

WYROK

z dnia 26 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2016 r. przez wykonawcę **Comparex Poland Sp. z o.o. ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Prokuraturę Krajową, ul. Rakowicka 26/30, 02-528 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Integrated Solutions sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa,** zgłaszającego swój udział w sprawie o sygn. akt KIO 1898/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Comparex Poland Sp. z o.o. ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comparex Poland Sp. z o.o. ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Comparex Poland Sp. z o.o. ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Prokuratury Krajowej, ul. Rakowicka 26/30, 02-528 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Prokuratura Krajowa, ul. Rakowicka 26/30, 02-528 Warszawa (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) – zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wybór Licensing Solution Providers (LSP) - odsprzedawcy licencji oprogramowania Microsoft i usług stowarzyszonych dla powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury zgodnie z postanowieniami bezterminowych umów ramowych zawartych przez Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji z firma Microsoft”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 marca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 043-070786.

W dniu 30 września 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców - w tym wykonawcę Comparex Poland Sp. z o.o. ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa (dalej: „Odwołujący” lub „Comparex”) - o wyniku postępowania, polegającego na wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta wykonawcy Integrated Solutions sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa (dalej: „Przystępujący” lub „Integrated Solutions”). Tym samym pismem Zamawiający zawiadomił o czynności, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji na odrzuceniu jego oferty.

W dniu 10 października 2016 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na nieprzedłużenie przez niego terminu związania ofertą, pomimo iż ww. przepis nie daje podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z tej przyczyny,

2. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy w związku z art. 85 ust. 2 ustawy poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania z uwagi na nieprzedłużenie przez niego terminu związania ofert, pomimo iż Zamawiający nie zwracał się do Odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,

a w konsekwencji

3. naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy, przez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą,
4. art. 91 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Integrated Solutions, która nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
- dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wyjaśniał, że pismem z dnia 30 września 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców, w tym Odwołującego o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty (za jaką Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Integrated Solutions oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Zamawiający powołał się na okoliczność nieprzedłużenia przez Odwołującego terminu związania ofertą.

Zdaniem Odwołującego powyższa decyzja Zamawiającego nie miała jednak uzasadnionych podstaw.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców wyłącznie w trzech przypadkach, tj. wykonawców, którzy:

- a/ nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert,
- b/ nie wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo
- c/ nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Odwołujący wyjaśniał, że pierwsze dwie przesłanki nie dotyczą w żaden sposób Odwołującego, bowiem wniósł on prawidłowo wadium, a wobec wcześniejszego dokonania przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty i zwrotu wadium Odwołującemu (na podstawie art. 46 ust. 1 Ustawy, nie zachodziła przesłanka do jego ponownego wniesienia przez Odwołującego (co wynika z art. 85 ust. 4 zdanie drugie ustawy). W ocenie Odwołującego decyzja Zamawiającego odnosi się zatem do trzeciej z przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, na co wskazuje również pośrednio uzasadnienie faktyczne tej decyzji, tj. odwołanie się przez Zamawiającego do nieprzedłużenia przez Odwołującego terminu związania ofertą.

Odwołujący wskazywał jednak, iż powyższy przepis nie daje podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie przedłużył okresu związania ofertą. Podstawą do wykluczenia jest natomiast brak zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą. Tymczasem Odwołujący w toku postępowania nigdy nie wskazywał, iż nie zgadza się na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zamawiający dokonał zatem wykluczenia Odwołującego z postępowania bez ważnej podstawy prawnej.

Podobnie stwierdziła Krajowa izba Odwoławcza (KIO) np. w wyroku z dnia 27 listopada 2014 r., KIO 2416/14, wskazując, że: „Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p., zawierającego zamknięty katalog przesłanek wykluczenia - przesłanek wykluczenia z postępowania nie można interpretować rozszerzającą - można wykluczyć wykonawcę z postępowania, gdy w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie wyraził on zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Nie można przyjąć, w oparciu o ten przepis, że nieprzedłużenie związania ofertą w sytuacji braku wezwania przez zamawiającego, jest równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego. Zaznaczyć należy, że upływ terminu związania ofertą w żadnym przypadku, sam przez się, nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p., bowiem nie stanowi przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy.”

