

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 1 kwietnia 2019 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z dnia 6 marca 2019 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Stowarzyszenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Rynek 5 (35-064 Rzeszów), działającego na podstawie art. 16 ust. 1 Pzp w imieniu i na rzecz: Gminy Boguchwała, Gminy Chmielnik, Gminy Czarna, Gminy Czudec, Gminy Głogów Małopolski, Gminy Krasne, Gminy Lubenia, Gminy Łańcut, Gminy Miasto Łańcut, Gminy Miasto Rzeszów, Gminy Świlcza, Gminy Trzebowisko, Gminy Tyczyn

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 27 lutego 2019 r. oznaczonej sygn. KU/205/18/DKZP, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych dla mieszkańców ROF w ramach projektu „Wsparcie rozwoju OZE na terenie ROF – projekt parasolowy”*.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Bartosz Stankiewicz
Członkowie:	Ewa Sikorska
	Robert Skrzyszewski

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego są częściowo zasadne.

UZASADNIENIE

Stowarzyszenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego z siedzibą w Rzeszowie, działające na podstawie art. 16 ust. 1 Pzp w imieniu i na rzecz: Gminy Boguchwała, Gminy Chmielnik, Gminy Czarna, Gminy Czudec, Gminy Głogów Małopolski, Gminy Krasne, Gminy Lubenia, Gminy Łańcut, Gminy Miasto Łańcut, Gminy Miasto Rzeszów, Gminy Świlcza, Gminy Trzebawisko, Gminy Tyczyn, zwane dalej: „zamawiającym”, przeprowadziło zamówienie w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych dla mieszkańców ROF w ramach projektu „Wsparcie rozwoju OZE na terenie ROF – projekt parasolowy”*.

I.

W wyniku przeprowadzonej kontroli uprzedniej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził następujące naruszenia oraz ustalił następujący stan faktyczny (KU/205/18/DKZP):

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej ww. postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej zwanej: „Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem Urzędu” lub „kontrolującym”) na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 Pzp, stwierdził następujące naruszenia:

1) naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp poprzez bezzasadne żądanie przez zamawiającego od wykonawców, którzy polegają na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 7-9 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej jako: „rozporządzenie”;

2) naruszenie art. 46 ust. 1 Pzp poprzez brak niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcom: INERGIS S.A., konsorcjum firm: Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o. (lider), Eco-Therm Sp. z o.o., dalej jako: „EKOENERGIA Sp. z o.o.” oraz SOON Energy Poland Sp. z o.o., po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (dot. czynności pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej);

3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, poprzez niedokonanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy SOON Energy Poland Sp. z o.o. w sytuacji nieprzedłużenia przez tego wykonawcę terminu związania ofertą.

W uzasadnieniu dla naruszenia wskazanego w pkt 1) kontrolujący podał, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają

warunki udziału w postępowaniu opisane w dokumentacji postępowania oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8 Pzp. Zgodnie z zapisami w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ”), na potwierdzenie braku ww. podstaw do wykluczenia zamawiający żądał:

- a) dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1-6, 10 rozporządzenia;
- b) w stosunku do wykonawców zagranicznych – dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz ust. 3 rozporządzenia.

Zamawiający w rozdziale VIII pkt 10 SIWZ wskazał, cyt.: „Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w 5 pkt 1-9 rozporządzenia”.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające•

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z powyższych przepisów wynika m.in., iż zamawiający może żądać dokumentów jedynie na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia. W konsekwencji, żądanie ww. dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia w zakresie, w jakim ww. dokumenty potwierdzają spełnianie powyższych warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia.

Jak wskazał kontrolujący przytoczone wyżej zapisy rozdziału VIII punktu 10 SIWZ spowodowały, że wykonawcy polegający na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp zobowiązani byli do przedłożenia większej liczby dokumentów dotyczących tych podmiotów niż było to wymagane od samych wykonawców. Skoro zamawiający uznał za wystarczające dla potwierdzenia spełniania przez samych wykonawców warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia przedstawienie wskazanych w SIWZ ww. dokumentów, bezzasadne było stawianie przez

zamawiającego wymagań przedłożenia przez wykonawców polegających na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp szerszego zakresu dokumentów wobec tych podmiotów.

Ze względu na fakt, iż żądanie zamawiającego od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 7-9 rozporządzenia było w ocenie kontrolującego nadmierne i nieproporcjonalne w stosunku do wymagań zamawiającego postawionych wobec samego wykonawcy celem potwierdzenia spełniania przez ww. warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, postawiony przez zamawiającego wymóg ich przedłożenia stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp.

W zakresie naruszenia podniesionego w pkt 2) Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z art. 46 ust. 1 Pzp zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.

Jak ustalił kontrolujący w przedmiotowym postępowaniu otwarcie ofert odbyło się w dniu 8 maja 2018 r. Do upływu terminu składania oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) EKOENERGIA sp. z o.o.,
- 2) JSB CONSTRUCTION PPHU J.S.,
- 3) SOON Energy Poland Sp. z o.o.,
- 4) INERGIS S.A.,
- 5) HYMON Energy Sp. z o.o.,
- 6) ML System S.A.

Pismami z dnia 23 lipca 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania (dot. czynności pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej). Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę HYMON Energy Sp. z o.o.

Zamawiający, pismami z dnia 15 października 2018 r., poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o dokonaniu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismami z dnia 4 grudnia 2018 r., zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy INERGIS S.A.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 9 stycznia 2019 r., zamawiający został wezwany m.in. o uzupełnienie dokumentacji przedmiotowego postępowania w zakresie informacji dotyczącej zwrotu wadium wykonawcom, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza.

W piśmie z dnia 10 stycznia 2019 r. zamawiający wyjaśnił m.in., iż: „(...) spośród 6 złożonych w terminie ofert tylko jedna została zabezpieczona wadium w formie pieniężnej, które to zgodnie z przedłożoną Państwu kopią dokumentacji zostało zamienione na formę bezgotówkową, a gotówka została zwrócona wykonawcy.

Pozostałe wadia zostały wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowych, które w terminie ponownego wyboru wygasły i nie zostały zwrócone wykonawcom”.

Mając na uwadze powyższe kontrolujący wskazał, iż na gruncie Pzp, brak jest definicji legalnej pojęcia „niezwłocznie”. W tym zakresie zatem należy posłużyć się regułami prawa cywilnego i ich interpretacją na gruncie orzecznictwa (arg. z art. 14 Pzp). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06) stwierdził: „(...) użytego w art. 455 Kc terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 Kc” (podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy np. w wyroku z dnia 22 marca 2001 r. sygn. akt V CKN 769/00 oraz wyroku z dnia 28 kwietnia 2004 r. sygn. akt V CK 461/03). Powyższe pozwala przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów [arg. z art. 354 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 ze zm.), dalej jako: „Kc”] oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (arg. z art. 355 § 1 Kc).

