

Sygn. akt: KIO 1832/16

WYROK

z dnia 17 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Chudzik**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, CESPA COMPAÑIA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES S.A. z siedzibą w Barcelonie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź – Urząd Miasta Łodzi,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3, wykluczenie wykonawcy Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R.P. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża Miasto Łódź – Urząd Miasta Łodzi i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź-Urząd Miasta Łodzi – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pn. *Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2016-2019.*

W dniu 30 września 2016 r. Konsorcjum: FBSerwis S.A., CESPА COMPАÑIA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES S.A. wniosło odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawców S.P. i R.P. prowadzących wspólnie działalności pod firmą Zakład Usług Ogrodniczych S. i R.P. spółka cywilna oraz – ewentualnie – zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowanie wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu w zakresie części III zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 66 § 1 i 2 k.c. oraz w zw. z art 14 k.c. oraz art. 26 ust 3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz w zw. z § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W zakresie zarzutów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Zakład Usług Ogrodniczych S. i R.P. s.c. Odwołujący wskazał, że wykonawca ten wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, przedstawiając pisemne zobowiązanie, z którego wynika, że podmiot udostępniający *zobowiązuje się do solidarnej odpowiedzialności wspólnie z Wykonawcą za szkodę powstałą u Zamawiającego wskutek niedostępności tych zasobów o ile powstała ona z mojej [jego] winy oraz do prowadzenia nadzoru i kontroli wykonywania usług w toku realizacji zamówienia.* W żadnym jednak z fragmentów ww. zobowiązania nie znalazło się wskazanie, czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia oraz w jaki sposób wykonawca będzie mógł z udostępnianych zasobów korzystać.

Odwołujący podniósł, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jako przykładowy środek dowodowy w zakresie udowodnienia zamawiającemu dysponowania potencjałem innego podmiotu wymienia pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów. Termin „pisemne zobowiązanie” oznacza w tym przypadku dokument utrwalony w formie pisemnej (z własnoręcznym podpisem), określający treść zobowiązania

zaciąganego przez podmiot udostępniający potencjał na rzecz wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Pisemne zobowiązanie jest dokumentem kreującym treść stosunku zobowiązaniowego pomiędzy podmiotem udostępniającym zasoby, a wykonawcą, który z tych zasobów na określonych w zobowiązaniu zasadach będzie mógł skorzystać. Podstawowe cechy zobowiązaniowego stosunku prawnego określa przepis art. 353 § 1 k.c. Zgodnie z jego treścią, zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić. Z przywołanego przepisu jednoznacznie wynika, że istotnym elementem zobowiązania jest świadczenie, a więc zgodne z treścią zobowiązania zachowanie dłużnika, realizujące interes wierzyciela. Świadczenie jest przedmiotem zobowiązania i spoczywającego na dłużniku długu, zachowaniem (a częściej zespołem zachowań), które dłużnik powinien podjąć w interesie wierzyciela. W przypadku świadczeń złożonych, każde z poszczególnych składających się na nie zachowań jest przedmiotem odrębnego obowiązku dłużnika, któremu odpowiada roszczenie wierzyciela i którego realizacja może być wymuszona w drodze postępowania sądowego i egzekucyjnego. Świadczenie jest elementem konstrukcyjnym stosunku zobowiązaniowego. Oznacza to, że bez jego oznaczenia stosunek zobowiązaniowy w ogóle nie powstaje. Stosownie do treści art. 353 § 2 k.c., świadczenie może polegać na działaniu albo zaniechaniu. Świadczenie może przybierać postać czynności prawnej, faktycznej bądź też składać się z szeregu zachowań dłużnika przybierających postać zarówno czynności prawnej, jak i faktycznej. Określenie świadczenia podmiotu udostępniającego jako „prowadzenie nadzoru i kontroli” jest na tyle nieprecyzyjne, że w istocie nie wskazuje, do czego zobowiązał się dłużnik, a czego wierzyciel będzie mógł się od niego domagać. Nie wiadomo, jaki nadzór, w jakim trybie (czy np. w drodze bezpośredniego czuwania osoby oddelegowanej, czy też na odległość, za pomocą środków komunikacji elektronicznej albo formalnej akceptacji dokumentów potwierdzających wykonanie zamówienia przez wykonawcę), przez kogo czy przez ile osób w istocie miałyby być świadczone. Oznacza to, że pisemny dokument dołączony do oferty w ogóle nie stanowi zobowiązania w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego (do których to przepisów odsyła wprost ustawa Pzp na mocy postanowienia art. 14). Ponadto lakoniczność ww. zobowiązania nie pozwala Zamawiającemu ocenić, czy zakres udostępnianych zasobów i sposób ich wykorzystania będzie adekwatny do przedmiotu zamówienia oraz czy zapewni realną dostępność wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia. Nie jest wiadome, jak dalece podmiot udostępniający swoje zasoby świadcząc na rzecz wykonawcy „nadzór” czy „kontrolę” będzie w stanie ingerować w sposób wykonania zamówienia, czy będzie w stanie szybko reagować na różnego rodzaju sytuacje faktyczne zaistniałe w toku realizacji usługi. Nie wiadomo, czy „nadzór” i „kontrola” miałyby być realizowane na bieżąco w trakcie