Niezależnie od powyższego, Zamawiający w toku Postępowania nie wzywał Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Dopiero brak zgody wykonawcy na przedłużenie tego terminu skutkuje wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

W ocenie Odwołującego z literalnego brzmienia powyższych przepisów wynika zatem jasno, że samo nieprzedłużenie terminu związania ofertą (na co powołał się Zamawiający w decyzji) nie stanowi podstawy do wykluczenia z postępowania, ale dopiero odmowa przedłużenia terminu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która uznała brak możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy zamawiający nie wzywał do przedłużenia terminu związania ofertą. Tak np. w wyrokach:

a) KIO 1281/15; KIO 1282/15 z dnia 29 czerwca 2015 r.

3. Wykluczenie wykonawców w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. jest możliwe jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się zamawiającego o przedłużenie terminu związania ofertą.

b) KIO 2529/15 z 30.11.2015 r.

2. Jednak jeśli upływ terminu związania ofertą następuje w toku postępowania, które nie zostało przez zamawiającego w tym terminie rozstrzygnięte, to na zamawiającym spoczywa obowiązek zwrócenia się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą, gdyż gwarantuje to zamawiającemu wyegzekwowanie od wykonawców obowiązku zawarcia umowy, w przypadku oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Błąd popełniony w tym zakresie przez zamawiającego nie może pociągać za sobą negatywnych skutków dla wykonawców, w szczególności w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania.

c) KIO 1410/14 z dnia 23 lipca 2014 r.

2. Nie może w świetle art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania nieprzedłużenie terminu związania ofertą przez wykonawcę w przypadku, gdy

Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie wzywał wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą a wykonawca samodzielnie nie dokonał takiej czynności. Dodać należy, że z żadnego obowiązującego przepisu ustawy nie wynika obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania w takim przypadku.

Wobec zaniechania przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą, wykluczenie go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy było bezpodstawne. W konsekwencji nieuzasadnione było również uznanie jego oferty za odrzuconą oraz dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty wykonawcy Integrated Solutions jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

W dniu 13 października 2016 r. do Izby, ze strony Integrated Solutions wpłynęło pismo, zawierające przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 26 października 2016 r., w toku niejawnego posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestnika postępowania, Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. Również w toku ww. posiedzenia Izby Przystępujący złożył pismo procesowe.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, pismo procesowe Przystępującego, odpowiedź na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia złożone na rozprawie, Izba ustaliła co następuje.

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością przedstawiono stan faktyczny sprawy, co zostało zreferowano powyżej.

Nie jest pomiędzy stronami sporne i znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania, iż w przypadku oferty Comparex 60-dniowy termin związania ofertą ostatecznie upłynął w dniu 26 czerwca 2016 r.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w żadnym momencie przedmiotowego postępowania, nie wzywał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, a Odwołujący nie składał żadnych odrębnych oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą przed jego upływem.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wymagania wynikające z przywołanego przepisu winny być spełnione na dzień wnoszenia odwołania i podlegają obligatoryjnemu badaniu przez Izbę, ich spełnienie warunkuje bowiem rozpoznanie odwołania co do istoty.

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał spełnienia materialnoprawnej przesłanki dopuszczalności odwołania wynikającej z art. 179 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem ustawy wykonawcy przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, jedynie w takiej sytuacji, gdy kumulatywnie zostaną spełnione następujące przesłanki:

1. wykonawca posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia
oraz
2. poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

W przeciwnym przypadku odwołanie podlega oddaleniu, bez badania zasadności podniesionych w nim zarzutów.

W rozpoznawanej sprawie Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący wykazał jedynie przesłankę opisaną w pkt 1 tj. wykazał, że posiadał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i oferta ta była korzystniejsza pod względem ceny od oferty wybranej, tym samym, gdyby Zamawiający nie wykluczył, go z postępowania, a jego oferty nie odrzucił, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby jednak Odwołujący nie wykazał zaistnienia drugiej z ustawowych przesłanek dopuszczalności odwołania, tj. nie wykazał, że poniósł lub że może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, co jest związane w tym przypadku z faktem, iż Odwołujący na skutek własnych działań (lub zaniechań) doprowadził do wygaśnięcia ważności ich oferty w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Wobec tego w ramach omawianego postępowania brak już jest wiążącej, wywierającej skutki prawne oferty Comparex. Tym samym oferta ta nie może już zostać wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza.

