. Pismem z dnia 2 lipca 2013 r. zamawiający stosownie do art. 85 ust. 2 p.z.p. wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni. (...) pismem datowanym na 5 lipca 2013 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Oświadczenie to wpłynęło do zamawiającego 8 lipca 2013 r. Pismem z 4 września 2013 r. (...) oświadczyły, że przedłużają termin związania ofertą o 30 dni tj. do 7 października 2013 r. (...) wniosły również wadium na przedłużony okres związania ofertą w postaci aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej Nr (...) z 3 września 2013 r., przedłużającego okres obowiązywania gwarancji do 7 października 2013 r.

W dniu 11 września 2013 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę odwołującego i wykluczył (...) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. powołując się na fakt, że zgoda wykonawcy na przedłużenie terminu związania oferta wpłynęła po upływie terminu związania ofertą. (...) nie wniósł odwołania wobec czynności wykluczenia go z postępowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania. Dnia 3 października 2013 r. Zamawiający przekazał Prezesowi UZP dokumentację postępowania. Zamawiający otrzymał informację o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń 11 grudnia 2013 r. Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. – Prezes UZP uznał, że przedłużenie terminu związania ofertą może być domniemane z przedłużenia ważności wadium, a czynność wykluczenia nastąpiła wobec wykonawcy, który był związany swoją ofertą. Prezes Urzędu zalecił ponowny wybór oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów z uwzględnieniem oferty złożonej przez (...).

(...) S.A. wniósł zastrzeżenia od wyników kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą. W uchwale z 3 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO/KU (...)) KIO wyraziła pogląd, że wadium jest instytucją prawną odrębną od oferty, wyłącznie wniesienie wadium nie stanowi oświadczenia o chęci przedłużenia okresu związania ofertą, jednak (...) S.A. w K. nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p., gdyż w dacie dokonania czynności wykluczenia zamawiający wiedział, że wykonawca wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i w dalszym toku postępowania traktował (...) jak wykonawcę związanego ofertą. Izba uznała, że wykluczenie (...) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. wyłącznie z powodu wpłynięcia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą dwa dni po upływie tego terminu za rozszerzającą wykładnię powołanego przepisu oraz wyraz nieuzasadnionego rygoryzmu i formalizmu zamawiającego.

W dniu 16 grudnia 2013 r. zamawiający otrzymał pismo (...), z tego samego dnia, w którym przystępujący zwrócił się do zamawiającego z pytaniem, jakie działania zamierza podjąć w związku z wynikami kontroli. Oświadczył również, że podtrzymuje swoją ofertę złożoną w postępowaniu. W odpowiedzi zamawiający pismem z 19 grudnia 2013 r. zapytał (...), czy oświadczenie z 16 grudnia 2013 r. powinno być traktowane jako przedłużenie terminu związania ofertą, a jeśli tak, prosił o wskazanie liczby dni lub okresu przedłużenia terminu związania ofertą. W odpowiedzi z 19 grudnia 2013 r., która wpłynęła do zamawiającego 20 grudnia 2013 r., (...) oświadczył, że przedłuża termin związania ofertą do 31 stycznia 2014 r.

W ostateczności, w ramach procedury przetargowej, zgodnie z zaleceniami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę wybrał ofertę złożoną przez (...) S.A. w K..

W dniu 10 marca 2014 r. wykonawcy uczestniczący w postępowaniu przetargowym wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) Sp. z o.o. w W. oraz (...) w S. wnieśli odwołanie na rozstrzygnięcie zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia

(...) z postępowania, odrzucenia ofert (...) oraz o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie. W uzasadnieniu odwołujący wywodził doniosłość prawną terminu związania ofertą na gruncie kodeksu cywilnego oraz ustawy. Odwołujący uzasadniał, że doszło do trzykrotnego przerwania dla (...) związania ofertą oraz że w związku z powyższym (...) powinien zostać wykluczony z postępowania przetargowego zgodnie z procedurą przetargową ustaloną na mocy prawa zamówień publicznych oraz stosowanych odpowiednio przepisów kodeksu cywilnego.

(...) przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. KIO ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów KIO stwierdziła, że nie doszło do naruszenia ciągłości związania (...) ofertą w okresie od 6-8 lipca 2013 r., a tym samym nie został naruszony art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. Przedstawiając to twierdzenie KIO oparła się na uprzednim rozstrzygnięciu wyżej wspomnianej uchwały KIO z 3 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO/KU (...)) wydanej w postępowaniu wпадkowym w stosunku do omawianego postępowania przetargowego. Zdaniem KIO „Jeśli kontrola uprzednia dotyczy tego samego postępowania o udzielenie zamówienia, tej samej kwestii prawnej oraz praw tych samych podmiotów, to jej wyniki tworzą stan zbliżony do res iudicata”.