świadczenia przez wykonawcę usługi, czy też z założenia miały one posiadać charakter kontroli następczej.

Tym samym – zdaniem Odwołującego – treść wspomnianego zobowiązania nie jest wystarczająca dla oceny, czy wykonawca będzie mógł w toku realizacji zamówienia realnie dysponować doświadczeniem podmiotu udostępniającego w stopniu gwarantującym należyte wykonanie zamówienia, tj. w takim samym zakresie, jak gdyby posiadał własne doświadczenie. Wobec powyższego, zasadnym jest nakazanie Zamawiającemu wezwanie Zakładu Usług Ogrodniczych S. i R.P. s.c. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających realne dysponowanie przez niego potencjałem udostępnianym podmiotu trzeciego.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprzedłużenia terminu związania ofertą Odwołujący wskazał, że Zamawiający przekazał wykonawcom (w tym również wybranemu wykonawcy) wezwanie do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, informując ich jednocześnie, że termin ten upłynąć miał z dniem 31 sierpnia 2016 r. W odpowiedzi na to pismo wszyscy wykonawcy – z wyjątkiem Zakładu Usług Ogrodniczych S. i R.P. s.c. – stosowną zgodę jednoznacznie wyrazili. W dniu 26 sierpnia 2016 r. wpłynął jedynie do Zamawiającego dokument aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej, która załączona została do oferty tego wykonawca jako dowód wniesienia wadium.

Zdaniem Odwołującego, fakt przedstawienia dokumentu wadium nie może być uznany za wyrażenie wymaganej przepisami prawa zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych Odwołujący podniósł, że czynność przedłużenia ważności wadium nie zastępuje złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, a wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie może przyjąć postaci zgody dorozumianej. Zgoda ta musi zostać Zamawiającemu zakomunikowana wprost, w sposób bezpośredni. Stwierdzić zatem należy, że w stanie faktycznym sprawy wybrany wykonawca zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie udzielił. Przestał zatem być związany złożoną przez siebie ofertą wraz z końcem dnia 31 sierpnia 2016 r.

Odwołujący podniósł, że na gruncie prawa cywilnego związanie treścią złożonej oferty jest jednym z najważniejszych dla oferenta skutków złożenia oferty. Stan związania ofertą polega na tym, że po jej złożeniu oferent nie ma już wpływu na zawarcie umowy z adresatem oferty, bowiem wyłącznie do oblata należy decyzja w zakresie przyjęcia oferty. Związanie ofertą jest koniecznym skutkiem złożenia oferty wyznaczonym stanowczą decyzją oferenta o zawarciu umowy. Gdyby jego oświadczenie wskazywało, że konsekwencje tę chce on uchylić, jego oświadczenia o zamiarze zawarcia umowy nie można by zakwalifikować jako ofertę. Zawarcie umowy następuje bowiem na skutek złożenia przez

oblata jednostronnego oświadczenia woli o przyjęciu oferty, a więc zależy wyłącznie od decyzji oblata. Stan związania ofertą ustaje z chwilą bezskutecznego upływu terminu do jej przyjęcia, a także z chwilą złożenia przez oblata oświadczenia o odrzuceniu oferty. W sytuacji gdy adresat oferty przyjmie ją w odpowiednim terminie i w odpowiedni sposób, wymagany w danych okolicznościach, umowa zostaje zawarta. Uchylenie się od skutków zawarcia umowy przez oferenta w zasadzie jest już niemożliwe. Powstaje normalny stosunek zobowiązaniowy, a w braku przystąpienia oferenta do wykonania umowy oblat może dochodzić roszczeń mu przysługujących na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego. W przypadku przyjęcia oferty w drodze aukcji lub przetargu samo dokonanie wyboru oferty może nie powodować jeszcze skutku w postaci zawarcia umowy. Będzie tak w sytuacji, gdy przepisy szczególne wymagają dla ważności umowy zachowania formy szczególnej. Jeżeli w takiej sytuacji oferent (lub oblat) uchylałby się od zawarcia umowy, wówczas druga strona może dochodzić zawarcia umowy na drodze sądowej (art. 702 § 3 k.c. i art. 703 § 3 k.c.). W takim przypadku prawomocne orzeczenie sądu zastąpi oświadczenie drugiej strony o zawarciu umowy. Niemniej jednak również i w takim przypadku spóźnione przyjęcie oferty należy kwalifikować według zasad ogólnych. Tym samym po upływie terminu związania oferta skuteczne przyjęcie oferty w przetargu prowadzonym na zasadach określonych w art. 701-705 k.c. możliwe nie będzie. Przyjęcie takiej oferty nie doprowadzi do zawarcia umowy w trybie przetargowym - będzie ono miało walor nowej oferty, która może zostać przyjęta przez pierwotnego oferenta.

Zdaniem Odwołującego, istota stanu związania treścią oferty na gruncie prawa zamówień publicznych jest analogiczna do tej, opartej na gruncie przepisów kodeksu cywilnego. Przepisy o zamówieniach publicznych wprowadzają jedynie niewielkie modyfikacje odnośnie instytucji związania ofertą. Ustawodawca postanowił bowiem uregulować ściśle takie zagadnienia jak termin związania ofertą, możliwość zmiany lub wycofania oferty, nieznanie kodeksowi cywilnemu przedłużenie terminu związania ofertą oraz jego zawieszenie. W pozostałym zakresie skutki związania ofertą oraz upływu takiego związania należy na gruncie zamówień publicznych oceniać w sposób tożsamy, jak w przetargu prowadzonym na podstawie art. 701-705 k.c. W tym zakresie brak jest bowiem jakiegokolwiek regulacji szczególnej ustawy Pzp, która pozwalałaby na odmienną interpretację. Zastosowanie znajdzie tu zatem reguła odsyłająca, zapisana w art. 14 ustawy Pzp, zgodnie z którą w przypadku, gdy przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy k.c. Powyższe oznacza, że w przetargu prowadzonym na podstawie przepisów ustawy Pzp, Zamawiający (oblat w rozumieniu Kodeksu cywilnego) może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej (przyjąć ofertę) wyłącznie w okresie

związania oferenta jej treścią. Dokonanie wyboru (przyjęcia) oferty po upływie terminu związania ofertą nie może skutkować zgodnym z prawem zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż w takim przypadku czynność wyboru oferty najkorzystniejszej stanowiłaby de facto złożenie kolejnej oferty (tzw. kontroferty) przez zamawiającego. Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych zawarcie umowy na skutek oferty złożonej przez zamawiającego dopuszczalne nie jest. Jednoznacznie przesądza to o braku możliwości dokonania przez zamawiającego wyboru takiej oferty, której treścią wykonawca nie jest już związany.

Brak skutecznego przedłużenia terminu związania ofertą powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Takie stanowisko jest uzasadnione na gruncie zarówno językowej, jak i celowościowej wykładni powołanego przepisu. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Ostatnia z wymienionych w tym przepisie przesłanek wykluczenia wykonawcy została przez ustawodawcę określona jako negacja sytuacji, w której wykonawca zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą (gdy nieprawdą jest, że wykonawca zgodę na przedłużenie okresu związania wyraził). Obejmuje ona zatem swoją hipotezą wszelkie stany faktyczne inne niż ten, w którym zgoda została przez wykonawcę skutecznie wyrażona. Będą to zatem sytuacje, w których: 1) przed upływem terminu związania ofertą wykonawca informuje zamawiającego, że na przedłużenie okresu związania ofertą zgody nie wyraża, 2) do upływu terminu związania ofertą wykonawca o swoim stanowisku co do przedłużenia okresu związania zamawiającego w ogóle nie informuje. Każda z powyższych sytuacji oznacza bowiem, że zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą przez wykonawcę wyrażona nie została. *Ratio legis* powołanego przepisu wyraża się w chęci ustawodawcy wyeliminowania z postępowania wszystkich tych ofert, których treść dla wykonawców nie jest już wiążąca. Różnicowanie sytuacji, w których wykonawca swoją ofertą nie jest już związany, odpowiednio z uwagi na odmowę przedłużenia terminu związania ofertą albo przemilczenie (brak wyrażenia jakiegokolwiek stanowiska w tym zakresie, równoznaczny z brakiem przedłużenia okresu związania) nie znajduje jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia. Skutki prawne wynikające z powyższych zachowań wykonawcy są tożsame – w jednym i drugim przypadku stan związania ofertą ustaje. Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla stawiania w gorszej sytuacji wykonawcy, który jednoznacznie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą odmówił. Jest wręcz przeciwnie, wyraźna odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą jest bardziej pożądana z punktu widzenia

przejrzystości postępowania, gdyż eliminuje ona jakiegokolwiek wątpliwości czy domysły co do stanowiska wykonawcy w przedmiotowej kwestii. Wykonawca, który za późno wyraża swoje stanowisko co do przedłużenia okresu związania ofertą winien być z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bezwzględnie wykluczony.

Zdaniem Odwołującego, ewentualne przyjęcie, że dopuszczalne jest dokonanie wyboru niewiążącej oferty jako najkorzystniejszej powodowałoby całkowitą zbędność regulacji dotyczącej przesłanki wykluczenia wykonawcy (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp) oraz dotyczącej możliwości przedłużenia terminu związania samodzielnie lub na wniosek zamawiającego (art. 85 ust. 2 ustawy Pzp). Gdyby bowiem intencją racjonalnego prawodawcy było dopuszczenie do sytuacji, w której wykonawca niezwiązany swą ofertą może, w zależności od swej woli zawrzeć umowę albo odmówić jej zawarcia, to w ogóle nie wprowadzałby ostatniej przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro wykonawca miałby możliwość zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego pomimo niezwiązania swą ofertą, to zupełnie niecelowym byłoby wykluczanie go z postępowania w sytuacji niewyrażenia zgody na przedłużenie terminu zawarcia umowy (przy jednoczesnym pozostawieniu takich wykonawców, którzy w przedmiocie zgody w ogóle się nie wypowiedzieli, a swoimi ofertami również nie są już związani). Wykonawca natomiast nie miałby żadnego interesu w tym, aby będąc wezwany do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania oferta w ogóle zamawiającemu udzielać odpowiedzi. Skoro nie mógłby być wykluczony (bez wyraźnej odmowy wyrażenia zgody) to nie byłoby powodów, dla których miałby oświadczać, że zgodę wyraża. Podobnie nie miałaby żadnego znaczenia regulacja wskazująca na możliwość przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę.

Odwołujący podkreślił, że instytucja związania ofertą pełni tę zasadniczą funkcję, że zabezpiecza zamawiającego przed prowadzeniem postępowania i angażowaniem środków (w tym często unijnych) w sytuacji, w której postępowanie mogłoby nie zostać rozstrzygnięte z uwagi na wycofanie się wykonawcy (odmowę podpisania umowy). Wynikająca stąd nieskuteczność postępowania prowadziłyby do opóźnień w wykonywaniu zadań publicznych, a w przypadku zamówień dofinansowanych ze środków wspólnotowych mogłaby nawet grozić utratą tych środków (z uwagi na przekroczenie przewidzianych w umowach o dofinansowanie terminów warunkujących wypłatę dofinansowania, które bardzo często są niezwykle rygorystyczne). Funkcja uregulowania dotyczącego przedłużenia terminu związania ofertą samodzielnie przez wykonawcę lub na wniosek zamawiającego przejawia się natomiast w umożliwieniu przedłużenia tego stanu pewności po stronie zamawiającego, aby postępowanie nie było kontynuowane w sytuacji, w której wykonawca mógłby bez utraty wadium umowy z zamawiającym nie podpisać. Funkcja ta nie byłaby zrealizowana, gdyby

wykonawca mógł, pozostawiając bez odpowiedzi wnioski zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie związania ofertą bądź nie przedłużając związania z własnej inicjatywy, kontynuować swój udział w postępowaniu (nie będąc już związany ofertą), a po wyborze oferty podpisania umowy po prostu odmówić.

W ocenie Odwołującego, stosując zgodnie z art. 14 ustawy Pzp przepisy kodeksu cywilnego należy stwierdzić, że oferta po upływie terminu związania jej treścią wygasa w tym sensie, że dokonanie jej wyboru staje się niemożliwe. Oferta taka traci swoją ważność i wygasa. Staje się ona wówczas niezgodna z ustawą (tj. z przepisami ustawy Pzp oraz odpowiednimi przepisami Kodeksu cywilnego, do których stosowania odsyła przepis art. 14 ustawy Pzp). Powyższe obliguje Zamawiającego do odrzucenia takiej oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W świetle powyższego, oferta Zakładu Usług Ogrodniczych S. i R.P. s.c. winna zostać przez Zamawiającego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odrzucona, a wykonawca ten winien zostać z postępowania wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została wybrana i odrzucenia tej oferty, ewentualnie (na wypadek nieuwzględnienia powyższych żądań) – nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy, którego oferta została wybrana do uzupełnienia dokumentów potwierdzających zakres udziału podmiotu udostępniającego w wykonywaniu zamówienia oraz sposób wykorzystania udostępnianych zasobów.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i 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 nieuzyskaniu zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R.P. Izba ustaliła, że pismem z 19 sierpnia 2016 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. Wskazał, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium oraz że termin związania ofertą upływa w dniu 31 sierpnia 2016 r. i że powiadomienie Zamawiającego w ww. terminie o braku zgodny na przedłużenie

terminu związania ofertą, zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

W dniu 26 sierpnia 2016 r. do Zamawiającego wpłynął aneks 02GJ11/00027/A01 do gwarancji zapłaty wadium nr 02GJ11/16/00027 z dnia 1 czerwca 2016 r. dotyczący wykonawcy Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R.P. z tytułu wadium w przetargu na *Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2016-2019, Część 3 (Łągiwniki-Arturówek)*. Ww. aneksem przedłużono okres ważności wadium do 31 października 2016 r. Wraz z aneksem nie przekazano Zamawiającemu żadnego pisma wykonawcy, w tym pisma zawierającego zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R.P. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przywołanym wyżej przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Po pierwsze podkreślenia wymaga, że należy odróżnić sytuację, w której wykonawca na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą od sytuacji, w której zamawiający takiego wezwania do wykonawcy nie kieruje. W ocenie Izby przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy pierwszego z ww. przypadków, przepis ten mówi bowiem o niewyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, przez które należy rozumieć zachowanie wykonawcy w razie skierowania przez zamawiającego wezwania. Przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu odnosi bowiem do wezwania zamawiającego – *zamawiający może (...) zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu (...)*.

Zdaniem Izby, na gruncie przepisów ustawy Pzp sam fakt nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie powoduje niemożliwości wyboru oferty i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy, będące regulacją szczególną w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego, nie wiążą negatywnych skutków z brakiem związania ofertą. Wyjątkiem jest sytuacja, w której zamawiający żąda od wykonawców przedłużenia terminu związania ofertą. W takim bowiem przypadku ustawa Pzp w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wprost stanowi, że niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Niezależnie więc od ogólnej tezy, że stan

związania ofertą nie jest warunkiem *sine qua non* zawarcia umowy, art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, który będąc wezwany do przedłużenia terminu związania ofertą, zgody na to nie wyraził.

W niniejszej sprawie okolicznością bezsporną jest fakt, że Zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą. Bezsporny jest również fakt, że wykonawca Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R.P. takiej zgody wprost nie wyraził. Rozstrzygnięcia wymagało, czy fakt przedłużenia terminu ważności wadium może być poczytany jako wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i czy zgoda taka może być wyrażona w sposób dorozumiany.

W ocenie Izby przedłużenie terminu ważności wadium nie może być rozumiane jako wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Należy zwrócić uwagę, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odrębnie wypowiada się o przedłużeniu terminu ważności wadium oraz o przedłużeniu terminu związania ofertą, nakazując wykluczenie wykonawców, którzy nie wnieśli wadium (w tym na przedłużony okres związania ofertą) albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. W świetle powyższego przepisu może zatem zaistnieć sytuacja, w której wadium zostało wniesione, a wykonawca zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie wyraził. Gdyby natomiast dla uznania, że wykonawca wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą wystarczające było przedłużenie ważności wadium, zbędny byłby przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 w tej części, w której mówi o braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Biorąc pod uwagę brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie sposób uznać, że o kwestii wykluczenia wykonawcy z postępowania rozstrzyga wyłącznie kwestia przedłużenia wadium, obojętne jest natomiast odrębne wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Należy również zwrócić uwagę na przepis art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, który mówiąc o jednoczesności przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia okresu ważności wadium wyodrębnia jednak te dwie czynności. Podkreślenia wymaga również, że niezależnie od braku zakazu zawarcia umowy z wykonawcą, któremu termin związania ofertą upłynął, Zamawiający z punktu widzenia własnych interesów może być zainteresowany w uzyskaniu zapewnienia o przedłużeniu tego terminu i skoro kieruje do wykonawców wezwaniem, następuje to w tym celu, aby takie zapewnienie uzyskać, nie zaś domyślać się intencji wykonawcy czy wnioskować o nich z innych dokonanych czynności.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że przedłużenie terminu ważności wadium przez wykonawcę Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R.P. nie mogło być poczytane jako przedłużenie terminu związania ofertą, a niezłożenie oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie tego terminu było okolicznością skutkującą obowiązkiem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Powyższej oceny nie zmienia sposób sformułowania przez

Zamawiającego wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą. Zamawiający na rozprawie wskazał na fragment wezwania, w którym poinformował, że powiadomienie Zamawiającego w ww. terminie o braku zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą, zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Analizując jednak pełną treść wezwania należy zwrócić uwagę, że Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że zwraca się o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz wskazał, że przedłużenie tego terminu jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium, zatem sposób sformułowania wezwania nie dawał wykonawcy podstaw do uznania, że wystarczającą reakcją będzie jedynie przedłużenie ważności wadium. Dodatkowo podkreślić należy, że od wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy oczekiwać staranności właściwej podmiotowi zawodowo prowadzącemu działalność gospodarczą, po drugie – zamawiający nie może poprzez określone sformułowanie wezwania modyfikować norm przepisów powszechnie obowiązujących.

Podsumowując, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R.P..

Odwołanie nie podlegało natomiast uwzględnieniu w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 66 § 1 i 2 k.c. oraz w zw. z art 14 k.c. Po pierwsze – jak już wyżej wskazano – brak związania ofertą na gruncie ustawy Pzp nie skutkuje zakazem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zakaz taki znajdował oparcie na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do dnia 23 października 2008 r. W ówczesnym stanie prawnym zamawiający miał obowiązek zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, jednak nie później niż przed upływem terminu związania ofertą. Zmiana stanu prawnego w zakresie art. 94 ust. 1 ustawy Pzp dokonana ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), a która weszła w życie 24 października 2008 r. zerwała jednak z tą zasadą, pozostawiając jedynie terminy minimalne. Od 24 października 2008 r. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą jest zatem dopuszczalne, co potwierdził Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu postanowienia z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08. 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 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 i ważną. 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. Tym samym nie ma przeszkód do dokonania wyboru takiej oferty, a następnie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. 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). W związku z tym bezpodstawne jest twierdzenie, że oferta, którą

wykonawca przestał być związany, jest niezgodna z ustawą i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Oczywiście brak negatywnych skutków nieprzedłużenia terminu związania ofertą należy odnosić wyłącznie do sytuacji, w której zamawiający nie wezwał wykonawcy do przedłużenia tego terminu, a wykonawca nie uczynił tego z własnej inicjatywy. Skierowanie takiego wezwania, jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, powoduje powstanie obowiązku przedłużenia tego terminu lub poniesienia konsekwencji w postaci wykluczenia z postępowania.

Podsumowując, Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R.P.. W związku z tym, że naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu, a Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 3, wykluczenie wykonawcy Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R.P. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

W związku z powyższym Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutu ewentualnego, dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust 3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz w zw. z § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R.P. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających zakres udziału podmiotu udostępniającego w wykonywaniu zamówienia oraz sposób wykorzystania udostępnianych zasobów. Był to zarzut sformułowany na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania z uwagi na niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W związku z tym, że Izba nakazała Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R.P. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, rozpoznanie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów byłoby bezprzedmiotowe.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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: