

Sygn. akt: KIO 1864/18

WYROK

z dnia 27 września 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Rams**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 września 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2018 roku przez wykonawcę **Multiconsult Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** działającego przez **Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny w Gdańsku,**

przy udziale wykonawcy **MGGP S.A., z siedzibą w Tarnowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Multiconsult Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Multiconsult Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 17 września 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Warszawa (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej dla realizacji robót na odcinku Maksymilianowo - Kościerzyna linii kolejowej nr 201 wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego" w ramach projektu pn.: „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto". - 9090/IREZA2/11127/04882/17/P (dalej: „Postępowanie”):

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1, 7a i 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MGGP pomimo, iż oferta ta jest niezgodna z ustawą, nieważna na podstawie odrębnych przepisów, jak również MGGP nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób uchybiający zasadom równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty MGGP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1,7a i 8 ustawy Pzp);
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę podlegającego odrzuceniu, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, bowiem najkorzystniejszą, nie podlegającą odrzuceniu ofertę złożył Odwołujący.

Mając na względzie powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności wyboru oferty MGGP jako najkorzystniejszej; (ii) ponowienia badania ofert; (iii) odrzucenie oferty MGGP; (iv) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (pod numerem 2017/S 124-252903) z dnia 1 lipca 2017 roku. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej datowane na 6 września 2018 roku

zostało przesłane Odwołującemu e-mailem w tym samym dniu [dowód: załącznik nr 1 do odwołania].

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej dla realizacji robót na odcinku Maksymilianowo - Kościerzyna linii kolejowej nr 201 wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego” w ramach projektu pn.: „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz ~ Trójmiasto”. Termin składania ofert w Postępowaniu upłynął w dniu 14.08.2017r. Zgodnie z pkt 16 SIWZ termin związania ofertą wynosił 60 dni i uwzględniając termin składania ofert upływał dnia 12.10.2017r. MGGP przedłożyło w ofercie wadium ważne do 13.10.2017r.

Odwołujący wskazał, że dnia 04.10.2017r. Zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą oraz wadium. MGGP pismem z dnia 09.10.2017 przedłużył termin związania ofertą „o kolejne 60 dni” (tj. do 11.12.2017r.), jak również przedłużył wadium składając aneks do gwarancji ubezpieczeniowej (InterRisk o nr 02GG29/0005/17/0050), w którym ważność wadium oznaczono na okres od 14.10 do 12.12.2017r. Dnia 25.10.2017r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej (wykonawcy Transprojekt). W dniu 06.11.2017r. w Postępowaniu wpłynęły dwa odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej. Wyrok KIO w powyższych sprawach odwoławczych został ogłoszony w dniu 28.11.2017r.

Odwołujący wskazał, że w związku z powyższym okres zawieszenia terminu związania ofertą wywołany wniesieniem odwołań wynosił więc 23 dni, w związku z czym termin związania ofertą MGGP upłynął 03.01.2018r. Dnia 01.02.2018 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty (Transprojekt ponownie). Czynność ta została zaskarżona odwołaniem z dnia 12.02.2018r. Wyrok w tej sprawie ogłoszony został 05.03.2018 r. Powyższe odwołanie nie miało wpływu na termin związania ofertą MGGP bowiem termin ten upłynął przed jego wniesieniem.

Dalej Odwołujący wskazał, że w dniu 15.06.2018 r. Zamawiający unieważnił drugi wybór oferty najkorzystniejszej (z dnia 01.02.2018r.) i odrzucił ofertę pierwotnie wybraną (Transprojekt) Pismem z dnia 18.06.2018r. MGGP złożył oświadczenie: „zgodnie z art. 85 ust. 2 i 4 ustawy (...), MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie przy ul (...), przedłuży termin związania ofertą o kolejne 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium na ten okres.” Wraz z oświadczeniem MGGP złożył nowe wadium (gwarancja

ubezpieczeniową InterRisk o nr 02GG29/0005/18/0053) ważne od 18.06.2018 r. do 17.08.2018 r.

Odwołujący zaznaczył, że w dniu 16.08.2018 MGGP złożył pismo z tożsamym oświadczeniem jw. o przedłużeniu o kolejne 60 dni i aneksem do ww. nowej gwarancji wadialnej (aneks określił ważność wadium na okres od 18.06.2018 r. do 17.10.2018 r.) Pismem z dnia 06.09.2018r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy MGGP. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, ww. pisma MGGP dotyczące przedłużania terminu związania ofertą i wadium, które Odwołujący otrzymał od Zamawiającego, wyczerpują korespondencję pomiędzy MGGP a Zamawiającym w przedmiocie terminu związania ofertą [dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 13.09.2018r. - Załącznik nr 5].

W ocenie Odwołującego przedstawiony stan faktyczny wskazuje bezspornie (vide: pismo Zamawiającego z dnia 13.09.2018r. - Załącznik nr 5), iż od dnia 04.01.2018r. MGGP nie był związany ofertą w Postępowaniu. Wprawdzie w dniu 18.06.2018r. MGGP złożył Zamawiającemu oświadczenie, iż „przedłuża termin związania oferta o kolejne 60 dni”, jednakże oświadczenia tego nie można uznać za czynność prawnie skuteczną.

Po pierwsze, w ocenie Odwołującego, wyrażenie „przedłużyć”, oznacza „sprawić, że coś trwa dłużej, niż przewidywano”, „wydłużyć określony stan przed zakończeniem”, a nie „reaktywować”, „ponowić po przerwie” czy „rozpocząć od nowa”. Przedłużenie terminu związania ofertą nie może więc nastąpić ani wstecznie, ani po jego upływie. Gdyby nawet przyjąć, że powyższe jest możliwe (czemu Odwołujący przeczy), oświadczenie MGGP o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 60 dni złożone w dniu 18.06.2018r. w sytuacji, gdy termin ten upłynął dla oferty MGGP ponad 6 miesięcy wcześniej, tj. w dniu 3 stycznia 2018r. oznacza, że MGGP przedłużył termin związania od 4 stycznia o 60 dni, a więc do marca br. (względnie do maja, gdyby przyjąć możliwość dalszego przedłużenia tego terminu oświadczeniem z dnia 16.08.2018r.). Co więcej, w takich okolicznościach, kiedy MGGP przez okres ponad pół roku nie podjął żadnych działań w kierunku utrzymania stanu związania ofertą, nie można też twierdzić, że wykonawca w sposób dorozumiany przedłużał termin związania ofertą.

Odwołujący wskazał, że art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, na który powołał się MGGP w piśmie, stanowi wyraźnie o przedłużeniu terminu związania ofertą, a zatem o złożeniu oświadczenia, że stan związania ofertą, który jeszcze nie upłynął, wolą wykonawcy będzie trwał dłużej niż

określono to pierwotnie. Nie ulega więc, w ocenie Odwołującego, wątpliwości, że w celu utrzymania stanu związania ofertą koniecznym jest zapewnienie jego ciągłości. Nie można bowiem mówić o utrzymaniu stanu związania ofertą (skutecznym jego przedłużeniu), gdy wyznaczony pierwotnie termin związania ofertą upływie, a wykonawca dopiero po jego upływie wyrazi wolę przedłużenia terminu związania go złożoną przez niego ofertą. W konsekwencji, nie powinno być sporne, iż w dniu 06.09.2018 r. tj. w dniu przekazania przez Zamawiającego wykonawcom informacji o wyborze oferty MGGP jako najkorzystniejszej, MGGP nie był związany ofertą w Postępowaniu.