Zgodnie z powyższym KIO rozstrzygnęła, że związanie (...) ofertą zostało przedłużone najpierw do 5 września, następnie w związku z oświadczeniem (...) z 4 września o kolejne 30 dni, aż do 7 października 2013 r. W wyniku przeprowadzenia kontroli uprzedniej przez Prezesa UZP nastąpiło zawieszenie postępowania przetargowego z mocy prawa od 3 października do 11 grudnia 2013 r. na mocy art. 170 ust. 4 p.z.p. Po zakończeniu kontroli termin związania ofertą wznowił swój bieg 12 grudnia 2013 r. (27 dzień terminu związania ofertą). Przedłużony okres związania ofertą upływał 17 grudnia 2014 r. KIO uznała więc, że w związku z pismem wniesionym przez (...) 16 grudnia 2013 r. nie nastąpiło przerwanie związania ofertą tego podmiotu w omawianym postępowaniu przetargowym. Termin związania ofertą dla (...) został przesunięty do dnia 31 stycznia 2014 r.

KIO uznała, że (...) w spornym okresie były nieprzerwanie związane swoją ofertą. KIO nie znalazła podstaw, aby uznać za zasadne zarzuty naruszenia powołanych w odwołaniu przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. ani art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. KIO dokonała również szczegółowej analizy korelacji przepisów prawa zamówień publicznych oraz przepisów kodeksu cywilnego dotyczących postępowania ofertowego oraz oświadczeń woli, jak również przepisów dotyczących liczenia terminów. Również na gruncie tych rozważań KIO nie doszła do przekonania, że zostały naruszone przepisy ani prawa zamówień publicznych, ani też stosowane odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego.

Skargę od powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli zamawiający (...) Sp. z o.o. w W. oraz (...) w S. zaskarżając go w całości.

Na podstawie art. 368 § 1 k.p.c. wyrokowi temu skarżący zarzucili:

1. nierozpoznanie istoty sprawy, tj. niedokonanie rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu wniesionym przez Skarżącego dotyczących przerwy w związaniu ofertą wykonawcy (...) S.A. z siedzibą w K. w okresie od 6 do 8 lipca 2013 r. i błędne przyjęcie, że zachodzi przesłanka uniemożliwiająca orzekanie przez Izbę w odniesieniu do tego stanu faktycznego i prawnego z uwagi na powstanie „stanu zbliżonego do res iudicata” w związku z przeprowadzoną kontrolą uprzednią postępowania przetargowego, konsekwencją czego było naruszenie następujących przepisów:

i. art. 192 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych (p.z.p.) w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. poprzez oddalenie odwołania w sytuacji zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy (...) z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i wykonanie urządzeń srk i telekomunikacji kolejowej dla linii kolejowej nr (...) w ramach projektu Nr (...) „Projekt poprawy dostępu kolejowego do (...) (most + dwutorowa linia

kolejowa)” (dalej zwanego „postępowanie”), pomimo iż wykonawca ten w okresie związania ofertą nie zgodził się na przedłużenie tego okresu;

ii. art. 192 ust. 2 ustawy p.z.p. w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy p.z.p. w zw. z art. 61 par. 1 k.c. oraz w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. – poprzez oddalenie odwołania mimo uznania przez Zamawiającego, że wykonawca (...) składając w dniu 8 lipca 2013 r. oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą z dniem 5 lipca 2013 r., gdy tymczasem przedłużenie związania ofertą dokonane zostało przez wykonawcę (...) dopiero w dniu 8 lipca 2013 r. tj. z chwilą dojścia złożonego przez niego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, jako oświadczenia woli składanego drugiej stronie, do Zamawiającego w taki sposób, iż mógł się on zapoznać z jej treścią, a zatem dwa dni po upływie terminu związania ofertą, przy czym ww. zarzut był podniesiony w odwołaniu skarżącego;

(...). art. 192 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy p.z.p. – poprzez oddalenie odwołania pomimo przejęcia przez Zamawiającego, że złożenie przez wykonawcę oświadczenia woli w przedmiocie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą skutkuje przedłużeniem terminu związania ofertą nawet w sytuacji, gdy takie oświadczenie woli składane jest już po upływie okresu związania ofertą, gdy tymczasem sytuacji takiej nie sposób kwalifikować, jako przedłużenia, lecz co najwyżej jako próbę przywrócenia terminu do przedłużenia, czego przepis art. 85 ust. 2 p.z.p. nie dopuszcza, przy czym ww. zarzut był podniesiony w odwołaniu Skarżącego;

iv. art. 192 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 66 § 1 i k.c. oraz w zw. z art. 14 k.c. – poprzez oddalenie odwołania w sytuacji zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy (...), pomimo, iż oferta ta wobec braku elementu konstrukcyjnego w postaci związania oferenta jej treścią nie może być uznana za ofertę w rozumieniu przepisów ustawy prawo zamówień publicznych oraz przepisów kodeksu cywilnego, a zatem jest niezgodna z ustawą, przy czym ww. zarzut był podniesiony w odwołaniu Skarżącego;

v. art. 192 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 91 ust.1 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. – poprzez oddalenie odwołania pomimo dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty wykonawcy (...) po upływie terminu związania jej treścią w sytuacji, gdy inni wykonawcy, w szczególności Skarżący, swoją ofertą byli jeszcze związani, co narusza zasadę równego traktowania oraz uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym ww. zarzut był podniesiony w odwołaniu Skarżącego;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

i. art. 167 ust. 4 p.z.p. poprzez błędną wykładnię i uznanie, iż pogląd prawny wyrażony w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie wyrażenia opinii o zasadności zastrzeżeń do wyniku kontroli postępowania jest wiążący dla Izby przy rozpoznawaniu odwołania od czynności wykonanej zgodnie z zaleceniem pokontrolnym, podczas gdy taka uchwała jest wiążąca wyłącznie dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i to wyłącznie w zakresie jej sentencji, nie zaś poglądów prawnych wyrażonych w uzasadnieniu, przy czym ww. naruszenie doprowadziło w konsekwencji do naruszenia przepisów wskazanych w pkt 1 ppkt i-v powyżej;

ii. art. 85 ust. 2 p.z.p. poprzez błędną wykładnię i uznanie, że oświadczenie o podtrzymaniu oferty nie wskazujące nowego terminu związania ofertą stanowi przedłużenie tego terminu, podczas gdy takie przedłużenie wymaga oznaczenia nowego terminu związania ofertą (terminu ad quem), tj. wskazania konkretnego przyszłego zdarzenia pewnego, do którego przedłużany stan związania miałby trwać;

(...). art. 65 k.c. w zw. z art. 115 k.c. oraz w zw. z art. 14 p.z.p. – poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że wykonawca (...) w oświadczeniu złożonym Zamawiającemu w dniu 4 września 2013 r. przedłużył termin składania ofert wskazując jednocześnie dwa terminy tego przedłużenia, tj. 30 i 31 dni, co w świetle okoliczności złożenia tego oświadczenia należało tłumaczyć, jako wolę przedłużenia terminu związania ofertą o 31 dni, podczas treść tego oświadczenia jednoznacznie wskazywała na wolę przedłużenia terminu o 30 dni i brak było w niej jakiegokolwiek sprzeczności co do ww. terminu, a nie zachodziły żadne okoliczności przemawiające za tłumaczeniem oświadczenia wbrew jego treści;

iv. art. 85 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 111 § 1 k.c. w zw. z art. 14 k.c. – poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że dzień 17 grudnia 2013 r. był 31 dniem okresu związania ofertą przedłużonego przez (...) oświadczeniem z dnia 5 września 2013 r., podczas gdy ww. dzień 17 grudnia ten był w istocie 32 w kolejności dniem przedłużonego terminu związania ofertą;

v. art. 66 § 2 k.c. w zw. z art. 14 k.c. poprzez niezastosowanie i przyjęcie, że oferta złożona przez wykonawcę (...), a „podtrzymana” oświadczeniem z dnia 16 grudnia 2013 r. wiązała tego wykonawcę do dnia 20 grudnia 2013 r. pomimo, iż nie została przez Zamawiającego przyjęta niezwłocznie lub w czasie, w którym (...) mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź bez nieuzasadnionego opóźnienia;

3. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj.:

i. art. 189 ust. 2 pkt 5 p.z.p. poprzez jego zastosowanie na zasadzie „analogii legis” i uznanie, że odwołanie wnoszone wobec czynności wykonanej zgodnie z wynikiem kontroli postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz uchwałą Izby sygn. Akt KIO/KU (...) o zasadności zastrzeżeń do wyniku kontroli nie podlega rozpoznaniu z uwagi na powstanie „stanu zbliżonego do res iudicata”, podczas gdy ww. przepis wyłącza możliwość rozpoznania jedynie takiego odwołania, które wniesione jest wobec czynności wykonanej zgodnie z wyrokiem Izby, nie zaś z wynikiem kontroli uprzedniej lub uchwałą Izby o zasadności zastrzeżeń do takiego wyniku, zaś uchwałą KIO/KU (...) Izby dokonania jakiegokolwiek czynności Zamawiającemu nie nakazywała, przy czym ww. naruszenie doprowadziło w konsekwencji do naruszenia przepisów określonych w pkt 1 ppkt i - v powyżej;

ii. art. 191 ust. 2 p.z.p. oraz art. 191 ust. 4 p.z.p. – poprzez niedokonanie w toku postępowania odwoławczego samodzielnych ustaleń faktycznych i ich prawnej oceny oraz rozpoznanie odwołania wyłącznie w oparciu o ustalenia i ocenę przyjęte w uzasadnieniu uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO/KU (...), co nie może być uznane za samodzielne rozpoznanie sprawy i wydanie wyroku przez skład orzekający w sprawie odwoławczej, przy czym ww. naruszenie doprowadziło w konsekwencji do naruszenia przepisów wskazanych w pkt 1 ppkt i-v powyżej;

(...). art. 190 ust. 7 p.z.p. – poprzez dokonanie błędnej oceny materiału dowodowego, tj. oświadczenia wykonawcy (...) złożonego Zamawiającemu w dniu 5 września 2013 r. z naruszeniem reguł interpretacyjnych, wynikających z art. 65 k.c. i błędne ustalenie, że wykonawca (...) przedłużył termin związania ofertą o 31 dni, podczas, gdy z treści tego oświadczenia jednoznacznie wynikała wola przedłużenia terminu związania ofertą o 30 dni;