Tym samym, termin „niezwłocznie”, którym ustawodawca posłużył się w art. 46 ust. 1 Pzp w ocenie kontrolującego należy interpretować w ten sposób, że po nastąpieniu momentu wskazanego w przywołanym przepisie, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a ww. przepisu. Powyższe oznacza, iż dokonanie tej czynności powinno nastąpić w możliwie najkrótszym terminie od wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym, kontrolujący przyjął, iż brak niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcom: INERGIS S.A., EKOENERGIA sp. z o.o. oraz SOON Energy Poland sp. z o.o. po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (dot. czynności pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej) stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 Pzp.

Odnosnie naruszenia wskazane go w pkt 3) Prezes Urzędu uzasadnił, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określił termin składania ofert na dzień 8 maja 2018 r. (rozdział XIII pkt 1 ppkt 2 SIWZ) oraz termin związania ofertą na okres 60 dni (rozdział XI pkt 1 SIWZ). Następnie pismem z dnia 3 lipca 2018 r. zamawiający, działając

na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp zwrócił się do wykonawcy SOON Energy Poland Sp. z o.o. z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą (pierwotny termin związania ofertą upływał w dniu 6 lipca 2018 r.).

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 5 lipca 2018 r., wykonawca SOON Energy Poland Sp. z o.o. przedłużył termin związania ofertą zgodnie z wnioskiem zamawiającego wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium do dnia 19 września 2018 r.

Pismami z dnia 21 czerwca 2018 r. oraz 27 czerwca 2018 r. wykonawca INERGIS S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania w niniejszej sprawie (sygn. akt: KIO 1234/18, KIO 1276/18). Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, pismem z dnia 29 czerwca 2018 r., poinformował zamawiającego, iż na podstawie art. 189 ust. 1 Pzp zarządził łączne rozpoznanie powyższych odwołań. W dniu 9 lipca 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok w zakresie ww. odwołań INERGIS S.A.

Pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. wykonawca INERGIS S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt: KIO 1525/18).

W dniu 31 sierpnia 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok w ww. sprawie (sygn. akt KIO 1525/18).

Z uwagi na fakt, iż wykonawca SOON Energy Poland Sp. z o.o., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wyraził zgodę, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, tym samym przedłużając termin związania ofertą o 60 dni oraz wynikające z toczących się postępowań odwoławczych zawieszenia terminu związania ofertą (art. 182 ust. 6 Pzp), kontrolujący stwierdził, iż ww. wykonawca pozostawał związany ofertą jedynie do dnia 23 października 2018 r.

Mając na uwadze powyższe kontrolujący wskazał, iż związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą jest niezbędne dla istnienia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a konieczność przedłużenia tego terminu wynika wprost z przepisów Pzp i regulacji Kc.

W ocenie kontrolującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp przewiduje odrzucenie oferty w przypadku upływu terminu związania ofertą. Odsyła on również do przepisu art. 85 ust. 2 Pzp, który wyraźnie stanowi, że wykonawca może tak na wniosek zamawiającego jak i samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą. Nieprzedłużenie tego terminu w obu przypadkach jest równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Kontrolujący stwierdził, iż dalsze, tj. na okres po 23 października 2018 nieprzedłużenie przez ww. wykonawcę terminu związania ofertą wypełnia przesłankę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp,

natomiast niedokonanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy SOON Energy Poland Sp. z o.o. w sytuacji nieprzedłużenia przez tego wykonawcę terminu związania ofertą stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

II.

Pismem z 6 marca 2019 r. o sygn. SROF/021/07/008/19/DK (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych 7 marca 2019 r. – prezentata na piśmie) zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej (zwane dalej: „zastrzeżeniami”).

Zamawiający odnosząc się do wyniku kontroli prowadzonej pod sygn. KU/205/18/DKZP wniósł następujące zastrzeżenia.

W odniesieniu do naruszenia wskazanego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej zamawiający wskazał, że w uzasadnieniu swojego stwierdzenia organ kontrolny wskazał na zapis Rozdziału VIII pkt 10 SIWZ, jednakże nie cytując go w całości, co w ocenie zamawiającego nie pozostawało bez znaczenia, albowiem przedmiotowy zapis, przytoczony w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, w pełnej wersji, stanowił wierne odzwierciedlenie treści § 9 ust. 2 rozporządzenia, a więc zamawiający ustanawiając kwestionowany przez kontrolującego wymóg, posłużył się wprost zapisem rozporządzenia i wskazuje na to w treści wskazanego powyżej zapisu SIWZ. Ponadto przedmiotowego zapisu, implementowanego wprost z treści ww. rozporządzenia nie można odczytywać w oderwaniu od całokształtu postanowień SIWZ, wskazując na powyższe, na uwagę zasługuje treść pkt 9 Rozdziału VIII SIWZ, zgodnie z którym „Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe, lub ich sytuacja finansowa, lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13—22 i ust. 5 pkt 1 i 8.”, tym samym zamawiający wskazał wykonawcom zakres badania podstaw wykluczenia, będący tożsamym w stosunku do wykonawców korzystających z potencjału podmiotu trzeciego, jak i wykonawców samodzielnie występujących w postępowaniu, co zresztą znalazło swoją kontynuację w dalszym toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zamawiający formułując wezwanie o przedłożenie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków oraz wykazanie braku podstaw do wykluczenia, wskazał na ustanowione przez siebie wymogi, nie poszerzając ich zakresu. W świetle powyższego – zdaniem zamawiającego – nie można czynić mu zarzutu z przytoczenia treści aktu prawnego stanowiącego podstawę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który co ważne nie pozostawia stosującemu prawa żadnego luzu interpretacyjnego, bowiem zgodnie z

przytoczonym w SIWZ, przepisie § 9 ust. 2 rozporządzenia, ustawodawca posługuje się imperatywem – „Zamawiający żąda...” w odróżnieniu od użytego przez tegoż samego ustawodawcę w odniesieniu do samego wykonawcy nie polegającego na zdolnościach lub sytuacji podmiotów trzecich sformułowaniem „...zamawiający może żądać...” - § 5 rozporządzenia, pozostawiając w tym momencie uznaniu zamawiającego zakres żądanych dokumentów. Jak wskazuje, bowiem Słownik Języka Polskiego pod redakcją naukową prof. Mieczysława Szymczak wyd. PWN Warszawa 1981 r. - żądać to ostro domagać się czegoś, usilnie dopominać się o coś; wymagać, natomiast może to partykuła nadająca całej wypowiedzi lub jej części odcień przypuszczenia, ewentualności w wyborze, wahania, wątpliwości, osłabienia kategoryczności, a więc abstrahując od faktu, iż wbrew sformułowanemu zarzutowi zamawiający nie postawił wykonawcy polegającemu na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów wymogów odmiennych od stawianych wykonawcy, który samodzielnie spełniał wyartykułowane przez zamawiającego wymogi, co wprost wynika z przytoczonego zapisu pkt 9 Rozdziału VIII SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, że w treści SIWZ zacytował jedynie stosowny przepis rozporządzenia. Jednakże nawet w przypadku ustanowienia szerszego katalogu dokumentów żądanych od wykonawcy polegającego na zdolnościach lub sytuacji podmiotów trzecich w porównaniu z wykonawcą samodzielnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego trudno byłoby obronić stawiany zarzut, na uwagę, zasługuje, bowiem fakt, że na gruncie naszego systemu prawa obowiązuje zasada pierwszeństwa wykładni językowej. Zgodnie z nią, w sytuacji, gdy wykładnia językowa daje rezultat jasny i jednoznaczny interpretator powinien oprzeć się na ogólnie przyjętym znaczeniu danego słowa lub sformułowania. Dopiero, gdy rezultat wykładni językowej budzi wątpliwości wolno jest mu odwołać się do innych rodzajów wykładni, tym samym jednoznaczne brzmienie § 9 ust. 2 rozporządzenia, zgodnie z którym „Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w 5 pkt 1-9.”, w którym ustawodawca posługuje się trybem imperatywnym, nie pozostawiającym wątpliwości interpretacyjnych, nie daje podstaw do zastosowania innej poza językową wykładni znaczeniowej przywołanego przepisu. Zasada pierwszeństwa wykładni językowej, choć nie ustala absolutnego porządku preferencji, to jednak dopuszcza odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem tylko w przypadkach, za którymi przemawiają szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne; jeśli takie racje nie zachodzą, należy oprzeć się na językowej w takim duchu wypowiadał się wielokrotnie Sąd Najwyższy, m.in. w uchwale Pełnego Składu Izby Cywilnej

Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2004 r., III CZP 37/04, wyroku z dnia 21 lipca 2004 r., V CK 21/04 oraz uchwale z dnia 20 lipca 2005 r., IKZP 18/05. Zastosowanie wykładni, w której interpretator odchodzi od sensu językowego przepisu, może być uzasadnione tylko w wyjątkowych okolicznościach, ponieważ adresaci norm prawnych mają prawo polegać na tym, co ustawodawca w przepisie rzeczywiście wyraził, a nie na tym, co chciał uczynić lub co uczyniłby, gdyby znał nowe lub inne okoliczności. Jeżeli więc ustawodawca w odniesieniu do dokumentów żądanych od wykonawców polegających na zdolnościach lub sytuacji podmiotów trzecich użył sformułowania zamawiający żąda dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 rozporządzenia, podczas, gdy w § 5 tegoż rozporządzenia w odniesieniu do wykonawców samodzielnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ten sam ustawodawca stwierdza, że zamawiający może żądać wymienionych w przywołanym przepisie dokumentów, to inne niż przedstawione powyżej rozumowanie byłoby sprzeczne z zasadami rozumienia tekstu aktu prawnego w konsekwencji, prowadziłoby do odejścia od jasnego, jednoznacznego sensu przepisu z naruszeniem wskazanych reguł, co z kolei spowodowałoby dokonanie wykładni prawotwórczej, będącej przykładem wykładni *contra legem*. Jeżeli zatem ustawodawca, jak należy założyć racjonalny, ustanawia nakaz, poprzez użycie sformułowania „Zamawiający żąda...” to stosując przywołane powyżej zasady interpretator nie może nadać przedmiotowemu zapisowi znaczenia, jak chce organ kontrolujący, „może żądać, stosownie do sytuacji”, bo tak należałoby czytać przedmiotowy przepis jeżeli podporządkować się stwierdzeniom Informacji o wyniku kontroli uprzedniej. Jak podkreśla zarówno orzecznictwo, jak i doktryna, pierwszeństwo dyrektywy językowego rekonstruowania znaczenia tekstu prawnego zapewnia bezpieczeństwo prawne adresatom norm prawnych i realizację określonej w art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zasady zaufania do Państwa i stanowionego przez nie prawa. Jak podkreślił m.in. w uchwale z dnia 20 marca 2000 r., FPS 14/99, Naczelny Sąd Administracyjny, wykładnia językowa jest punktem wyjścia dla wszelkiej wykładni prawa i zakreśla jej granice w ramach możliwego sensu słów zawartych w tekście prawnym. W myśl reguły *clara non sunt interpretanda* przepis jasny nie wymaga wykładni, co oznacza, że w przypadku, gdy zastosowanie reguł wykładni językowej doprowadziło do wyjaśnienia wątpliwości interpretacyjnych, nie ma potrzeby stosowania dyrektyw wykładni pozajęzykowej, jak więc przy zastosowaniu nie budzącej wątpliwości przywołanej powyżej definicji językowej można interpretować sformułowanie „Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9.”, nie ma w nim, wskazania niektórych spośród dokumentów określonych w § 5 pkt 1-9, czy też dokumentów stosownych

do ustanowionych podstaw wykluczenia, jest napisane od podmiotów trzecich na zdolnościach lub sytuacji, których opiera się wykonawca, zamawiający żąda dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9.

Jak wskazano powyżej przedstawiona przez zamawiającego argumentacja znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w którym kwestie te znajdują bezpośredni wyraz w uzasadnieniach wydawanych rozstrzygnięć, w których podkreśla się pierwszeństwo wykładni językowej w demokratycznym państwie prawa - uchwała Sądu Najwyższego z 25 kwietnia 2003 r., III CZP 8/03, postanowienia Sądu Najwyższego z 20 lipca 2005 r., I KZP 25/05 oraz z 31 sierpnia 2005 r., V KK 426/04, czy też uchwała Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2007r., III CZP 94/06, w której stwierdzono „Wykładnia celowościowa i systemowa nie powinny negować jednoznacznego wyniku poprawnie dokonanej wykładni językowej i poprowadzić do niedopuszczalnego wykreowania mocą orzeczenia sądowego požądanej, ale nie wyrażonej w przepisie normy prawnej”. Analogiczny do Sądu Najwyższego pogląd wyrażał również wielokrotnie Trybunał Konstytucyjny, m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99.

Podtrzymując podniesioną powyżej argumentację w zakresie dyrektyw wykładni przepisów prawa, zamawiający podkreślił brak konsekwencji po stronie organu formułującego zarzuty, który, stosuje różne rodzaje wykładni w odniesieniu bezpośrednio do przepisu § 9 ust. 2 rozporządzenia oraz do tego samego przepisu zacytowanego w niniejszym postępowaniu wprost w SIWZ. Jak należy bowiem wnioskować z zarzutu objętego treścią pkt 1. Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, organ kontrolujący uznał, iż przywołany powyżej przepis należy odczytywać wbrew jego literalnemu brzmieniu, jako nakazujący zamawiającemu żądać od podmiotów na zdolnościach lub sytuacji, których polega wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, jedynie wybranych dokumentów, wymienionych w § 5 pkt 1) - 9) rozporządzenia, adekwatnych do ustalonych podstaw wykluczenia. Jednakże już zacytowanie w dokumentacji postępowania literalnego brzmienia § 9 ust. 2 rozporządzenia, stanowi dla organu kontrolnego podstawę do sformułowania zarzutu naruszenia prawa polegającego na bezzasadnym żądaniu od wykonawców którzy polegają na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów dokumentów określonych w 5 pkt 7-9 rozporządzenia, a więc zacytowany w SIWZ przepis organ kontrolujący czytał już inaczej, zgodnie z jego literalnym brzmieniem, uznając, iż zamawiający w Rozdziale VIII pkt 10 żądał od wykonawców, którzy polegają na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 ww. rozporządzenia. Jeżeli więc zdaniem kontrolującego, zamawiający w niniejszym postępowaniu stosując przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia winien żądać jedynie niektórych z dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1) -

9), to powstaje pytanie na jakiej podstawie ten sam organ kontrolujący uznał, iż przetransportowanej wprost do SIWZ treść przedmiotowego przepisu § 9 ust. 2 rozporządzenia należy nadać znaczenie zgodnie z którym, zamawiający żądał wykonawców, którzy polegają na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów wykonawców, którzy polegają na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów w odniesieniu do tych podmiotów wszystkich dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1)-9).

Mając na uwadze powyższe, zamawiający kwestionował zarzut sformułowany w pkt 1. Informacji o wyniku kontroli uprzedniej wywodząc jak w treści uzasadnienia, że po pierwsze nie żądał od wykonawców polegających na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów dokumentów określonych w § 5 pkt 7-9 rozporządzenia, a w SIWZ, przywołał jedynie stosowny przepis prawa, który nawet, gdyby znajdował zastosowanie w kontrolowanym postępowaniu to zgodnie z powszechnie akceptowaną w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasadą pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni pozajęzykowej, dopuszczającą odstępstwa od jej zastosowania tylko wtedy, gdy prowadzi ona do absurdu, co nie znajduje zastosowania do treści § 9 ust. 2 rozporządzenia, nie mógł stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, tym samym, brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu działania sprzecznego z przepisem art. 25 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do stwierdzonego w wyniku przeprowadzonej kontroli, naruszenia objętego treścią pkt 2 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, pomijając wykładnię pojęcia „niezwłocznie”, w odniesieniu, do którego na brak definicji znaczeniowej powołał się sam organ kontrolny, a jak wskazuje w swoim orzecznictwie Sąd Najwyższy przedmiotowe pojęcie należy interpretować indywidualnie w odniesieniu do konkretnych okoliczności sprawy, zamawiający wskazał, iż wymienieni w Informacji wykonawcy wnieśli wymagane wadium w formie odpowiednio gwarancji ubezpieczeniowej oraz gwarancji bankowej. Przedłożone do oferty dokumenty zawierały każdorazowo sformułowanie zgodnie, z którym po określonym treścią przedmiotowych dokumentów ich ważność wygasała. Stwierdzenia zawarte w przedłożonych dokumentach wadialnych: „Gwarancja niniejsza ważna jest w okresie od 08 maja 2018 do 06 lipca 2018 i wygasa automatycznie i całkowicie, jeśli wezwanie do zapłaty wraz z oświadczeniem Beneficjenta nie zostanie dostarczone do Gwaranta w ww. terminie.” — gwarancja ubezpieczeniowa konsorcjum firm EKOENERGIA Sp. z o.o.; „Gwarancja wygasa po upływie okresu jej ważności,...” – gwarancja ubezpieczeniowa INERGIS S.A. oraz „Ponadto, gwarancja wygasa w następujących przypadkach: upływu terminu ważności gwarancji, mimo niezwrócenia nam niniejszego dokumentu” — gwarancja bankowa SOON Energy Poland Sp. z o.o., bez znaczenia w tym

momencie pozostaje oznaczenie terminu ważności gwarancji, który w wyniku działań następczych został wydłużony, wskazują w sposób jednoznaczny, iż po upływie oznaczonego w nich terminu, przedłożone dokumenty tracą swą moc obowiązującą, inaczej tracą swój charakter — nie stanowią już zabezpieczenia „niczego”, w tym również nie zabezpieczają roszczeń zamawiającego, czemu miały uprzednio służyć. Zgodnie z przywołanymi postanowieniami dokumentów wadialnych, jak wskazano powyżej, traciły one swą moc wiążącą z upływem terminu na jaki zostały wystawione, tym samym gwarancje te utraciły ustawowe znamiona wadium, ponieważ wygasła ich ważność. Upływ terminu ważności gwarancji bankowej, czy też ubezpieczeniowej, powoduje brak możliwości jej wyegzekwowania, a co za tym idzie, przestaje ona być wadium. Nie można zaś zwrócić wadium, kiedy go już w ogóle nie ma. Przepisy dotyczące niezwłocznego zwrotu wadium mają na celu przede wszystkim zobligowanie zamawiającego do rychłego oddania kwoty pieniężnej zdeponowanej jako zabezpieczenie postępowania o udzielenie zamówienia po jego zakończeniu. Nie można bowiem bez żadnej podstawy prawnej przetrzymywać pieniędzy wykonawców, kiedy zakończył się przetarg. Czym innym jest jednak wadium w formie dokumentu, którego termin ważności się skończył. Nie można wtedy uważać go nadal za wadium, o jakim mowa w Pzp.

Natomiast mając na uwadze naruszenie stwierdzone w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, zamawiający podniósł, iż jak w uzasadnieniu wskazuje sam organ kontrolny, ww. wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyraził zgodę, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp i dopiero w wyniku czasookresu trwania postępowania objętego kontrolą upłynął okres wydłużonego terminu związania ofertą złożoną przez SOON Energy Poland Sp. z o.o. W świetle powyższego, na uwagę zasługuje treść przywołanego w sformułowaniu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, zgodnie, z którym „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: ... wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą;...”. Z uwagi na użycie w komentowanym przepisie sformułowania „nie wyraził zgody, o której mowa art. 85 ust. 2” oraz biorąc pod uwagę konieczność ścisłej wykładni przepisów o charakterze sankcyjnym — odrzucenie oferty z powołaniem się na komentowany przepis powinno mieć miejsce wyłącznie w przypadku nie wyrażenia zgody w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, bo o takim wyrażeniu zgody mowa jest w art. 85 ust. 2 Pzp, skoro więc wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wydłużył okres związania ofertą, a dopiero później wydłużony termin upłynął, to zdaniem zamawiającego dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp nie została wyczerpana. Ponadto zamawiający podkreślił, że przesłanką odrzucenia oferty nie jest brak związania ofertą, lecz brak wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Analiza

powołanego przepisu prowadzi do wniosku, że obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy aktualizuje się tylko w sytuacji, w której na jego wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą wykonawca takiej zgody nie wyrazi, a wykonawca SOON Energy Poland Sp. z o.o. pismem z dnia 5 lipca 2018 r., taką zgodę wyraził. W orzecznictwie nie uznaje się, aby oferta, co do której niejako samoistnie upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu, na co wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 2 kwietnia 2013 r., KIO 655/13, jak również w wyroku z dnia 17 kwietnia 2013 r., KIO 719/13 oraz wyroku z dnia 21 maja 2013 r. KIO 1007/13; KIO 1021/13; KIO 1050/13. Jak wskazano powyżej wykładnia językowa przywołanego powyżej przepisu jednoznacznie prowadzi do wniosku, iż odrzucenie oferty może nastąpić tylko wtedy, jeśli wykonawca nie zgodzi się na przedłużenie terminu związania ofertą. Z uwagi na to, że w treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp jest odniesienie do przepisu art. 85 ust. 2 Pzp, należy dokonać wykładni art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp poprzez odniesienie się do przepisu art. 85 ust. 2 Pzp, który stanowi, iż zamawiający może zwrócić się do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zatem wykładnia obu przepisów w zakresie ich obopólnej relacji prowadzi do wniosku, iż odrzucenie oferty wykonawcy może nastąpić jedynie w przypadku, gdy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą, mimo że zamawiający uprzednio zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W świetle powyższego w sytuacji, kiedy zamawiający nie wzywał wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą, bo np. wyczerpał już jednokrotność wezwania, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, a wykonawcy upłynął termin związania ofertą, brak jest podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, gdyż w tej sytuacji nie można twierdzić, iż wykonawca nie wyraził zgody. W tym zakresie zamawiający przywołał tezy orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, tj. z wyroku z dnia 11 lipca 2017 r., o sygn. akt KIO 1305/17 oraz z wyroku z dnia 6 lutego 2017 r., o sygn. akt KIO 151/17.

Reasumując zamawiający wskazał, iż obecnie w orzecznictwie i doktrynie dominuje pogląd, iż upływ terminu związania ofertą przesądza jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, a po stronie zamawiającego o braku możliwości zatrzymania wadium w sytuacji odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie. Na tę okoliczność zamawiający przytoczył fragment wyroku Izby z dnia 16 maja 2017 r. o sygn. akt KIO 828/17.

III.

Prezes Urzędu pismem z 19 marca 2019 r. (sygn. UZP/DKZP/WKZ5/420/380(29)/18/KMA) w odpowiedzi na pismo z dnia 6 marca 2019 r. w zakresie zastrzeżeń do wyników kontroli uprzedniej dotyczącej przedmiotowego postępowania podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli z dnia 27 lutego 2019 r. w zakresie naruszenia art. 25 ust. 1, art. 46 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Odnosnie naruszenia wskazanego w pkt 1 Informacji o wynikach kontroli uprzedniej Prezes Urzędu wyjaśnił, że z przytoczonych tam przepisów wynika m.in., iż zamawiający może żądać dokumentów jedynie na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia. W konsekwencji, żądanie ww. dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu, SWIZ lub zaproszeniu do składania ofert warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia w zakresie, w jakim ww. dokumenty potwierdzają spełnianie powyższych warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia.

Zamawiający w rozdziale VIII pkt 10 SWIZ wskazał, cyt.: *„Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 rozporządzenia”*. Wskazany zapis spowodował, że wykonawcy polegający na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp zobowiązani byli do przedłożenia większej liczby dokumentów dotyczących tych podmiotów, niż było to wymagane od samych wykonawców.

Zgodnie z § 9 ust. 2 rozporządzenia zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9. W tym miejscu kontrolujący podniósł, iż kształt zapisu rozporządzenia wskazuje, że podmiot udostępniający zasoby musi przedstawić oświadczenia i dokumenty, nawet w sytuacji, gdy obowiązek taki nie zachodził w stosunku do wykonawcy. Podkreślić jednak należy, że wykładnia celowościowa powyższego przepisu prowadzi do wniosku, że zakres żądania dokumentów od podmiotu trzeciego nie może być szerszy niż żądany od wykonawcy. Przeciwnie rozumowanie wskazywałoby na sytuację irracjonalną. Podmiot udostępniający zasoby powinien być weryfikowany pod kątem podstaw wykluczenia w takim samym zakresie jak wykonawca. Jeżeli więc zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o konkretne, określone w dokumentacji przetargowej przesłanki wykluczenia, wówczas podmiot trzeci badany jest pod takim samym kątem, ergo podmiot trzeci nie może być weryfikowany w zakresie szerszym niż sam wykonawca, a

rozszerzenie badania podmiotu trzeciego będzie działaniem nieuprawnionym. Zakres tego badania powinien być tożsamy. Powyższa interpretacja koresponduje również z motywem 84 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.), zgodnie z którym jednolity europejski dokument zamówienia powinien również przedstawiać stosowne informacje w odniesieniu do podmiotów, na których zdolnościach polega wykonawca, tak by weryfikacja informacji dotyczących takich podmiotów mogła zostać przeprowadzona łącznie z weryfikacją odnoszącą się do głównego wykonawcy i na takich samych warunkach.

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania zamawiający, pismem z dnia 12.06.2018 r., wezwał wykonawcę HYMON Energy Sp. z o.o. do złożenia w terminie do dnia 25.06.2018 r. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający, pismem z dnia 18.06.2018 r., wezwał wykonawcę INERGIS S.A. na podstawie art. 26 ust. 2f Pzp do złożenia w terminie do dnia 29.06.2018 r. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W powyższych pismach zamawiający wzywał do złożenia, cyt.: „(...) *aktualnych na dzień złożenia następujących dokumentów potwierdzających brak wykluczenia wykonawcy z postępowania (...)*”, w ogóle nie odnosząc się do dokumentów żądanych od wykonawcy polegającego na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów. Tym samym, jedynym miejscem w dokumentacji postępowania, w którym zamawiający określił zakres dokumentów, jakich będzie żądał od wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, był rozdział VIII pkt 10 SIWZ i należy przyjąć, iż zamawiający przedłożenia wskazanych tam dokumentów wymagał od ww. wykonawców. Brak dostosowania powyższego zapisu SIWZ do potrzeb przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji żądanie przez zamawiającego od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 7-9 rozporządzenia stanowiło zdaniem kontrolującego naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp.

W zakresie stwierdzonego naruszenia art. 46 ust. 1 Pzp kontrolujący wskazał, że przedmiotowym postępowaniu otwarcie ofert odbyło się w dniu 8 maja 2018 r.

Do upływu terminu składania, oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) EKOENERGIA sp. z o.o.,
- 2) JSB CONSTRUCTION PPHU J.S.,

- 3) SOON Energy Poland Sp. z o.o.,
- 4) INERGIS S.A.,
- 5) HYMON Energy Sp. z o.o.,
- 6) ML System S.A.

Wykonawca konsorcjum firm: Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o. (lider), Eco-Therm Sp. z o.o., dalej jako: „EKOENERGIA Sp. z o.o.” wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (nr 998-A764263) z dnia 02.05.2018 r., która była ważna w okresie od dnia 8 maja 2018 r. do dnia 6 lipca 2018 r.

Pismem z dnia 3 lipca 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp zwrócił się do wykonawcy EKOENERGIA Sp. z o.o. z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 4 lipca 2018 r., wykonawca EKOENERGIA Sp. z o.o. przedłużył termin związania ofertą zgodnie z wnioskiem zamawiającego wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium do dnia 4 września 2018 r.

Wykonawca JSB CONSTRUCTION PPHU J.S. wniósł wadium w formie poręczenia, o którym mowa w art. 45 ust. 6 pkt 5 (nr 21/W/2018/01/04/2018) z dnia 24 kwietnia 2018 r., które było ważne w okresie od dnia 8 maja 2018 r. do dnia 6 lipca 2018 r.

Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, iż pismem z dnia 3 lipca 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp zwrócił się do wykonawcy JSB CONSTRUCTION PPHU J. S. z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 3 lipca 2018 r., wykonawca JSB CONSTRUCTION PPHU Jolanta Sekuła poinformował zamawiającego, iż nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, iż wykonawca SOON Energy Poland Sp. z o.o. wniósł wadium w formie gwarancji wadialnej (nr GWNN1808933) z dnia 2 maja 2018 r., która była ważna w okresie od dnia 8 maja 2018 r. do dnia 21 lipca 2018 r.

Pismem z dnia 3 lipca 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp zwrócił się do wykonawcy SOON Energy Poland Sp. z o.o. z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 5 lipca 2018 r., wykonawca SOON Energy Poland Sp. z o.o. przedłużył termin związania ofertą zgodnie z wnioskiem zamawiającego wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium do dnia 19 września 2018 r.

Wykonawca INERGIS S.A. wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (nr 02GG13/0333/18/0002) z dnia 27 kwietnia 2018 r., która była ważna w okresie od dnia 8 maja 2018 r. do dnia 9 lipca 2018 r.

Z dokumentacji postępowania wynika, iż pismem z dnia 3 lipca 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp zwrócił się do wykonawcy INERGIS S.A. z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Pismem z dnia 5 lipca 2018 r., wykonawca INERGIS S.A. przedłużył termin związania ofertą zgodnie z wnioskiem zamawiającego wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium do dnia 7 września 2018 r.

Wykonawca ML System S.A. wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (nr 998A766311) z dnia 7 maja 2018 r., która była ważna w okresie od dnia 8 maja 2018 r. do dnia 8 lipca 2018 r.

Z dokumentacji postępowania wynika, iż pismem z dnia 3 lipca 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp zwrócił się do wykonawcy ML System S.A. z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Wykonawca ML System S.A. nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp.

Pismami z dnia 23 lipca 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania (dot. czynności pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej). Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę HYMON Energy Sp. z o.o.

Zgodnie z treścią art. 45 ust. 6 Pzp wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;

5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2018 r. poz. 110, 650, 1000 i 1669).

Jednocześnie, zgodnie z art. 46 ust. 1 Pzp, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 9 stycznia 2019 r., zamawiający został wezwany m.in. o uzupełnienie dokumentacji przedmiotowego postępowania w zakresie informacji dotyczącej zwrotu wadium wykonawcom, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza.

W piśmie z dnia 10 stycznia 2019 r. zamawiający wyjaśnił m.in., iż: *„(...) spośród 6 złożonych w terminie ofert tylko jedna została zabezpieczona wadium w formie pieniężnej, które to zgodnie z przedłożoną Państwu kopią dokumentacji zostało zamienione na formę bezgotówkową, a gotówka została zwrócona wykonawcy.*

Pozostałe wadia zostały wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowych, które w terminie ponownego wyboru wygasły i nie zostały zwrócone wykonawcom”.

W tym miejscu kontrolujący wskazał, iż z treści art. 46 ust. 1 Pzp wynika, że zamawiający niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej bądź po unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany jest zwrócić wadium wszystkim wykonawcom z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Wskazany przepis artykułu Pzp nie ogranicza obowiązku zwrotu wadium jedynie wykonawcom, którzy wnieśli powyższe zabezpieczenie w formie pieniężnej, a tym samym odnosi się do każdej z form wymienionych numerus clausus w art. 45 ust. 6 Pzp. Tym samym, zamawiający zobowiązany jest zwrócić również gwarancję ubezpieczeniową/bankową wykonawcy, który wniósł zabezpieczenie wadium w przedmiotowej formie, o ile jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Zwrot wadium powinien nastąpić faktycznie, co w przypadku wadium wniesionego w formie innej niż w pieniądzu oznacza konieczność zwrotnego przekazania wykonawcy przez zamawiającego oryginału dokumentu wadium. Zamawiający powinien zatem dokonać zwrotu gwarancji ubezpieczeniowej/bankowej poprzez zwrotne wydanie wykonawcy oryginału dokumentu wadium złożonego przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze poczynione wyżej uwagi, kontrolujący przyjął, iż brak niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcom: INERGIS S.A., EKOENERGIA Sp. z o.o. oraz

SOON Energy Poland Sp. z o.o. po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (dot. czynności pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej) stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 Pzp.

Co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, kontrolujący wyjaśnił, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określił termin składania ofert na dzień 8 maja 2018 r. (rozdział XIII pkt 1 ppkt 2 SIWZ) oraz termin związania ofertą na okres 60 dni (rozdział XI pkt 1 SIWZ).

Pismem z dnia 3 lipca 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp zwrócił się do wykonawcy SOON Energy Poland Sp. z o.o. z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą (pierwotny termin związania ofertą upływał w dniu 6 lipca 2018 r.).

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 5 lipca 2018 r., wykonawca SOON Energy Poland Sp. z o.o. przedłużył termin związania ofertą zgodnie z wnioskiem zamawiającego wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium do dnia 19 września 2018 r.

Pismami z dnia 21 czerwca 2018 r. oraz 27 czerwca 2018 r. wykonawca INERGIS S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania (sygn. akt: KIO 1234/18, KIO 1276/18). Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, pismem z dnia 29 czerwca 2018 r., poinformował zamawiającego, iż na podstawie art. 189 ust. 1 Pzp zarządził łączne rozpoznanie powyższych odwołań. W dniu 9 lipca 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok w zakresie ww. odwołań wniesionych przez INERGIS S.A.

Pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. wykonawca INERGIS S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt: KIO 1525/18).

W dniu 31 sierpnia 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok w ww. sprawie (sygn. akt: KIO 1525/18).

Z uwagi na fakt, iż wykonawca SOON Energy Poland Sp. z o.o., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wyraził zgodę, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, tym samym przedłużając termin związania ofertą o 60 dni oraz wynikające z toczących się postępowań odwoławczych zawieszenia terminu związania ofertą (art. 182 ust. 6 Pzp), kontrolujący stwierdził, iż ww. wykonawca pozostawał związany ofertą jedynie do dnia 23 października 2018 r.

Na potwierdzenie swojej argumentacji kontrolujący przedstawił stanowisko prezentowane przez Urząd Zamówień Publicznych (Opinia Departamentu Prawnego), „(...) *Związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą jest niezbędne dla istnienia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...) przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp przewiduje odrzucenie oferty w przypadku upływu terminu związania ofertą. Odsyła on również do*

przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, który wyraźnie stanowi, że wykonawca może tak na wniosek zamawiającego jak i samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą. Nieprzedłużenie tego terminu w obu przypadkach jest równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...)” oraz tezy zawarte wyroku Izby z dnia 23 października 2017 o sygn. akt: KIO 2097/17.

W świetle powyższego, kontrolujący stwierdził, iż dalsze, tj. na okres po 23 października 2018 r., nieprzedłużenie przez ww. wykonawcę terminu związania ofertą wypełnia przesłankę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, natomiast niedokonanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy SOON Energy Poland Sp. z o.o. w sytuacji nieprzedłużenia przez tego wykonawcę terminu związania ofertą stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:

Na podstawie przedstawionej dokumentacji, Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu zawarte w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej oraz w pisemnym stanowisku do wniesionych zastrzeżeń w zakresie naruszenia art. 25 ust. 1 Pzp. Jeśli chodzi o pozostałe stwierdzone przez kontrolującego naruszenia tj. naruszenie art. 46 ust. 1 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, Izba nie podzieliła argumentacji Prezesa Urzędu i uznała, że zastrzeżenia zamawiającego w tym zakresie są zasadne.

Zgodnie z postanowieniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13 *Opinia KIO w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności* (tak samo Wojewódzki Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 23 lipca 2014 roku w sprawie sygn. akt V SA/Wa 1048/14). W związku z powyższym w ocenie Izby, zastrzeżenia do wyniku przeprowadzonej kontroli uprzedniej są częściowo zasadne.

W odniesieniu do stwierdzonego przez kontrolującego naruszenia art. 25 ust. 1 Pzp, Izba uznała, że wskazane tam argumenty były wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego. Podobnie Izba podzieliła również i przyjęła za własne ustalenia Prezesa Urzędu uzasadniające stwierdzone, w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, naruszenie przez zamawiającego art. 25 ust. 1 Pzp.

Przy ocenie zasadności przedmiotowego naruszenia Izba za własną przyjęła argumentację kontrolującego, że wykładnia celowościowa przepisu § 9 ust. 2 rozporządzenia prowadzi do wniosku, że zakres żądania dokumentów od podmiotu trzeciego nie może być

szerszy niż żądany od wykonawcy. Tym samym Izba nie wzięła pod uwagę szeroko podnoszonej argumentacji zamawiającego, że dokonując interpretacji ww. przepisu rozporządzenia zastosowanie ma wyłącznie wykładnia językowa. Zamawiający wskazał, w zastrzeżeniach, że *zgodnie z powszechnie akceptowaną w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasadą pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni pozajęzykowej, dopuszczającą odstępstwa od jej zastosowania tylko wtedy, gdy prowadzi ona do absurdu, co nie znajduje zastosowania do treści § 9 ust. 2 rozporządzenia*. Otóż nawet przyjmując logikę zaprezentowaną przez zamawiającego w ww. cytacie, należy wskazać, że właśnie skupienie się tylko na wykładni językowej § 9 ust. 2 rozporządzenia doprowadziłoby do sytuacji irracjonalnej, na co zwracał uwagę kontrolujący w odpowiedzi na zastrzeżenia. W związku z tym kontrolujący słusznie podniósł, że podmiot udostępniający zasoby powinien być weryfikowany pod kątem podstaw wykluczenia w takim samym zakresie jak wykonawca. Jeżeli więc zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o konkretne, określone w dokumentacji przetargowej przesłanki wykluczenia, wówczas podmiot trzeci badany jest pod takim samym kątem, tym samym podmiot trzeci nie może być weryfikowany w zakresie szerszym niż sam wykonawca, a rozszerzenie badania podmiotu trzeciego będzie działaniem nieuprawnionym. Powyższe oznacza, że konkluzję kontrolującego wskazującą, iż zakres tego badania powinien być tożsamy, należy uznać za prawidłową. W tym miejscu należy mieć przede wszystkim na uwadze zasady udzielania zamówień, szczególnie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z tym argumentacja podniesiona przez zamawiającego, która de facto zmierza do uznania nierówności pomiędzy wykonawcami mającymi samodzielnie realizować zamówienie, a wykonawcami polegającymi na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, nie mogła zostać wzięta pod uwagę.

Ponadto Izba podtrzymując ustalenia kontrolującego stwierdziła, że w pismach kierowanych do wykonawcy HYMON Energy Sp. z o.o. (z dnia 12 czerwca 2018 r.) oraz wykonawcy INERGIS S.A. (z dnia 18 czerwca 2018 r.), zamawiający wzywał do złożenia, cyt.: *„(...) aktualnych na dzień złożenia następujących dokumentów potwierdzających brak wykluczenia wykonawcy z postępowania (...)”*, w ogóle nie odnosząc się do dokumentów żądanych od wykonawcy polegającego na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów. Tym samym, jedynym miejscem w dokumentacji postępowania, w którym zamawiający określił zakres dokumentów, jakich będzie żądał od wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, był rozdział VIII pkt 10 SIWZ i należy przyjąć, iż zamawiający wymagał przedłożenia wskazanych tam dokumentów od ww. wykonawców. Brak

dostosowania powyższego postanowienia SIWZ do potrzeb przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji żądanie przez zamawiającego od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 7-9 rozporządzenia słusznie zatem zostało zakwalifikowane przez kontrolującego jako naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do stwierdzonego przez kontrolującego naruszenia art. 46 ust. 1 Pzp należy wskazać, że polegało ono na braku niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcom INERGIS S.A., EKOENERGIA Sp. z o.o. oraz SOON Energy Poland Sp. z o.o. Przedmiotowi wykonawcy wnieśli wadnia w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej. Jak wyjaśnił zamawiający w zastrzeżeniach cytując odpowiednie fragmenty gwarancji tych wykonawców wygasły one po upływie oznaczonego w nich terminu. Ponadto gwarancja złożona przez SOON Energy Poland Sp. z o.o. wprost przewidywała zastrzeżenie, że „(...) wygasa w następujących przypadkach: upływu terminu ważności gwarancji, mimo niezwrócenia nam niniejszego dokumentu”.

Zamawiający w ocenie Izby nie zlekceważył kwestii zwrotu wadium wykonawcom, których oferty nie zostały uznane w postępowaniu za ofertę najkorzystniejszą. Świadczy o tym okoliczność zwrotu wadium wykonawcy, który wniósł je w formie pieniężnej. Natomiast co do gwarancji złożonych przez trzech ww. wykonawców uznał, że utraciły one swą moc wiążącą z upływem terminu na jaki zostały wystawione, tym samym gwarancje te utraciły ustawowe znamiona wadium, ponieważ wygasła ich ważność. Izba tym samym przyjęła argumentację zamawiającego, że upływ terminu ważności gwarancji bankowej, czy też ubezpieczeniowej, powoduje brak możliwości jej wyegzekwowania, a co za tym idzie, przestaje ona być wadium, gdyż nie spełnia ona funkcji określonej w Pzp. Ponadto kontrolujący w odpowiedzi na zastrzeżenia właściwie nie odniósł się do argumentacji zamawiającego podkreślającej okoliczność wygaśnięcia gwarancji złożonych przez ww. wykonawców.

Tym samym Izba uznała, że w przedmiotowym stanie faktycznym zróżnicowane podejście zamawiającego w stosunku do zwrotu wadium wniesionego w pieniądzu oraz w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej miało swoje uzasadnienie, przez co działanie zamawiającego nie naruszało dyspozycji art. 46 ust. 1 Pzp. W związku z tym Izba uznała zastrzeżenia zamawiającego w zakresie tego naruszenia za zasadne.

W zakresie ostatniego naruszenia podniesionego przez kontrolującego tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp w związku z niedokonaniem przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy SOON Energy Poland Sp. z o.o. w ocenie Izby, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, brak było podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy na

podstawie ww. przepisu. W tym zakresie Izba oparła się i przyjęła argumentację podaną w wyroku z dnia 31 października 2017 r. o sygn. akt KIO 2181/17. Tym samym Izba uznała, że art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp stanowi jednoznacznie, że odrzuca się ofertę tylko takiego wykonawcy, który nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą. W art. 85 ust. 2 Pzp zaś jest mowa o zgodzie, jaką wykonawca ma wyrazić w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Tylko i wyłącznie wtedy gdy wykonawca odmówi wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą aktualizuje się obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy. Obowiązek odrzucenia oferty natomiast nie występuje, gdy wykonawca nie przedłuży samodzielnie terminu związania ofertą. Przepisów sankcyjnych, do jakich bez wątpienia należy przepis art. 89 Pzp odnoszący się do odrzucenia ofert, nie można interpretować rozszerzająco. Jedyna różnica jest taka, że z uwagi na upływ terminu związania ofertą wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy pod rygorem utraty wadium.

Istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia omawianej kwestii posiada postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r. o sygn. akt SK 22/08. W orzeczeniu tym Trybunał wyraził stanowisko, iż „w aktualnie obowiązującym stanie prawnym dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, (...)”.

Powyższe stanowisko znalazło potwierdzenie w szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (zob. wyrok z dnia 6 lutego 2017 r., o sygn. akt KIO 151/17, wyrok z dnia 7 marca 2017 r., o sygn. akt KIO 324/17, wyrok z dnia 16 maja 2017 r. o sygn. akt KIO 828/17 lub wyrok z dnia 11 lipca 2017 r., o sygn. akt KIO 1305/17) i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby. Przykładowo, w postanowieniu Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. VI Ga 192/10 wyrażono pogląd, że „Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost, iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody - nie zgodził się, na przedłużenie okresu związania ofertą. Za powyższym przemawia również dokonana przez Sąd Okręgowy wykładnia systemowa, to jest odczytanie treści art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w świetle powoływanego zresztą przez skarżącego art. 85 ust. 2 Pzp. Zgodnie z tą normą wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na trzy dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się

do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Norma ta wskazuje więc na dwie możliwości. Pierwsza to kiedy wykonawca samodzielnie przedłuża termin związania ofertą, druga kiedy to zamawiający zwróci się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu. W korelacji właśnie z drugą z tych możliwości, posługując się zresztą dokładnie tym samym określeniem (odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie terminu) pozostaje możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego. Gdyby bowiem ustawodawca chciał, aby podstawa wykluczenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ust. 2 Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 24 ust. 2 pkt 2 nie zastosowałby z pewnością odnośnika do wyrażenia zgody, a do określenia nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, ale określenia typu nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą, nie przedłużyli okresu związania ofertą i tym podobne. Ustawodawca użył natomiast wyraźnego określenia nie zgodzili się odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 Pzp.”.

Dostrzeżenia wymaga także, że w przedmiocie omawianego zagadnienia wypowiedział się także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W postanowieniu z 13 lipca 2017 r. wydanym w sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu*, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dostrzegł, że wskutek występujących od wielu lat sporów dotyczących upływu terminu związania ofertą, polskie orzecznictwo wypracowało dwie równoległe linie, co spowodowało brak pewności prawnej zarówno dla wykonawców, jak i zamawiających. W tej sytuacji TSUE kategorycznie stwierdził, że jeżeli wykluczenie wykonawcy z postępowania ze względu na upływ terminu związania ofertą nie było wyraźnie przewidziane w ustawie ani w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, to zasady równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej.

W związku z powyższym Izba stanęła na stanowisku, że zamawiający zaniechawszy odrzucenia oferty SOON Energy Poland Sp. z o.o. ze względu na upływ terminu związania oferty nie naruszył dyspozycji zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp i tym samym uznała, że zastrzeżenia zamawiającego w powyżej wskazanym zakresie były zasadne.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp, wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....