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą, natomiast zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 zamawiający odrzuca ofertę nieważną na podstawie przepisów odrębnych. Aby można było mówić o ofercie zgodnej z ustawą musi ona być ofertą w rozumieniu ustawy Pzp, odpowiadać definicji oferty. Ustawa Pzp nie zawiera wskazówek co należy rozumieć przez „ofertę”, zatem - stosując art. 14 ust. 1 ustawy Pzp - zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, należy odwołać się do regulacji cywilnoprawnych, co przesądza o kierunku analizy prawidłowości czynności dokonywanych w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z tym art. 66 § 1 i 2 k.c. ofertę stanowi każde oświadczenie woli stanowiące skierowaną do innej osoby stanowczą propozycję zawarcia umowy wraz z określeniem istotnych dla przyszłej umowy postanowień. Związanie zaś ofertą, wyraża się w tym, że po jej złożeniu oferent nie ma wpływu na dojście umowy do skutku. Innymi słowy adresat oferty (oblat) może przez przyjęcie oferty doprowadzić do zawarcia umowy o treści określonej w ofercie. W czasie, w którym oferta wiąże oferenta, zawarcie umowy zależy wyłącznie od decyzji jej adresata. Oferent nie ma więc wpływu na zawarcie umowy, choćby jego zamiar uległ po złożeniu oferty zmianie. Na gruncie Kodeksu cywilnego nie może zatem budzić wątpliwości, że stan związania ofertą jest elementem konstytutywnym oferty. Z. Radwański w „Systemie prawa cywilnego” wskazuje, że: „Związanie ofertą jest koniecznym skutkiem oferty wyznaczonym stanowczą decyzją oferenta o zawarciu umowy. Gdyby jego oświadczenie wskazywało, że konsekwencje te chce uchylić, nie miałyby ono charakteru stanowczego i w związku z tym nie można byłoby zakwalifikować go jako ofertę*

W ocenie Odwołującego nie jest ofertą oświadczenie woli wykonawcy, które nie charakteryzuje się stanem związania. Jeżeli więc on ustaje, ustaje także byt danego oświadczenia (czynności prawnej) jako oferty. Stan związania jest zatem warunkiem prawnej

skuteczności (ważności) oferty. Inaczej, oferta, która nie wiąże jest oferta nieważną. Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do „oferty” wykonawcy, która go nie wiąże - z uwagi na brak konstytutywnego elementu, jakim jest stan związania - uznać należy iż zachodzi podstawa do odrzucenia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

W ocenie Odwołującego powyższa konkluzja, iż stan związania jest warunkiem prawnej skuteczności (ważności) oferty, wynika także z przepisów ustawy Pzp:

- po pierwsze - z uwagi na powołane wyżej - wyraźnie określony ustawą Pzp obowiązek bezpośredniego stosowania Kodeksu cywilnego do spraw nieuregulowanych w ustawie Pzp, a więc m. in. do przedmiotowej kwestii;
- po drugie - z uwagi na regulacje ustawy Pzp, które także, wskazują iż stan związania ofertą jest elementem konstytutywnym oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazuje na to art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca pozostaje związany ofertą przez okres wskazany w siwz. Co istotne stan związania ofertą następuje tu bez względu na wolę zamawiającego i wykonawcy, tj. ex lege. Zamawiający uprawniony jest jedynie do określenia długości terminu związania i to w ustawowych granicach. Ponadto określenie terminu związania ofertą obligatoryjnym elementem siwz (art. 36 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp). Jednoznacznym jest więc, iż na gruncie ustawy Pzp nie jest możliwe złożenie oferty niewiążącej. Oferta niewiążąca jest bowiem sprzeczna z ustawą;
- po trzecie - należy zwrócić uwagę na art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, Jeżeli stan związania ofertą nie byłby na gruncie ustawy Pzp konstytutywną cechą oferty, to przepis ten pozbawiony byłby racji bytu. Skoro ustawodawca daje wykonawcom prawo podmiotowe do przedłużania terminu związania ofertą, to robi to w określonym celu, a celem tym jest właśnie utrzymanie stanu związania, a więc stanu ważności (skuteczności) oferty, aby oświadczenie o wyborze mogło być złożone przez zamawiającego wykonawcy, który jest zobowiązany do zawarcia umowy.

W ocenie Odwołującego na gruncie ustawy Pzp nie sposób twierdzić, iż można mówić o ofercie w odniesieniu do oświadczenia wykonawcy, które go nie wiąże. Termin związania ofertą oznacza bowiem okres, w którym funkcjonuje oświadczenie woli wykonawcy o zamiarze zawarcia z zamawiającym umowy na warunkach określonych w siwz, jeśli ten termin upływa i nie zostaje skutecznie przedłużony, to materialnie oferta pozostaje, ale wygasa oświadczenie wykonawcy, które z tej materii tworzyło deklarację zawarcia umowy (a więc de facto i de iure - istotę oferty).

Jednocześnie Odwołujący poniósł, iż brak związania ofertą stanowi przeszkodę w wyborze takiej „oferty” jako najkorzystniejszej. Jak wskazuje się w doktrynie „Nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem, że brak stanu związania ofertą nie jest przeszkodą w udzieleniu zamówienia wykonawcy, który pomimo braku związania ofertą w dalszym ciągu jest gotowy zawrzeć umowę z zamawiającym. W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż w prawie polskim nie występuje samoistna instytucja gotowości zawarcia umowy czy też woli zawarcia umowy. Do zawarcia umowy może dojść w jeden ze sposobów opisanych w przepisach księgi I Kc (złożenie i przyjęcie oferty, negocjacje, aukcja, przetarg). Gotowość zawarcia umowy, jako stan psychiczny przyszłego kontrahenta wyrażający się zamiarem zawarcia umowy (animus contrahendi), musi przybrać postać czynności prawnej, aby wywołać skutki w postaci zawarcia umowy lub powstania roszczenia o jej zawarcie. W przypadku przetargowego sposobu zawarcia umowy (a z takim mamy do czynienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) wyrażenie gotowości zawarcia umowy następuje poprzez złożenie oferty, zaś wyrażenie kontynuacji tego zamiaru - poprzez przedłużenie terminu związania ofertą. W sytuacji gdy przepisy prawa materialnego konstruujące instytucję oferty, przewidują dla jej bytu prawnego istnienie stanu związania ofertą, to wyrażenie gotowości zawarcia umowy może przybrać postać wyłącznie czynności prawnej polegającej na przedłużeniu terminu związania ofertą ". W konsekwencji, upływ terminu związania oferta, powoduje, iż - z racji nieprzedłużenia terminu związania - jest ona nieważna, a w związku z tym niezgodna z ustawą Pzp i jako taka powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP .

W zakresie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że przywołany artykuł stanowi, że odrzucenie oferty, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust 2 na przedłużenie terminu związania ofertą. W ocenie Odwołującego norma ta wyraża obowiązek odrzucenia oferty w każdym wypadku, gdy nie dojdzie do przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, a więc zarówno, gdy nie wyrazi on zgody w odpowiedzi na żądanie zamawiającego, jak również gdy samodzielnie nie przedłuży tego terminu. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 2097/17 z 23 października 2017 r. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż ustawodawca zadbał o prawo zamawiającego żądania od wykonawcy, który nie był pierwotnie wybrany, wniesienia wadium. Tym samym ustawodawca uznał, że istotne jest, by zamawiający dysponował instrumentem sankcyjnym wobec wykonawcy, któremu uprzednio wadium to zwrócił. Co więcej art. 46 ust 3 ustawy Pzp jest normą dwustronnie bezwzględnie obowiązującą. Zamawiający bowiem „żąda” a wykonawca „wnosi” wadium. Aby jednak w ogóle można było mówić o skuteczności sankcyjnej roli wadium wykonawca musi być związany ofertą. W przeciwnym wypadku, tj. w braku związania ofertą, nawet jeżeli

jest ona zabezpieczona wadium wykonawca będzie mógł uchylić się od negatywnych skutków odmowy zawarcia umowy. Wobec powyższego, zasada racjonalności ustawodawcy, wyznaczać musi nie inny kierunek interpretacyjny, niż ten, że wykonawca musi być wówczas związany ofertą. Jednocześnie ponieważ - jak wyżej wskazano - ustawa Pzp nie ustala wyjątku od obowiązków określonych w art. 46 ust, 3, w szczególności na wypadek upływu terminu związania ofertą, uznać należy, że albo w momencie tym wykonawca z woli ustawodawcy musi być związany ofertą, albo oferta takiego wykonawcy nie może być wybrana (podlega odrzuceniu), a wówczas nie dotyczy jej obowiązek o którym mowa w tym przepisie.

W ocenie Odwołującego powyższe potwierdza także art. 85 ust. 4 zdanie drugie Pzp, z którego wynika jednoznacznie, że po wyborze oferty najkorzystniejszej inne oferty mogą nie być zabezpieczone wadium, nie mogą jednak być w stanie „niezwiązania”. W końcu Odwołujący podkreślił, że zdaje sobie sprawę, iż w postanowieniu TSUE z dnia 13 lipca 2017r. w sprawie C-35/17 (Saferoad Grawil) Trybunał uznał, że art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, zasadę 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, co należy odczytywać, że nie jest dopuszczalne wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli podstawa wykluczenia nie wynika z przepisów prawa ani warunków zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niemniej, Odwołujący zwraca uwagę, że TSUE nie dokonał oceny prawa krajowego pod tym względem, ale oparł się wyłącznie na treści pytań prejudycjalnych, przeredagowując je ostatecznie w jedno uproszczone. W szczególności TSUE nie badał, czy na gruncie prawa polskiego stan związania ofertą jest elementem konstytutywnym oferty i jakie są w świetle tego prawa skutki braku stanu związania ofertą. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, ww. orzeczenie nie stoi na przeszkodzie odrzuceniu oferty, której stan związania upłynął. Jak bowiem wyżej wskazano, skutek taki wynika zarówno z przepisów ustawy Pzp, jak i z Kodeksu cywilnego, do którego bezpośrednio odsyłają przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł także, iż zaniechanie odrzucenia oferty, której stan związania upłynął, i co więcej wybór jej jako najkorzystniejszej, narusza podstawowe zasady zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ust, 1 ustawy Pzp. Jak wskazuje Izba w wyroku KIO 2097/17: „(...) na gruncie zamówień publicznych, nie jest dopuszczalna sytuacja; w której w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty niektórzy z wykonawców byłiby związani ofertą i ich oferta

byłaby zabezpieczona wadium (tam gdzie jest to przewidziane), a niektórzy z wykonawców nie byłoby związani ofertą i ich oferta nie byłaby zabezpieczona wadium. Oznaczałoby to, bowiem przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców, a w konsekwencji naruszałoby podstawą zasadę zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ZamPublU. Gdyby np. wybór dotyczył oferty, którą wykonawca nie jest związany i to od niego ostatecznie by zależało, czy taki wybór uwzględni i czy będzie chciał zawrzeć umowę, czy nie, przy czym ta druga możliwość, nie będzie się dla niego wiązała z utratą wadium, to taki wykonawca byłby w zdecydowanie korzystniejszej sytuacji, niż wykonawca, który jest związany ofertą." Podobnie Izba uznała w wyroku KIO 1395/17, KIO 1643/16 oraz KIO 776/13.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył ustawę Pzp nie odrzucając oferty Przystępującego z Postępowania i dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy MGGP. która powinna podlegać odrzuceniu.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej dla realizacji robót na odcinku Maksymilianowo - Kościerzyna linii kolejowej nr 201 wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego" w ramach projektu pn.: „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto".

W dniu 30 czerwca 2017 roku opublikowane zostało Ogłoszenie o zamówieniu (dowód: ogłoszenie o zamówieniu w aktach sprawy).

W dniu 14 sierpnia 2017 roku nastąpiło otwarcie ofert złożonych w Postępowaniu; oferty zostały złożone przez następujące podmioty:

- 1) Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku;
- 2) MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie (dalej „Przystępujący”);
- 3) Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- 4) konsorcjum firm: BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;
- 5) Idom Consulting, Enigneering, Architecture S.A.U. z siedzibą w Bilbao;
- 6) AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- 7) konsorcjum firm: Torprojekt Sp. z o.o. w Warszawie oraz Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi;

- 8) Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu;
- 9) konsorcjum firm: TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, TPF Getinsa Eurostudios S.L. z siedzibą w Madrycie.

(dowód: Informacja z otwarcia ofert z dnia 14 sierpnia 2017 r. - w aktach sprawy)

Przystępujący złożył w treści swojej oferty oświadczenie o związaniu się ofertą na okres 60 dni oraz przedłożył ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium (dowód: oferta MGGP S.A. - w aktach sprawy) - okres związania ofertą od dnia 14.08.2017 r. do dnia 12.10.2017 r.

W dniu 4 sierpnia 2017 r. roku Zamawiający wezwał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w postępowaniu o 60 dni (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 04.10.2017 r. - w aktach sprawy)

W dniu 9 października 2017 roku Przystępujący złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 60 dni, przedkładając jednocześnie aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium wydłużający termin jego ważności (dowód: pismo MGGP SA. z dnia 09.10.2017 r., znak pisma: K/OliŚ/36/10/2017/NM - w aktach sprawy) - okres związania ofertą od dnia 14.08.2017 r. do dnia 11.12.2017 r.

W dniu 25 października 2017 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez spółkę Transprojekt Gdański Sp. z o.o. (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 25.10.2017 r. - w aktach sprawy).

W dniu 6 listopada 2017 r. w Postępowaniu wpłynęły dwa odwołania (sygn. akt: KIO 2343/17, KIO 2344/17), na wybór oferty najkorzystniejszej. Wyrok KIO w powyższych sprawach odwoławczych został ogłoszony w dniu 28 listopada 2017 r.

W związku z powyższym okres zawieszenia terminu związania ofertą wywołany wniesieniem odwołań wynosił więc 23 dni, w związku z czym termin związania ofertą MGGP upłynął 03.01.2018 r.

W dniu 22 grudnia 2017 roku Zamawiający, w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2017 roku (sygn. akt: KIO 2343/17, KIO 2344/17), unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 25 października 2017 roku (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 22.12.2017 r. - w aktach sprawy).

W dniu 2 stycznia 2018 roku Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez spółkę Transprojekt Gdański Sp. z o.o. (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 01.02.2018 r. - w aktach sprawy)

W dniu 15 czerwca 2018 roku Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 2 stycznia 2018 roku i odrzucił ofertę złożoną przez spółkę Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z uwagi na niezapewnienie ciągłości wadium w okresie związania ofertą (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 15.06.2018 r. - w aktach sprawy).

W dniu 6 września 2018 roku Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez spółkę MGGP S.A. (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 06.09.2018 r. - w aktach sprawy).

Zgodnie z pkt 16.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej dla realizacji robót na odcinku Maksymilianowo - Kościerzyna linii kolejowej nr 201 wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto”, TOM I - Instrukcja dla Wykonawców (zwanej dalej: „IDW”): „ Wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez 60 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert”. (dowód: IDW- w aktach sprawy).

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nie uzyskaniu zamówienia. W wyniku ewentualnego uznania przez Izbę, że Zamawiającego dokonał niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oraz postanowieniami SIWZ czynności wyboru oferty Przystępującego, oferta Odwołującego jako sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert ma szansę na wybór jako oferta najkorzystniejsza i Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 8 ustawy Pzp

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, iż swoim działaniem Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 8 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołaną regulacją,

Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jest niezgodna z ustawą lub w przypadku, gdy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Odwołujący argumentował, iż związanie ofertą jest elementem konstytutywnym oferty składanej w postępowaniu, zaś upływ terminu związania ofertą, powoduje, iż z racji nieprzedłużenia terminu związania, jest ona nieważna, a w związku z tym niezgodna z ustawą Pzp i powinna zostać odrzucona.

Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. Po pierwsze, wskazać należy, iż w treści złożonego odwołania Odwołujący nie wskazał na konkretny przepis ustawy Pzp na podstawie, którego Izba miałaby stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Po drugie, wskazać należy, że w świetle przepisów ustawy Pzp brak jest jakiegokolwiek przepisu, który upływ terminu związania ofertą powodowałby nieważność oferty. Zauważyć należy, że doktryna prawa cywilnego uznaje, że okres związania ofertą wyznacza de facto okres ważności ofert, należy jednak wyraźnie podkreślić, że zasada związania ofertą sformułowana przez art. 66 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r., poz. 1025; zwanej dalej: „**Kodeksem cywilnym**” lub „**k.c.**”) doznaje modyfikacji na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. To nie wykonawca składający ofertę określa termin związania ofertą, ale zamawiający, jedynie w takich granicach, jakie określa art. 85 ust. 1 ustawy. To nie wykonawca formułuje treść zobowiązań wynikających z ewentualnego przyjęcia oferty przez zamawiającego, lecz jest ona wyznaczona postanowieniami SIWZ, a co za tym idzie, oferta składana przez wykonawcę stanowi rodzaj przyjęcia zaproszenia, niejako „oferty” zamawiającego w zakresie ustalenia przedmiotu zamówienia. Oferta, o której mowa w art. 66 kodeksu cywilnego, jest oświadczeniem wyrażającym stanowczą decyzję oferenta dotyczącą zawarcia umowy, przy czym sens tej stanowczości polega na tym, że zbędne są już po stronie oferenta jakiegokolwiek dalsze oświadczenia, aby umowa doszła do skutku. Ta właśnie stanowczość powoduje po stronie oferenta stan związania, polegający na tym, że oblat może przez samo przyjęcie oferty doprowadzić do zawarcia umowy o treści określonej w ofercie. Z uwagi na znaczną uciążliwość związania dla oferenta, stan ten został ograniczony terminem – po upływie którego związanie ofertą wygasa. W konsekwencji, po upływie tego terminu oferta w rozumieniu art. 66 k.c. traci swoją podstawową właściwość, jaką jest stanowczość woli zawarcia umowy skutkująca automatycznym zawarciem umowy w przypadku przyjęcia oferty przez oblata, a zatem nie może już być uznawana za ofertę skuteczną. Natomiast oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego waloru stanowczości, w rozumieniu wskazanym powyżej, nie posiada. Należy bowiem zauważyć, że dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej nie powoduje powstania pomiędzy nim, a wykonawcą stosunku umownego (automatycznego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego), a jedynie uprawnia go do żądania od wykonawcy złożenia kolejnego

oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy. Związanie ofertą na gruncie zamówień publicznych oznacza zatem jedynie powstanie po stronie wykonawcy obowiązku złożenia – w przypadku wyboru jego oferty – oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku, gdy wykonawca obowiązku tego nie dopełni, umowa nie zostanie zawarta. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, upływ terminu związania ofertą nie powoduje zatem utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu oblatowi (zamawiającemu) doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o skuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Analogiczne stanowisko wyrażone zostało także w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych (m.in. wyrok KIO z 18 maja 2016 r. sygn. akt KIO 672/16, wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 17 stycznia 2013 r. sygn. akt IX Ga 392/13, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 listopada 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14).

Zaznaczyć również należy, że Odwołujący w treści odwołania błędnie utożsamia skuteczność złożonej oferty z jej ważnością (lub nieważnością). Z nieważnością oświadczenia woli na gruncie przepisów ustawy Kodeks cywilny mamy do czynienia wówczas, gdy oświadczenie woli nie wywołuje żadnych skutków prawnych tak, jakby nigdy nie zostało złożone, np. oświadczenie woli złożone przez osobę pozbawioną zdolności do czynności prawnych, oświadczenie złożone przez osobę znajdującą się w stanie wyłączającym świadome lub swobodne podjęcie decyzji, niezachowanie formy oświadczenia, z którym przepisy prawa wiążą taki skutek. Natomiast nieskuteczność oświadczenia woli nie implikuje jego nieważności, a oznacza, że dana czynność, chociaż ważna, nie wywołuje skutków prawnych wobec określonych podmiotów lub będzie je wywoływała np. dopiero po wyrażeniu na to zgody przez uprawnione osoby. Odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp będzie zatem możliwe wówczas, gdy oferta złożona została przez osobę pozbawioną zdolności do czynności prawnych, dotknięta jest jedną z wad oświadczenia woli, o których mowa w art. 82 i nast. Kodeksu cywilnego, wobec braku stosownego umocowania składającego ofertę, brak własnoręcznego podpisu. Nie jest możliwym natomiast uznanie, że nieprzedłużenie okresu związania ofertą skutkuje jej nieważnością. Brak związania ofertą oznacza jedynie brak obowiązku zrealizowania treści oferty po stronie wykonawcy, ale nie niweczy prawo wykonawcy do zrealizowania oferty. W konsekwencji zamawiający w dalszym ciągu ma możliwość doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty, przy czym wykonawca może bez negatywnych dla siebie konsekwencji uchylić się od zawarcia takiej umowy (tak min wyr. KIO z 18.5.2016 r., KIO 672/16, wyrok SO w Rzeszowie z 16.2.2011 VI

Ga 192/10, wyr. KIO z 30.11.2015 r., KIO 2529/15, Legalis). Podkreślić również należy, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest niezasadny, bowiem żaden fragment odwołania nie wskazuje na jakikolwiek przepis prawa, który miałby zostać naruszony przez Zamawiającego, a dodatkowo byłby obwarowany sankcją nieważności.

W ocenie Izby nie można uznać, że nieprzedłużenie samodzielnie przez wykonawcę terminu związania ofertą jest sprzeczne z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że przepis ten nie nakłada na wykonawcę takiego obowiązku. Zauważyć także trzeba, że ograniczenie związania ofertą terminem określonym w myśl art. 85 ust. 1 ustawy Pzp służy ochronie interesów wykonawcy i ma na celu zapewnienie mu możliwości uchylenia się od podpisania umowy w sytuacji, gdy na skutek upływu czasu może on już nie być zainteresowany podpisaniem umowy na warunkach zaproponowanych w ofercie. A zatem, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, w sytuacji wyrażenia zgody przez wykonawcę, jest na gruncie przepisów ustawy Pzp dopuszczalne.

W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający dokonał dwukrotnego wyboru oferty wykonawcy Transprojekt Gdański sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający, po każdorazowym wyborze oferty wykonawcy Transprojekt Gdański sp. z o.o. dokonał zwrotu wadium wszystkim wykonawcom, z wyjątkiem wykonawcy Transprojekt Gdański sp. z o.o. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp przedłużenie terminu związania ofertą jest możliwe wyłącznie z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jednocześnie ustawodawca wskazał w art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, iż zamawiający ma obowiązek zwrócić wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej. Gdyby celem ustawodawcy było utrzymywanie ciągłości związania ofertą z jednoczesnym jej zabezpieczeniem w trakcie całego postępowania przetargowego tj. do momentu zawarcia umowy, to za zbędną należałoby uznać regulację zobowiązującą zamawiającego do oddania wykonawcom wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej. Zaznaczyć również należy, że skoro zgodnie z art. 46 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium, jeśli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, to tym samym uznać należy, mając na uwadze brzmienie art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, że ustawodawca dopuścił zarówno okres, w którym wykonawca nie będzie związany ofertą, jak i możliwość wyboru oferty wykonawcy, którego oferta nie jest w momencie wyboru zabezpieczona wymaganym wadium. Skoro zaś nie jest zabezpieczone wymaganym wadium, zwróconym przez zamawiającego na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, to w świetle art. 85 ust. 4 ustawy, wykonawca nie mógł skutecznie

przedłużyć okresu związania ofertą. W ocenie Izby, to właśnie w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych przez ustawodawcę w art. 46 ust. 4 ustawy Pzp wykonawca ma możliwość samodzielnego przedłużenia okresu związania ofertą i ponownego wniesienia wymaganego wadium.

W końcu zgodzić się należy z Odwołującym i Przystępującym, iż kwestia rozbieżności w zakresie skutków związania ofertą zostało przesądzone przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który postanowieniem z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie Saferoad Grawil et Saferod Kabex o sygnaturze akt: C35/17, wydanym w trybie prejudycjalnym, przesądził, iż zasadę 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 ani z przepisów obowiązującego prawa. Omawiane postanowienie Trybunału oznacza zatem, że nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty wykonawcy, jeżeli podstawa odrzucenia nie wynika wprost z przepisów prawa. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają przesłanki zobowiązującej zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą. Nie zawierają również regulacji zobowiązującej wykonawców do utrzymywania stanu związania ofertą z równoczesnym jej zabezpieczeniem przez cały okres trwania postępowania przetargowego, jak również nie wyłączają możliwości wyboru oferty wykonawcy, który nie utrzymywał stanu związania ofertą przez cały okres trwania postępowania przetargowego.

Tym samym, w ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp, bowiem w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych brak utrzymywania przez Przystępującego ciągłości związania ofertą i jej zabezpieczenia wymaganym wadium nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty takiego wykonawcy i w związku z tym oferta Przystępującego nie może być uznana za nieważną, nieistniejącą i podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 8 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę w każdym wypadku, wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą.

Wskazać należy, że w treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp jest odniesienie do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym należy dokonać wykładni art. 89 ust. 1 pkt 7a

ustawy Pzp poprzez odniesienie się do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy 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, a wykonawcy upłynął termin związania ofertą, brak jest podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. pkt 7a ustawy Pzp, gdyż w tej sytuacji nie można twierdzić, iż wykonawca nie wyraził zgody. W konsekwencji, Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, iż doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Wobec braku stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, 7a i 8 ustawy Pzp brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....