4. naruszenie art. 1 ust. 1 oraz 2 ust. 1 lit. B Dyrektywy 89/665/EWG Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielenia zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane (D.U.U.E.L. 1989.395.33 z późn. zm.; dalej zwaną „Dyrektywą Odwoławczą”) – poprzez odmówienie Skarżącemu prawa do poddania decyzji Zamawiającego o wyborze ofert najkorzystniejszej merytorycznemu rozpoznaniu przez organ odwoławczy oraz odmówienie Skarżącemu możliwości doprowadzenia do uchylecia decyzji naruszającej prawo, przyczyn ww. naruszenia doprowadziło w konsekwencji do naruszenia przepisów wskazanych pkt. 1 ppkt i – v powyżej;

5. naruszenie art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – poprzez nierozpoznanie istoty odwołania Skarżącego i tym samym naruszenie jego prawa do sprawiedliwego i jawnego rozpoznania przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły organ odwoławczy, przy czym ww. naruszenie doprowadziło w konsekwencji do naruszenia przepisów wskazanych pkt. 1 ppkt i – v powyżej.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wnieśli o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w całości i uwzględnienie odwołania poprzez:

i. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

ii. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy (...) z postępowania;

(...). nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy (...);

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów procesu według norm prawem przepisanych, w tym:

i. kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego według spisu kosztów, który został przedstawiony na rozprawie przez pełnomocnika Skarżącego,

ii. kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

W odpowiedzi na skargę zamawiający (...) S.A. wniósł o oddalenie skargi (...) Sp. z o.o. w W. oraz (...) w S. oraz o zasądzenie od skarżącego na rzecz zamawiającego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Zamawiający przytoczył niesporne okoliczności pomiędzy stronami oraz odniósł się do zarzutów podniesionych przez skarżących.

W odpowiedzi na skargę wykonawca (...) S.A. w K. w odpowiedzi na skargę poparł w całości stanowisko (...) S.A. oraz wniósł o oddalenie skargi w całości.

Pismem z dnia 2 czerwca 2014 r., działając na podstawie art. 198b ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 60 § k.p.c., do postępowania po stronie zamawiającego przystąpił Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Przystępując do postępowania skargowego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o oddalenie skargi w całości. Uzasadniając swoje przystąpienie do postępowania Prezes Urzędu Zamówień Publicznych argumentował, że jego działania dążą do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach publicznych przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego. Prezes UZP podniósł, że w jego opinii wyrok KIO jest zgodny z obowiązującymi przepisami ustawy prawo zamówień publicznych oraz stosowanymi z mocy odesłania z art. 14 p.z.p. przepisami kodeksu cywilnego. Przystąpienie do postępowania zostało wywołane koniecznością przedstawienia stanowiska Prezesa UZP w przedmiocie problematyki zależności i bezpośredniego powiązania dwóch postępowań prowadzonych przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. postępowania w sprawie opinii wydawanej przez KIO na skutek wniesienia umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej przeprowadzonej przez Prezesa UZP (art. 167 p.z.p.) oraz postępowania w sprawie odwołania od czynności zamawiającego (art. 180 i nast. p.z.p.).

Na rozprawie w dniu 6 czerwca 2014 r. przeciwnik skargi złożył wniosek o odrzucenie skargi, ze względu na to, że zamawiający nie miał możliwości naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych z uwagi na uprzednie zalecenia wydane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, które to zalecenia były dla (...) S.A. wiążące. Przeciwnik skargi wskazał, że w takiej sytuacji skarżący nie może korzystać z możliwości ochrony prawnej w tej sprawie, gdyż zamawiający nie mógł naruszyć przepisów prawa.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

W istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, korzystnej dla niego, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny prawnej. Tego rodzaju polemika nosi cechy dowolności i nie może wywołać oczekiwanych przez skarżącego rezultatów. KIO w sposób staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie oraz w sposób wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie narusza granic oceny swobodnej, jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawiera błędów faktycznych lub logicznych. Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo ustaliła stan faktyczny sprawy, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne.

W pierwszej kolejności należało ustosunkować się do złożonego wniosku o odrzucenie skargi, opartego o art. 198e ust.1 p.z.p. i zawartą w tym przepisie przesłankę niedopuszczalności skargi, wywiedzioną przez (...) S.A. w W., z braku możliwości stosowania środków ochrony prawnej określonych w Dziale VI ustawy p.z.p. w przypadku zastosowania się przez zamawiającego do zaleceń pokontrolnych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wydanych na podstawie art. 171 ust.1 pkt 3 p.z.p. i potwierdzonych stosowną uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie Sądu Okręgowego, brak jest podstaw do odrzucenia skargi, albowiem przesłanka niedopuszczalności skargi skutkująca jej odrzuceniem winna być interpretowana zawężająco. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, rozważenia wymaga przepis art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c. (stosowany odpowiednio na podstawie art. 198a ust. 2 p.z.p.), zgodnie z którym Sąd odrzuci pozew jeżeli o to samo roszczenie pomiędzy tymi samymi stronami sprawa jest w toku albo została już prawomocnie osądzona.

W niniejszej sprawie postępowanie w ramach kontroli uprzedniej zakończonej uchwałą KIO z dnia 3 grudnia 2013 r. nie może być uznane za postępowanie, którego przedmiot jest tożsamy ze skargą będącą rozpoznawaną w niniejszej sprawie, albowiem zdaniem Sądu Okręgowego, nie zachodzi jednakowa podstawa faktyczna i prawna rozstrzygnięcia, a przede wszystkim wskazane postępowania nie toczyły się między tymi samymi stronami. W toku kontroli uprzedniej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego występował jedynie zamawiający.

Dodać należy, iż zdaniem Sądu Okręgowego, w obecnym stanie prawnym brak jest podstaw do przyjęcia, że opinia KIO, co do zastrzeżeń zamawiającego względem wyniku kontroli uprzedniej przeprowadzonej przez Prezesa UZP, wyrażona w formie uchwały, jest wiążąca dla składu orzekającego KIO rozpoznającego odwołanie.

Stosownie do treści art. 167 ust. 1 p.z.p. od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia zastrzeżeń do Prezesa UZP, który w przypadku ich nieuwzględnienia, na podstawie art. 167 ust. 2 p.z.p., przekazuje zastrzeżenia do KIO, która wyraża swoją opinię w formie uchwały (art. 167 ust. 3 p.z.p.). Przepisy ustawy p.z.p. nie przewidują środka odwoławczego od wydanej w tym trybie uchwały KIO, co wskazuje, że uchwała KIO jest ostateczna. Należy jednak zauważyć, iż art. 167 ust. 4 p.z.p. wskazuje wprost, że opinia KIO jest wiążąca dla Prezesa UZP, a z normy określonej w art. 171 ust. 2 i ust.5 p.z.p. wynika związanie zamawiającego zaleceniami, potwierdzonymi uchwałą KIO. Taki stan rzeczy prowadzi do wniosku, że aktualnie obowiązujące przepisy prawa nie dają podstaw do przyjęcia, iż w postępowaniu toczącym się na skutek odwołania zachodzi sytuacja związania składu orzekającego KIO rozstrzygającego odwołanie, uchwałą KIO wydaną w trybie art. 167 ust. 3 p.z.p. Zdaniem Sądu Okręgowego wola ustawodawcy, co do podmiotów związanych przedmiotową uchwałą została wyrażona bezpośrednio w przepisach ustawy p.z.p. i nie ma podstaw do przyjmowania związania taką uchwałą szerszego kręgu podmiotów niż wynikający z ww. przepisów. Zauważyć należy, iż art. 189 ust.2 pkt 5 p.z.p. stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W przepisie tym mowa jest o wyroku Izby a nie uchwale, zatem nie można przyjmować, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy KIO winna, na podstawie tego przepisu, odrzucić częściowo odwołanie, w zakresie czynności wykonanych zgodnie z wcześniejszą uchwałą.

Zdaniem Sądu Okręgowego, w takiej sytuacji, brak jest możliwości adekwatnego zastosowania art. 365 k.p.c. i art. 366 k.p.c., albowiem w postępowaniu w zakresie kontroli uprzedniej i postępowaniu odwoławczym nie zachodzi tożsamość stron postępowania.

W ocenie Sądu Okręgowego przesłanki odrzucenia skargi, które w sposób kategoryczny wpływają na ochronę prawną uczestników postępowania, winny być interpretowane zawężająco. Zdaniem Sądu Okręgowego by możliwym było odrzucenie skargi z tego względu, że zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonał zalecenia Prezesa UZP, wydane w toku kontroli uprzedniej, których zasadność została potwierdzona następnie uchwałą KIO w wyniku rozpoznania zastrzeżeń zamawiającego, konieczna jest interwencja ustawodawcy, która taką możliwość wyraźnie by wprowadziła.

Reasumując stwierdzić należy, że w obecnym stanie prawnym środki ochrony prawnej przewidziane w Dziale VI ustawy p.z.p. przysługują także w sytuacji, gdy zamawiający zastosował się do zaleceń Prezesa UZP skierowanych do zamawiającego na mocy art. 171 ust. 1 pkt 3 p.z.p., których prawidłowość została potwierdzona następnie opinią KIO wydaną na podstawie art. 167 ust. 3 w zw. z art. 171a p.z.p. W związku z tym, wniosek o odrzucenie skargi nie zasługiwał na uwzględnienie.

Przechodząc do meritum sprawy należy stwierdzić, iż podnoszony w skardze zarzut nierozpoznania istoty sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą i związane z nim zarzuty naruszenia prawa materialnego i procesowego, nie zasługują na uwzględnienie.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem skarżącego, iż KIO nie rozpoznała zarzutu dotyczącego przerwy w związaniu ofertą (...) S.A. w okresie od 6 do 8 lipca 2013 r., błędnie przyjmując, że w odniesieniu do tego zarzutu zachodzi przesłanka uniemożliwiająca orzekanie z uwagi na powstanie stanu zbliżonego do powagi rzeczy osądzonej, w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą uprzednią postępowania przetargowego i wydaniem przez KIO opinii w formie uchwały, co do zastrzeżeń zamawiającego względem wyniku kontroli.

W ocenie Sądu Okręgowego KIO rozpoznała zarzuty podnoszone w odwołaniu, prawidłowo ustaliła stan faktyczny i odniosła się do istoty sporu. Należy zauważyć, iż w uzasadnieniu wyroku KIO brak jest stwierdzenia, że pomijana jest ocena zarzutu lub pozostawiono zarzut bez rozpoznania z uwagi na ostateczne rozstrzygnięcie tej kwestii uchwałą KIO z dnia 3 grudnia 2013 r. W przedmiotowej sprawie skład orzekający KIO rozpoznając odwołanie, wziął pod uwagę treść opinii KIO wyrażonej w formie uchwały z dnia 3 grudnia 2013 r., względem zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej przeprowadzonej przez Prezesa UZP, co nie oznacza jednak, że skład orzekający KIO zaniechał dokonania własnej oceny faktycznej i prawnej okoliczności objętej wcześniejszą uchwałą. Wskazuje na to treść uzasadnienia wyroku KIO, w którym Izba stwierdziła, że „Pewność prawa wymaga, aby oceny prawne wyrażone w odniesieniu do danego stanu faktycznego nie były pomijane w toczonym później postępowaniu odwoławczym, skoro prowadzone jest ono przed Krajową Izbą Odwoławczą, której uchwała zakończyła postępowanie kontrolne.” Ponadto podsumowując swoje stanowisko Izba wyraźnie uznała, że (...) nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z powodu wpłynięcia do zamawiającego oświadczenia wykonawcy z 5 lipca 2013 r. o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą dopiero w dniu 8 lipca 2013 r. Skoro tak, to należy uznać, że oświadczenie z 5 lipca 2013 r. stanowiło skuteczne przedłużenie terminu związania ofertą przez (...) i w okresie od 6 do 8 lipca 2013 r. nie nastąpiła przerwa w związaniu tego wykonawcy złożoną ofertą”. W uzasadnieniu KIO wprost stwierdza, że (...) w spornym okresie był nieprzerwanie związany swoją ofertą i nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Oferta złożona przez (...) nie podlega odrzuceniu na podstawie 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.”

Powyższe bezsprzecznie wskazuje, że rozstrzygający odwołanie skład orzekający KIO, mając na uwadze pewność i poszanowanie prawa, wziął pod rozwagę wcześniejszą uchwałę KIO z dnia 3 grudnia 2013 r., przyjmując twierdzenia podniesione w uzasadnianiu uchwały za własne. W takim stanie rzeczy nieuprawnione są zarzuty skarżącego o zaniechaniu merytorycznego rozpoznania istoty sprawy przez KIO.

W ocenie Sądu Okręgowego w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie budzi wątpliwości, że Izba rozstrzygając odwołanie, dokonała własnej oceny zgłoszonych przez Skarżącego zarzutów biorąc jedynie pod uwagę treść uchwały KIO z dnia 3 grudnia 2013 r. sygn. akt: KIO/KU (...). Powyższe koreluje z nakazem wszechstronnego i wnikliwego rozpoznania sprawy odwoławczej.

Dodać jednak należy, że pewność i poszanowanie prawa wymaga, aby w postępowaniu toczącym się na skutek odwołania brane były pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne objęte uchwałą KIO wydaną w trybie art. 167 ust.3 p.z.p., co w przedmiotowej sprawie niewątpliwie miało miejsce.

W ocenie Sądu Okręgowego zarzuty skarżącego wskazujące na konieczność wykluczenia z postępowania wykonawcy (...) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy p.z.p. w związku z przerwami w związaniu ofertą również nie zasługiwały na uwzględnienie.

Kluczowym zagadnieniem w tym zakresie jest ustalenie czy w świetle obowiązujących przepisów dopuszczalny jest wybór oferty najkorzystniejszej po upływie terminu związania ofertą.

Należy zaznaczyć, iż obecnie nie budzi wątpliwości kwestia dopuszczalności zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą, albowiem zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, wyrażonym w postanowieniu z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08), upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednak, co do konieczności wyboru oferty w okresie związania ofertą – stanowiącej odrębną czynność od zawarcia umowy – w orzecznictwie sądów jak i Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane są skrajnie odmienne stanowiska.

Zdaniem Sądu Okręgowego, punktem wyjścia przy ocenie tego zagadnienia powinien być cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który sprowadza się do wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia z wybranym wykonawcą umowy. Istotna jest również swoista odrębność instytucji oferty w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych od oferty uregulowanej w przepisach kodeksu cywilnego.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy p.z.p., która stanowi *lex specialis* względem przepisów kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 14 p.z.p. przepisy kodeksu cywilnego stosuje się, jeżeli przepisy ustawy p.z.p. nie stanowią inaczej. Zaznaczyć jednak należy, iż specyfika i charakter uregulowań, co do składania ofert i zawarcia umowy w ustawie p.z.p. zakreśla wyraźne różnice względem ofert i zawarcia umowy w stosunkach cywilnoprawnych w reżimie kodeksu cywilnego.

Specyfika i znaczna autonomia przepisów prawa zamówień publicznych względem przepisów kodeksowych zdaje się być przez Skarżącego pomijana skoro, jako podstawę wniesienia skargi, wskazuje przepis art. 368 § 1 k.p.c., a nie art. 198a ust.1 p.z.p.

Przede wszystkim należy podnieść, że w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu.

Umowa o zamówienie publiczne musi być zawarta w formie pisemnej (art. 139 ust.2 p.z.p. i co do zasady na czas ograniczony terminem 4 lat (art. 142 ust.1 p.z.p.). Ograniczeniem swobody umów jest także zakaz dokonywania istotnych zmian umowy o zamówienie publiczne, jeżeli zamawiający nie przewidział takiej możliwości w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 144 ust.1 p.z.p.), podczas gdy w stosunkach cywilnoprawnych możliwość zamiany umowy jest uprawnieniem stron, może być realizowana w dowolnym czasie i tylko od woli stron zależy czy umowa stron zostanie zmieniona i w jakim zakresie.

Uprzywilejowana pozycja zamawiającego sprawia, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje równowaga stron postępowania. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów p.z.p., które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego, m.in. w świetle p.z.p. treść oferty złożonej przez wykonawcę musi być podporządkowana specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyznaczanych przez zamawiającego. To zamawiającemu przyznano prawo do decydowania o istotnych postanowieniach umowy, która zostanie zawarta w drodze przetargu publicznego, co czyni go niewątpliwie stroną silniejszą. Zauważyć należy, że przewaga zamawiającego, która wynika z jego działania w interesie publicznym powoduje, że charakter umowy o zamówienie publiczne może być przyrównywany do umów adhezyjnych.

Co do specyfiki ofert składanych w reżimie p.z.p. należy wskazać, iż zgodnie z treścią art. 82 ust.1 p.z.p. każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, a zamawiający obowiązany jest do zbadania i oceny oferty (art. 87 ust.1 p.z.p.). Dodatkowo terminy związania ofertą są wyraźnie określone w art. 85 p.z.p.

Zasadniczą jednak rozbieżnością w zakresie charakteru składanych ofert jest to, że oferta, o której mowa w art. 66 k.c., powoduje taki stan związania złożonym oświadczeniem, że samo przyjęcie oferty prowadzi do zawarcia umowy, natomiast w ofercie złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do zawarcia umowy nie wystarczy samo wybranie oferty, a konieczne jest dodatkowe oświadczenie woli w przedmiocie zawarcia umowy. Z uwagi na tak istotne różnice w zakresie doniosłości skutków przyjęcia oferty na gruncie przepisów kodeksu cywilnego (samoistne, automatyczne zawarcie umowy) i wyboru oferty najkorzystniejszej na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych (wstępny etap poprzedzający zawarcie umowy) nie można w prosty mechaniczny sposób przenosić rozwiązań prawa cywilnego na prawo zamówień publicznych w zakresie skutków i konsekwencji upływu terminu związania ofertą. Z uwagi na tak doniosłe skutki przyjęcia oferty z kodeksu cywilnego (automatyczne zawarcie umowy) upływ terminu związania ofertą powoduje automatyczny, bezpowrotny upadek oferty. Jej przyjęcie po upływie terminu związania nie rodzi skutku w postaci zawarcia umowy, może być jedynie rozważane jako nowa oferta zamawiającego. Skutek wyboru oferty w rozumieniu prawa zamówień publicznych nie jest tak doniosły, tj. nie powoduje automatycznego zawarcia umowy, brak jest zatem podstaw aby tak doniosły był również skutek upływu terminu związania ofertą polegający na automatycznym, bezpowrotnym jej upadku. Zaznaczyć przy tym należy, że w reżimie przepisów p.z.p. przyjęcie przez zamawiającego propozycji zawarcia umowy nie może być uznane, tak jak ma to miejsce w przypadku reżimu kodeksowego, jako nowa oferta, czy kontroferata, w sytuacji złożenia oświadczenia po upływie terminu związania, albowiem ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może złożyć jedynie wykonawca, a ponadto, jak już wskazano powyżej, może to uczynić tylko raz.

Wypada podkreślić, że zasadniczą funkcją związania ofertą na gruncie zamówień publicznych jest ochrona interesu zamawiającego, dzięki czemu ma on pewność, co do stabilności i stałości treści złożonej oferty mimo upływu czasu. Przedłużenie terminu związania ofertą leży więc przede wszystkim w interesie zamawiającego, aby sprawnie i profesjonalnie przeprowadzić postępowanie przetargowe. Z drugiej strony terminy związania ofertą wskazane w art. 85 p.z.p. mają na celu ochronę wykonawcy, zapewniając mu możliwość uchylenia się od zawarcia umowy w przypadku utraty zainteresowania zawarciem umowy.

Podnieść należy, iż uznanie, że w sytuacji upływu terminu związania ofertą zamawiający nie może już zawrzeć umowy z wykonawcą, który wyraża chęć podpisania umowy, stałoby w sprzeczności z funkcją, dla której zostały wprowadzone do p.z.p., przepisy dotyczące związania ofertą, albowiem zamiast realizować podstawowy cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który sprowadza się do wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy, w istocie uniemożliwiałyby to.

Reasumując tą część rozważań wskazać należy, że z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów p.z.p., należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy.

W ocenie Sądu Okręgowego brak jest również podstaw do przyjęcia, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zaszyły przesłanki wskazane w art. 89 ust.1 pkt 1 p.z.p. uzasadniające odrzucenie przez zamawiającego oferty w sytuacji jej niezgodności z ustawą.

Skarżący z treści przepisu art. 85 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni, wywodzi obowiązek wykonawcy złożenia oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą przed upływem okresu związania ofertą. W ocenie Sądu Okręgowego z takim stanowiskiem nie można się zgodzić, albowiem z treści przepisu wynika bezpośrednio, że ograniczenie „przed upływem terminu związania ofertą” odnosi się jedynie do zamawiającego, który może się zwrócić do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu, na co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą i może

uczynić to tylko raz. Ograniczenie to nie dotyczy wykonawców, którzy mogą takie oświadczenie składać wielokrotnie bez ograniczenia wpływającym terminem związania ofertą.

W ocenie Sądu Okręgowego, w realiach niniejszej sprawy nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy (...), na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p., który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również 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 przedmiotowej sprawie, nie budzi wątpliwości fakt, że wadium zabezpieczało ofertę. Okoliczność ta nie była także kwestionowana przez skarżącego.

Zdaniem Sądu Okręgowego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie można przyjąć, iż wykonawca (...) nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wykonawca (...) wielokrotnie składał oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i nawet w przypadku wystąpienia ewentualnych kilkudniowych przerw w związaniu ofertą nie można przyjąć, że wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. W takim stanie rzeczy nie można mówić o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji, czy równego traktowania wykonawców (art. 7 ust.1 p.z.p.). Zdaniem Sądu Okręgowego wola wykonawcy (...), co do przedłużenia okresu związania ofertą oraz chęci zawarcia umowy, nie budziła w realiach przedmiotowej sprawy żadnych wątpliwości. Kilkakrotne pisemne oświadczenia, powiązane z faktycznym zabezpieczeniem oferty wadium, jednoznacznie wskazują wolę wykonawcy zawarcia umowy i nie ma tu miejsca na interpretację tego stanu faktycznego w kierunku uznania braku wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą.

Dodatkowo należy zauważyć, że wykładnia językowa art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. prowadzi to 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, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody (nie zgodził się), na przedłużenie okresu związania ofertą.

W ocenie Sądu Okręgowego przedstawione powyżej okoliczności, a przede wszystkim niezaprzeczalna gotowość zawarcia umowy przez wykonawcę (...) sprawia, że w realiach przedmiotowej sprawy możliwy jest zarówno wybór jak i zawarcie umowy z tym wykonawcą, nawet w przypadku przyjęcia ewentualnych przerw w związaniu ofertą.

Dodać należy, iż wybór oferty wykonawcy, którego termin związania ofertą upłynął nie powoduje przedłużenia postępowania przetargowego, albowiem zgodnie z treścią art. 94 ust. 3 p.z.p., jeżeli wybrany wykonawca uchyła się od zawarcia umowy lub wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, to zamawiający może wybrać najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny.

W ocenie Sądu Okręgowego zarzuty skarżącego, co do naruszenia art. 45 Konstytucji oraz art. 1 i 2 Dyrektywy Rady Unii z dnia 21 grudnia 1989 r. nie zasługiwały na uwzględnienie. Prawo skarżącego do sprawiedliwego rozpoznania sprawy w postępowaniu odwoławczym nie zostało w żaden sposób naruszone. Fakt, iż wyrok wydany przez Izbę nie jest dla skarżącego satysfakcjonujący, nie może być utożsamiany z odmową prawa poddania decyzji zamawiającego do rozpoznania przez organ odwoławczy. Nadto, wskazać należy, iż wskazane przepisy Dyrektywy 89/665/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielenia zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, adresowane są do Państw Członkowskich, które zobowiązane są do zapewnienia, aby przepisy krajowe przewidywały stosowne procedury odwoławcze w sprawach z zakresu zamówień publicznych. Przepisy ustawy p.z.p. przyznają wykonawcy prawo odwołania od decyzji zamawiającego do niezależnego organu odwoławczego, jakim jest Krajowa Izba Odwoławcza, a następnie do Sądu i z tego prawa skarżący skorzystał. Nieuzasadnione są zatem zarzuty skarżącego

jakoby został tego prawa pozbawiony. Ponadto należy zauważyć, że przedmiotowa Dyrektywa została już skutecznie implementowana do prawa polskiego, więc powoływanie się na powyższe przepisy przez skarżącego nie jest zasadne.

Podobnie w odniesieniu do zarzutów dotyczących naruszenia art. 45 ust. 1 Konstytucji zaznaczyć należy, że odwołanie konsorcjum (...) zostało w całości rozpoznane co do istoty, jednakże w ocenie Izby nie potwierdziła się zasadność zawartych w nim zarzutów, w związku z czym odwołanie zostało oddalone. Nie ma racji zarzucając naruszenie prawa do sprawiedliwego i jawnego rozpoznania sprawy, subiektywne poczucie niesprawiedliwości nie daje podstaw do stwierdzenia naruszenia prawa przez Izbę. Rozprawa była jawna, a odwołujący miał możliwość szerokiego i nieskrępowanego prezentowania własnej argumentacji. Podobnie bezpodstawne są zarzuty naruszenia prawa do rozpoznania sprawy przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły organ odwoławczy.

Z przedstawionych względów, uznając podniesione w skardze zarzuty i argumenty za bezzasadne, Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 f ust.2 p.z.p. skargę oddalił.

Orzeczenie o kosztach postępowania ze skargi, stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika procesowego zamawiającego, uzasadnia treść art. 198f ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych. Ustalając wysokość należnych zamawiającemu kosztów zastępstwa procesowego Sąd Okręgowy oparł się na treści § 10 ust. 1 pkt.4 w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1349 z późn. zm.).