

Sygn. akt: KIO 109/13

WYROK

z dnia 31 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2013 r. przez Tradex Systems Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Tradex Systems Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Tradex Systems Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup bibliotek taśmowych wraz z oprogramowaniem Data Protector oraz usługami gwarancyjnymi w okresie 36 miesięcy”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 09.11.2011 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2011/S 215-350649.

W dniu 09.01.2013 r. zamawiający zawiadomił Tradex Systems Sp. z o.o. w Warszawie (zwana dalej „Tradex”) o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania z dnia 09.02.2012 r. (w wykonaniu wyroku SO w Warszawie), a także o wykluczeniu wykonawców składających oferty w postępowaniu (w tym Tradex) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, w związku z okolicznościami faktycznymi opisanymi jako upływ terminu związania ofertą. Ponadto poinformowano, iż postępowanie zostaje unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z brakiem ofert nie podlegających odrzuceniu.

W dniu 18.01.2013. Tradex wniosła odwołanie względem ww. czynności zamawiającego, tj. wykluczenia jej z postępowania i unieważnienia postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;

3. dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano:

„[...]”

2. Podejmując polemikę z uzasadnieniem decyzji o unieważnieniu Postępowania trzeba wyjść od ogólnego stwierdzenia, że ustawa Pzp w swoim obecnym brzmieniu pozwala na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nawet po upływie terminu związania ofertą. Wskazuje na to wykładnia historyczna przepisu art. 94 Pzp. Przepis art. 94 ust. 1 w jego pierwotnym brzmieniu przewidywał zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie później niż przed upływem terminu związania ofertą. Po noweli z 2006 r. w art. 94 dodano przepis ust. 1a, który złagodził rygoryzm ust. 1. Przepis ten stanowił, że „Umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta po upływie terminu związania ofertą, jeżeli zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty przed upływem terminu związania ofertą, a wykonawca wyraził zgodę na zawarcie umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie.” Następnie w wyniku nowelizacji z 2008 r. w art. 94 ust. 1 zniesiono wymóg zawarcia umowy przed upływem terminu związania ofertą. Jednocześnie skreślono cyt. ust. 1a, który uzależniał zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą od tego, czy wybór oferty został dokonany przed upływem tego terminu. Pozwala to na sformułowanie wniosku, że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów umowa w sprawie zamówienia może być skutecznie zawarta również w przypadku, gdy wybór oferty dokonano po upływie terminu związania ofertą. Jest to rozwiązanie racjonalne i wpływające korzystnie na ekonomikę procedur zamówień publicznych. Wprawdzie instytucja związania ofertą chroni zamawiającego (oblata) do momentu upływu terminu związania ofertą i przyznaje mu prawo żądania zawarcia umowy. Nie oznacza to jednak, iż po upływie terminu związania ofertą nie może dojść do zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie. Brak po stronie wykonawcy (oferenta) obowiązku zawarcia umowy nie oznacza bowiem braku możliwości jej zawarcia. Jeśli po stronie wykonawcy nadal istnieje wola zawarcia umowy, to nie ma żadnych przeszkód prawnych dla podpisania kontraktu. Potwierdza to poniższa argumentacja.

3. Nie ulega wątpliwości, że art. 89 ust. 1 Pzp. zawierający wyczerpujący katalog przyczyn odrzucenia oferty, nie daje żadnej podstawy prawnej do odrzucenia oferty przetargowej na skutek upływu terminu jej związania.

4. Nie jest również prawidłowe stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o unieważnieniu Postępowania (pismo z dnia 9.01.2013 r.), że dokument stanowiący pierwotnie ofertę, nie posiadający aktualnego terminu związania ofertą „należy uznać za nieobowiązujący”. Jak trafnie zwróciła uwagę Izba w uzasadnieniu wyroku z

19.10.2010 r. (K10/2204/10) „ustawa Prawo zamówień publicznych nie pozwala na pozostawienie bez rozpatrzenia oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego np. ze względu na upływ terminu związania oferta. Każda oferta podlega rozpatrzeniu pod względem wymagań formalnych, a następnie merytorycznych, co w konsekwencji może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, lub odrzuceniem oferty.”

5. Natomiast dokładniej należy przyrzeć się wskazanej przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania podstawie prawnej wykluczenia z Postępowania wszystkich wykonawców (art. 24 ust. 2 pkt 2), co w konsekwencji doprowadziło Zamawiającego do uznania ofert wszystkich wykonawców za odrzucone (art. 24 ust. 4). Ze względu na zakres zarzutów dalsze wywody zostaną ograniczone wyłącznie do oceny decyzji o wykluczeniu z Postępowania Odwołującego, natomiast kwestia zasadności wykluczenia z Postępowania pozostałych wykonawców zostanie pominięta.

Należy wyjść od ogólnego stwierdzenia, że katalog przyczyn wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazany w art. 24 ust. 1 i 2 ma charakter zamknięty. Oznacza to, że nie można wykluczyć wykonawcy z przyczyn innych, niż wymienione w tych przepisach. Przesłanek wykluczenia nie można też interpretować rozszerzająco, ponieważ w swych skutkach prowadzą do wyeliminowania wykonawców z postępowania i uniemożliwiają im uzyskania zamówienia (wyrok Izby z 2.08.2010 r., KIO 1469/10).

Zgodnie z powołanym przez Zamawiającego przepisem art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Jest poza sporem, że Odwołujący wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, jak również na przedłużony okres związania ofertą. Nie jest również sporne, że w Postępowaniu nie zaistniała sytuacja, o której mowa w art. 46 ust. 3. Pozostaje do rozpatrzenia zaistnienie czwartej i ostatniej przesłanki wykluczenia objętej hipotezą art. 24 ust. 2 pkt 2, tj. braku po stronie wykonawcy zgody na przedłużenie okresu związania ofertą.

Analiza przepisów ustawy wskazuje, że tylko w jednym wypadku ustawodawca odwołuje się do zgody wykonawców na przedłużenie terminu związania ofertą. Ma to miejsce w sytuacji, o której mowa w art. 85 ust. 2 in fine: „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.” Dopełnieniem tego przepisu jest art. 85 ust. 3, zgodnie z którym „Odmowa wyrażenia zgody, o której mowa

w ust. 2, nie powoduje utraty wadium". Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 in fine znajduje więc zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenia terminu związania ofertą, a wykonawca takiej zgody nie wyraził.

Bezspornie Odwołujący nie był, stosownie do art. 85 ust. 2 Pzp, wzywany do przedłużenia terminu związania ofertą, a co za tym idzie - nie można przyjąć, że Odwołujący nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą.

W tym miejscu należy dodać, że nie ma żadnych podstaw do stosowania rozszerzającej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 2 i rozciągania działania tego przepisu na inne niż wskazane tam sytuacje, w szczególności na przypadki, w których doszło do samoistnego upływu terminu związania ofertą wyznaczonego przez zamawiającego, bez wzywania wykonawcy do jego przedłużenia. Jest tak z dwóch przyczyn. Po pierwsze, przepis jest jasny, co w myśl zasady clara non sunt interpretando oznacza, że nie wymaga dodatkowych zabiegów interpretacyjnych. Po drugie, analiza przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawartych w art. 24 ust. 1 i 2 wskazuje, że odnoszą się one zawsze do pewnych właściwości wykonawców lub nagannych, względnie niezgodnych z żądaniem zamawiającego zachowań wykonawców w toku postępowania lub przed jego wszczęciem. W tym kontekście nie znajduje żadnego aksjologicznego uzasadnienia rozszerzająca wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 2, która dawałaby podstawę do wykluczenia wykonawcy działającego zgodnie z warunkami przetargu i żadaniami zamawiającego.

W tym względzie na uwagę zasługuje wyrok Izby z 2.08.2010 r. (KIO 1469/10), w którym trafnie zwrócono uwagę na to, że: „W świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczyć z postępowania można wyłącznie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający wyklucza takiego wykonawcę jedynie w sytuacji, gdy wystąpił do niego o przedłużenie terminu związania ofertą. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji bezczynności i zaniechania Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Zwrot „nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą" wyraźnie wskazuje, że przed wykluczeniem z postępowania w pierwszej kolejności zamawiający musi wystąpić do wykonawców o jego przedłużenie. Dopiero brak zgody wykonawcy bądź nie przedłużenie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie zamawiającego powoduje, że istnieją przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Przesłanek wykluczenia z postępowania nie można interpretować rozszerzająco, ponieważ w swych skutkach prowadzą do wyeliminowania wykonawców z postępowania i uniemożliwiają im uzyskania zamówienia."

W związku z powyższym nie zaistniała w stosunku do Odwołującego przesłanka wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a co za tym idzie - nie wypełniła się przesłanka unieważnienia Postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Jedynie z ostrożności procesowej Odwołujący pragnie podnieść dodatkowe argumenty wskazujące na bezzasadność decyzji Zamawiającego - i to niezależnie od tego, czy przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp daje podstawę do wykluczenia wykonawcy, który nie przedłużył z własnej inicjatywy terminu związania ofertą.

Bezspornie Odwołujący był związany swoją ofertą do dnia 16.04.2012 r. Decyzja o unieważnieniu Postępowania podjęta przez Zamawiającego w dniu 9.02.2012 r. stała się prawnie skuteczna z dniem 5.03.2012 r., tj. z dniem ogłoszenia wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalającego odwołanie Odwołującego się na tę decyzję. Jest tak, ponieważ wyroki Izby są prawnie skuteczne z dniem ich ogłoszenia i jako takie stanowią z tą chwilą tytuł egzekucyjny. Wniosek taki wynika z art. 197 ust. 1 Pzp w zw. z art. 185 ust. 7 Pzp i art. 777 § 1 pkt 1 i 781 kpc, które nie wiążą egzekwowalności wyroku Izby z jego prawomocnością lub natychmiastową wykonalnością. Harmonizuje to z przepisem art. 182 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega, zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. Natomiast już wniesienie skargi na wyrok Izby nie wstrzymuje biegu terminu związania ofertą, co pośrednio wskazuje na skuteczność wyroku Izby.

Oznacza to, że od dnia 5.03.2012 r., tj. od dnia ogłoszenia wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą w poprzednim postępowaniu odwoławczym dotyczącym tego Postępowania, Postępowanie, jako skutecznie unieważnione, było w stanie niebytu prawnego. W konsekwencji żaden z wykonawców, w tym Odwołujący, nie mógł skutecznie dokonywać żadnych czynności w Postępowaniu. Odnosi się to również do czynności przedłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący mógł prawnie skutecznie przedłużyć termin związania ofertą dopiero z pierwszym dniem, w którym Zamawiający poinformował go o unieważnieniu - na skutek wykonania wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 14.08.2012 r. - czynności unieważnienia Postępowania. Odwołujący w tym samym dniu, w którym otrzymał informację o unieważnieniu czynności unieważnienia Postępowania, tj. w dniu 9.01.2013 r., przedłużył po raz kolejny termin związania ofertą, a zatem uczynił zadość ewentualnemu obowiązkowi utrzymania ciągłości terminu związania ofertą przez cały czas trwania Postępowania (do czasu trwania postępowania nie można bowiem wliczać okresu, w którym było ono skutecznie unieważnione).

Powyższe prowadzi do wniosku o niedopuszczalności przyjęcia wykładni przepisów Pzp, z której wynikałaby konieczność nieprzerwanego związania ofertami w okresie pomiędzy skutecznym (a więc potwierdzonym wyrokiem Izby) unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a unieważnieniem takiej decyzji przez Zamawiającego na skutek zmiany wyroku Izby przez sąd powszechny. Wykładnia taka niweczyłaby cel ochrony prawnej zapewnionej skargą do sądu na wyrok Izby oddalający odwołanie na

czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli więc nawet uznać, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP daje generalnie podstawę do wykluczenia wykonawcy, który nie przedłużył terminu związania oferta z własnej inicjatywy, to przepis ten nie powinien i nie może mieć zastosowania w sytuacji będącej przedmiotem rozpoznania niniejszego odwołania.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością przedstawiono stan faktyczny sprawy, co zostało zreferowano powyżej. Ponadto Izba wskazuje, iż stan faktyczny sprawy nie jest pomiędzy stronami sporny.

Tradex z własnej inicjatywy złożyła w dniu 10.02.2012 r. zamawiającemu oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium (gwarancji ubezpieczeniowej), do dnia 16 kwietnia 2012 r..

Zgodnie z art. 182 ust. 6 Pzp bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu w dniach 20.02-05.03.2012 r. w związku z wniesieniem odwołania przez Tradex Sp. z o.o. (odwołanie oznaczone sygn. akt KIO 356/12). W związku z powyższym termin związania ofertą Tradex upłynął w dniu 30.04.2012 r.

W dniu 09.02.2012 r. zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Powyższa czynność została zaskarżona przez Tradex, której odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła wyrokiem z dnia 5 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 356/12).

Skargą z dnia 19.03.2012 r. Tradex zaskarżyła ww. wyrok Izby do Sądu Okręgowego w Warszawie, który wyrokiem z dnia 14 sierpnia 2012 r. (sygn. akt V Ca 788/12) zmienił wyrok Izby – unieważnił czynność unieważnienia postępowania i nakazał zamawiającemu dokonanie czynności otwarcia ofert.

W dniu 09.01.2012 r. zamawiający wykonał ww. wyrok SO w Warszawie, unieważnił czynność unieważnienia postępowania i unieważnił je ponownie czynnością zaskarżoną w ramach niniejszego odwołania.

Oświadczenie o „ważności” oferty i jej zabezpieczeniu wadium do dnia 28.02.2013 r. Tradex złożyła pismem z dnia 04.01.2013 r., które wpłynęło do zamawiającego w dniu 07.01.2013 r.

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. Przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody mają charakter materialnoprawny i muszą być spełnione kumulatywnie, w przeciwnym razie odwołanie podlega oddaleniu, bez badania zasadności podniesionych w nim zarzutów.

Powyższego uprawnienia, odmówiono Tradex ze względu na brak możliwości poniesienia szkody na obecnym etapie postępowania. Brak możliwości poniesienia szkody, powiązanej z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, związany jest w tym przypadku z faktem, iż odwołujący, na skutek własnych działań (lub zaniechań) doprowadził do wygaśnięcia ważności swojej oferty w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W niniejszym postępowaniu brak już oferty Tradex, rozumianej jako wywierające skutki prawne i wiążące oferenta oświadczenie woli, zmierzające do wywołania i nawiązania, określonych w adekwatnych przepisach, dalszych skutków i stosunków prawnych – oferta ta nie może już zostać wybrana. Powyższa konkluzja wynika z braku przedłużenia przez odwołujących okresu związania ofertą, czego następstwa związane są ze znaczeniem tej instytucji, ustalonym na gruncie przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego.

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, gdzie naczelną zasadą pozostaje zasada swobody kontraktowania (art. 353¹ K.c.). 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 odrzucania lub wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepisy art. 89 lub 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 (niejako jej „przybicie” przez zamawiającego) musi nastąpić w terminie związania ofertą, a wykonawca winien być związany złożoną ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert.

W pierwszej kolejności, odnośnie oceny skutków i znaczenia instytucji związania ofertą ograniczonego w czasie (terminu związania ofertą), 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 ciągle istotnym, konstytutywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy, stanowiącego ofertę (niezależnie od zmian nowelizacyjnych w definicji legalnej oferty zawartej w ww. przepisach K.c.). Różnica w stosunku do przepisów ustawy ustalających obowiązek 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 oblata 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. Przy czym oświadczenie wiąże oferenta przez czas przez niego wskazany – w tym okresie adresat oferty (oblat) może złożyć oświadczenie o przyjęciu oferty, przez co dochodzi do zawarcia umowy. Związanie (a nie wskazanie w ofercie terminu związania) jest więc wciąż koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty (*vide*: Komentarz do art. 66 kodeksu cywilnego, [w:] B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiewicz-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.”

Abstrahując od różnorodnych konwencji terminologicznych i konstrukcji teoretycznych opisu instytucji prawnych, przyjmowanych przez różnych przedstawicieli doktryny, w sferze praktycznej dokładnie taki samo znaczenie związania ofertą przyjmowane jest w *System Prawa Cywilnego, Prawo cywilne – część ogólna, tom 2, pod red. Zbigniewa Radwańskiego, C.H. Beck i Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa, r.*

2008, gdzie na str. 327 wskazuje się m.in.: „Złożenie oferty wywołuje skutek prawny polegający na związaniu oferenta ofertą. Pośrednio, ale jednoznacznie wyraża go art. 66 § 2 KC. [...]. Związanie jest koniecznym skutkiem oferty wyznaczonym stanowczą decyzją oferenta o zawarciu umowy.” Natomiast odnośnie okresu związania komentujący wypowiadają się w ten sposób (str. 327): „Stan związania dla oferenta jest uciążliwy, ponieważ musi on liczyć się z przyjęciem oferty przez oblata [...]. Z tego względu związanie oferenta ograniczone jest terminem – przede wszystkim oznaczonym przez oferenta; w braku takiego oznaczenia należy go ustalać według reguł określonych w art. 66 § 2 KC”. Dalej (na str. 328 ww. publikacji) podkreśla się znaczenie terminu związania oferenta jego ofertą: „Z treści art. 66 § 2 KC wynika bowiem, że związanie oferenta zawsze ma charakter terminowy.”

I właśnie wyrazem respektowania przez ustawodawcę powyższej zasady, jest konstrukcja pierwotnego określania i następnie przedłużania terminu związania ofertą, przyjęta w art. 85 Pzp.

Przy czym dla oceny powyższego nie ma znaczenia rozróżnienie i podział na „ofertowy system zawierania umów” i „przetargowy system zawierania umów”, wyprowadzane doktrynalnie z przepisów Kodeksu cywilnego. Żaden z powyższych „systemów” nie da wprost zastosować się do modelu kontraktowania przyjętego na gruncie przepisów Pzp. Do przepisów K.c. należy w tym przypadku sięgać w celu ustalenia znaczenia cywilnoprawnych instytucji, którymi przepisy ustawy się posługują. Natomiast zarówno na gruncie art. 66, jak i art. 70³ K.c. związanie ofertą jest nieodzowne dla jej ważności, tj. wywierania przez nią obligacyjnych skutków prawnych.

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, iż również na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia, 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. Także przyjęcie oferty, która wygasa, nie będzie zgodne z warunkami przetargu determinowanymi przez przepisy ustawy, ale będzie przyjęciem nowej, innej oferty.

Pogląd ten znajduje oparcie w regulacji Pzp przenoszącej instytucję związania ofertą na grunt udzielania zamówień publicznych oraz dookreślającej i modyfikującej kodeksowe zasady ustalania terminu związania ofertą i jego przedłużania.

Zgodnie z art. 85 ust. 1 Pzp oferent jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (z podaniem maksymalnych okresów związania, które zamawiający może w warunkach przetargowych przewidzieć). Następnie art. 85 ust. 2 Pzp, 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 wskazuje *expressis verbis* na konieczność utrzymania stanu związania ofertą przez wykonawcę, jednakże wymóg ten w zestawieniu z regulacjami K.c., niewątpliwie ustanawia. Co z kolei prowadzi do konieczności przedłużenia terminu związania ofertą w czasie jego obowiązywania. Przedłużyć można jedynie istniejący stan prawny, czyli zgodnie z językowym znaczeniem tego pojęcia „spowodować, że coś trwa dłużej, niż przewidziano. 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. W ustawowej konstrukcji terminu związania ofertą i jego przedłużania, a więc utrzymania wzajemnego stosunku obligacyjnego oferenta i oblata, zważone i uwzględnione zostają, interesy i potrzeby obu stron stosunku przetargowego. Z jednej strony zamawiający może zobowiązać wykonawcę do utrzymania stosunku związania ofertą tylko w czasie ograniczonym i z góry określonym, z

drugiej strony wykonawca z własnej inicjatywy, w związku z upływem okresu związania ofertą, może ten termin dowolnie przedłużać według własnej woli i uznania, jeżeli chce utrzymać ważność swojej oferty.

Oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą 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.

Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu Tradex, poza oświadczeniem z dnia 10 lutego 2012 r., żadnych oświadczeń woli w przedmiocie przedłużenia swojego związania ofertą nie składała. Dopiero po upływie terminu związania ofertą, w dniu 7 stycznia 2013 r. stwierdziła, iż jej oferta pozostaje ważna. W konsekwencji po dniu 30 kwietnia 2013 roku, swoją ofertą złożoną w ramach przedmiotowego postępowania, nie była już związana.

Z faktu, że ustawodawca dopuścił możliwość przerwy w zabezpieczeniu oferty wadium, nie należy wywodzić możliwości przerwy w związania 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.

Jeszcze raz należy podkreślić, że 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. Jednakże cel ww. instytucji, czyli możliwości samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą przez wykonawcę i wnioski z niego wynikające są też inne: ustawodawca przypisuje związaniu wykonawcy ofertą i jego utrzymaniu istotne znaczenie, które było omawiane powyżej. W innym wypadku znowelizowana regulacja art. 85 ust. 2 Pzp i możliwość samodzielnego przedłużania przez wykonawców terminu związania ofertą

ponad minimum wymagane przez zamawiającego, byłyby w istocie zbędne, skoro wykonawcy i bez takiego przedłużenia oraz poddania się rygorom i obligacyjnym konsekwencjom z tym związanym, mogliby liczyć na pozostawanie ich oferty w postępowaniu oraz jej przyjęcie, tj. wybór oferty jako najkorzystniejszej.

Ponadto 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, co do których zamawiający nie ma żadnej pewności, że ofertą są związani, i którzy mogą w tym przedmiocie wielokrotnie zmieniać zdanie.

Nie ma ofert wiążących (ważnych) bezterminowo (*vide* cytowany wyżej *System Prawa Cywilnego...*), czyli podkreślana przez odwołującego, jako zasadniczy element definicyjny oferty, stanowcza wola zawarcia umowy, przejawia się w aspekcie czasowym, co z kolei, jak wynika z art. 85 ust. 1 i 2, Pzp musi zostać odpowiednio, przez strony stosunku przetargowego, wyrażone i ustalone. W szczególności wykonawca dla utrzymania się w przedłużającym się przetargu, winien przedłużyć swoje związanie ofertą ponad termin określony pierwotnie przez zamawiającego.

Na zakończenie można wskazać, iż w doktrynie wskazuje się również, 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). W ślad za tym 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.

Natomiast względem zamawiającego nie wywiązującego się ze swoich powinności ustawowych, w tym również prowadzącego postępowanie niezgodnie z zasadami współżycia społecznego czy ustalonymi zwyczajami, wykonawcy zawsze przysługiwały będą roszczenia na zasadach ogólnych, w tym oparte o wykazanie zaistnienia *culpa in contrahendo*.

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, nie jest możliwe.

Tym samym raz jeszcze Izba wskazuje, iż termin związania ofertą przez Tradex upłynął, nie podlega on przywróceniu i z tego względu oferta ta nie może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż wyroki Izby nie są prawomocne od chwili ich ogłoszenia. Izba nie dostrzega więc przeszkód dla których odwołujący nie mógł przedłużyć terminu związania swoją ofertą po ww. wyroku Izby z dnia 5 marca 2012 r., tym bardziej, iż wyrok ten zaskarżył licząc na jego wzruszenie (co zresztą uzyskał).

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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).

.....