Powyższa konkluzja wynika z braku przedłużenia przez Odwołującego okresu związania ofertą, czego następstwa związane są ze znaczeniem tej instytucji, ustalonym na gruncie przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego. W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 24 września 2012 r. o sygn. akt. KIO 1924/12, w który stwierdzono: *„Przed omówieniem znaczenia i skutków okresu, czy też terminu,*

związania ofertą i jego upływu, tytułem wstępu wskazać należy, iż Pzp nie jest swoistą, oderwaną od całego porządku prawnego, regulacją, autonomicznie i zupełnie normującym stosunki danego rodzaju. Przeciwnie, ustawę należy potraktować jako *lex specialis* w stosunku do regulacji Kodeksu cywilnego, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (arg. z art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp). W świetle wskazanych wyżej przepisów zamówienia publiczne pozostają umowami zawieranymi pomiędzy równoprawnymi podmiotami - zamawiającym oraz wykonawcą, i jako takie stanowią przykład zwykłych stosunków cywilno-prawnych regulowanych w K.c., z zastrzeżeniem wszelkich materialnych czy proceduralnych, szczególnych wymagań, przewidzianych w przepisach Pzp, co do ich treści i sposobu nawiązywania. Powyższe znajduje dodatkowe potwierdzenie w stosowanych, generalnych odesłaniach do regulacji Kc, zawartych w art. 14 oraz 139 ust. 1 Pzp.

W ramach i w trakcie stosunków z wykonawcami, nawet będący organem administracji publicznej zamawiający, nie działa jako taki organ, ale jako strona wielostronnych lub dwustronnych stosunków cywilnoprawnych. Z tego względu nieuprawnione jest przyjmowanie i postulowanie, iż zamawiający winien działać tylko i wyłącznie w granicach przepisów Pzp i tylko na podstawie wyraźnie wskazanych w ustawie uprawnień oraz zdefiniowanych w niej czynności i kompetencji. Przeciwnie, obok czynności mu przez ustawę nakazywanych oraz definiowanych w jej przepisach ściśle, zamawiający uprawniony jest do przedsięwzięcia różnorodnych czynności i podejmowania wszelkich decyzji, których przepisy lub zasady w ustawie wyrażone nie zakazują lub których podjęcie do naruszenia ww. przepisów lub zasad nie doprowadzi, a także ich podjęcie nie będzie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 5 Kc) lub nie będzie zmierzało do obejścia przepisów prawa (art. 58 Kc.). Podejmowanie działań i decyzji tego typu będzie miało miejsce zwłaszcza w przypadku, gdy wynikać to będzie z innych przepisów.

W związku z powyższym należy przeciwstawić się pogładowi, że wszelkie czynności czy instytucje ustawie nieznane, tylko z tego względu nie mogą wywierać skutków prawnych. Tego typu sytuacja występuje np. w przypadku wygaśnięcia związania ofertą, którego skutki definiować i rozpoznawać należy na gruncie norm K.c., których przepisy ustawy w tym zakresie nie modyfikują, ale pozostają z nimi w pełnej zgodności i korelacji. Oferta może więc być uznana za wygasłą czy niewiążącą, nawet bez jej formalnego odrzucenia lub wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepisy art. 89 i 24 Pzp.

W tym zakresie należy w pełni poprzeć i powielić stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 7 września 2012 r. (sygn. akt KIO 1817/12 i 1822/12).

Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 24 lutego 2010 r. (sygn. SK 22/08) wskazał na możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu

związania ofertą. Pogląd ten jest zgodny z aktualnym stanem prawnym, obecnie przepisy nie wymagają zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie związania ofertą (vide art. 94 Pzp).

Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych odróżnić jednak należy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty poprzedzającej udzielenie zamówienia.

Nie budzi wątpliwości Izby, że wybór oferty najkorzystniejszej musi nastąpić w terminie związania ofertą, a wykonawca winien być związany złożoną ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert.

Pogląd ten znajduje oparcie w art. 85 ust. 2 Pzp, który stanowi, że wykonawca, samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak, niż 60 dni. Co prawda ustawa nie stanowi *expressis verbis* o konieczności utrzymania stanu związania ofertą przez wykonawcę, jednakże wymóg ten w zestawieniu z regulacjami K.c. statuuje, co powoduje konieczność przedłużenia terminu związania ofertą w czasie związania ofertą. Przedłużyć, czyli – zgodnie z językowym znaczeniem tego pojęcia - spowodować, że coś trwa dłużej, niż przewidziano, można jedynie istniejący stan prawny. Stan prawny, który ustał, może być wyłącznie restytuowany - ustanowiony na nowo. Możliwości takiej ustawa w odniesieniu do terminu związania ofertą nie przewiduje.

W konsekwencji termin związania ofertą ustalony przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownie do wymagań zawartych w art. 36 ust. 1 pkt 9 oraz art. 85 ust. 1 Pzp, nie może upłynąć, lecz winien być przedłużany, tak aby stan związania ofertą wykonawcy nie ustał (vide: Komentarz do art. 85 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.).

Przy czym art. 85 ust. 2 Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku dokonania wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą. Używając czasownika „może” oraz ograniczając aktywność zamawiającego do jednokrotnego wezwania do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, ustawodawca powierzył utrzymanie stanu związania ofertą przede wszystkim wykonawcy. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga należytej staranności wykonawcy obejmującej zapobiegliwość dla ochrony swoich praw w postępowaniu i polega m.in. na utrzymaniu stanu związania ofertą.

Oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania oferta winno być złożone w sposób wyraźny i jasny, w formie w SIWZ przewidzianej i dopuszczanej w art. 27 Pzp. Nie

podlega ono ustaleniu na podstawie innych czynności wykonawcy – korespondencji z zamawiającym, wnoszenia środków ochrony prawnej, wykonywania czynności faktycznych lub prawnych związanych z przedłużaniem ważności wadium.

Oczywiście również w postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenia woli wykonawcy winny być interpretowane z zastosowaniem dyrektyw wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego, szczególnie art. 65 Kc. Istnienie oświadczeń woli wykonawcy nie może być jednak domniemywane, ani przez zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, ani przez Izbę w postępowaniu odwoławczym.(...)

Z faktu, że ustawodawca dopuścił możliwość przerwy w zabezpieczeniu oferty wadium, nie należy wywodzić możliwości przerwy w związaniu ofertą, oferta oraz wadium stanowią bowiem odrębne instytucje ustawowe. W myśl art. 182 ust. 6 Pzp bieg terminu związania ofertą może jedynie ulec zawieszeniu, podczas, gdy przerwanie stanu zabezpieczenia oferty przez wadium wynika z art. 46 Pzp.

Przed wszystkim jednak w ocenie skutków terminu związania ofertą i jego znaczenia, należy odwołać się do przepisów Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 66 § 1 K.c. oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Natomiast § 2 tego przepisu stanowi: „Jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie; złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia.”

Na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego stan związania ofertą jest więc istotnym, konstytutywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy, stanowiącego ofertę. Różnica w stosunku do przepisów ustawy ustalających obowiązki zamawiającego wskazania pierwszego, podstawowego terminu związania ofertą w stosunku do przepisu art. 66 § 2 K.c. gdzie termin związania ofertą co do zasady określa oferent, nie jest istotna. Zarówno w przypadku zawierania umowy w drodze przyjęcia oferty przez oblatę opisanego w ww. przepisach K.c., jak też w przypadku przetargu publicznego, gdzie następuje wybór najkorzystniejszej oferty (skutkującym co prawda nie bezpośrednim nawiązaniem stosunku umownego ale powstaniem zobowiązania i tym samym roszczenia do odrębnego zawarcia umowy) – dla wywarcia przez ofertę i jej wybór lub przyjęcie, wskazanych wyżej skutków prawnych, konieczne jest aby oferent pozostawał nią związany.

Zgodnie z postanowieniami art. 66 K.c. oświadczenie woli stanowi ofertę jeśli zawiera istotne postanowienia umowy i ma charakter stanowczy. Oświadczenie wiąże oferenta przez czas przez niego wskazany, jeśli w tym okresie adresat oferty (oblat) złoży oświadczenie o

przyjęciu oferty dochodzi do zawarcia umowy. Związanie jest koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty (vide: Komentarz do art. 66 kodeksu cywilnego, [w:] B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda, Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz, LEX, 2009).

Analogicznie stanowisko, co do znaczenia instytucji związania ofertą zajęli przedstawiciele doktryny w publikacji „Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449”, pod. red. K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2011, gdzie na str. 384, w komentarzu do art. 66 K.c., wskazano: „Oferent jest swą ofertą związany (art. 66 § 1 in fine), w następstwie czego adresat oferty może poprzez jej przyjęcie doprowadzić do zawarcia umowy” [w przypadku przetargu publicznego, oczekiwać zawarcia umowy po wyborze oferty jako najkorzystniejszej – przypis Izby]. I dalej: „W okresie związania ofertą, oferent musi pozostawać w stanie gotowości do wykonania umowy, licząc się z przyjęciem oferty przez oblata. Sytuacje tego rodzaju są zwykle bardzo uciążliwe. Stąd najczęściej związanie oferenta trwa tylko przez oznaczony czas, po upływie którego oferta wygasa.”

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, iż wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym oferent był swoją ofertą związany, oferta wygasa. Tym samym staje się ona ofertą jedynie w znaczeniu historycznym lub substratem materialnym oferty, a nie wiążącym oferenta oświadczeniem woli o gotowości zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach.

Powyższe znajduje potwierdzenie w znowelizowanym brzmieniu art. 85 ust. 2 Pzp, w którym ustawodawca dał wykonawcy możliwość samodzielnego, niezależnego od inicjatywy zamawiającego, przedłużania okresu związania swoją ofertą. Zmiana stanu prawnego w tym zakresie podyktowana została koniecznością zapobieżenia sytuacji, w której możliwe było doprowadzanie przez zamawiającego do eliminacji ofert z postępowania przez brak czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą.

W innym wypadku ww. regulacja art. 85 ust. 2 Pzp i możliwość samodzielnego przedłużania przez wykonawców terminu związania ich ofertami ponad minimum wymagane przez zamawiającego, byłyby w istocie zbędne, skoro wykonawcy i bez takiego przedłużenia oraz poddania się rygorom i konsekwencjom z powyższym związanym, mogliby liczyć na pozostawanie ich oferty w postępowaniu oraz jej przyjęcie, tj. wybór jako najkorzystniejszej.

Natomiast sprzecznym z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji byłoby jednakowe traktowanie wykonawców związanych złożoną ofertą (wobec których zamawiający zachowywałby wszelkie roszczenia wynikające ze związania ofertą) oraz wykonawców ofertą swoją nie związanych, którzy mogą zawrzeć umowę wyłącznie na zasadzie dobrowolności bez zagrożenia jakąkolwiek dolegliwością.

W doktrynie wskazuje się, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest wielostronnym stosunkiem prawnym (vide: R. Szostak – „Przetargowy wybór oferty najkorzystniejszej na tle europejskich tendencji rozwojowych” w „Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych – Polska na tle UE”, red. A. Borowicz, UZP, Warszawa 2012). Izba wyraża pogląd, że wykonawca przystępuje do niego przez złożenie oferty i zachowuje w nim swoje prawa przez związanie złożoną ofertą. Jeżeli termin związania ofertą upływa, wykonawca nie jest już stroną takiego stosunku prawnego nawiązanego przez złożenie oferty.

Podsumowując należy stwierdzić, że o ile ustawa dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, to wybranie oferty, którą wykonawca nie jest związany, narusza prawo”.

Podkreślenia wymaga, że stanowisko Izby przedstawione powyżej koresponduje z argumentacją zawartą w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 13 lutego 2014 r., zapadłego w sprawie o sygn. akt I Ca 495/13.

Podsumowując, Izba jeszcze raz wskazuje, iż termin związania ofertą przez Comparex upłynął, nie podlega on przywróceniu i z tego względu oferta Odwołującego, w ramach rozpoznawanego postępowania, nie może zostać uznana za najkorzystniejszą. Tym samym brak jest zaistnienia przesłanki możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego. Przyjęcie takiego stanowiska przez Izbę skutkuje niedopuszczalnością możliwości skorzystania przez wykonawcę Comparex ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe odwołanie podlega oddaleniu, bez badania zasadności podniesionych w nim zarzutów.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust.1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 pkt 1 i 2 lit b) i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: