

Sygn. akt: KIO 2104/19

WYROK
z dnia 30 października 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 października 2019 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 października 2019 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **(1) BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, (2) BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Uniwersytet Morski w Gdyni z siedzibą w Gdyni**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powrót do czynności badania i oceny ofert w postępowaniu**
2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Morski w Gdyni z siedzibą w Gdyni** i:
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **(1) BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, (2) BBC Best Building**

Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie
tytułem wpisu od odwołania,

- b) zasądza od **Zamawiającego: Uniwersytetu Morskiego w Gdyni z siedzibą w Gdyni** na rzecz **Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: (1) BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, (2) BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 18 października 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: (1) BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, (2) BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie, dalej: „Odwołujący” lub „BBC”.

Postępowanie na „Wykonanie dokumentacji projektowej budowy hali sportowej i akademika Uniwersytetu Morskiego w Gdyni” prowadzi Zamawiający: Uniwersytet Morski w Gdyni. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 30.04 2019r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr 2019/S 084-200779.

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na:

- unieważnieniu postępowania z uwagi na rzekomy brak ważnej oferty oraz wadę postępowania;
- uznaniu, że oferta BBC po upływie terminu związania ofertą określonego w SIWZ jest nieważna i zaniechaniu wyboru oferty BBC jako najkorzystniejszej (w tym zaniechaniu wezwania BBC do złożenia wymaganych dokumentów);
- nierównym traktowaniu Wykonawców w postępowaniu poprzez skierowanie wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą do wykonawcy SEPAGROUP S. P. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „SEPAGROUP”) z pominięciem skierowania takiego wezwania do pozostałych Wykonawców (co najmniej do BBC).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1.1. Art. 93 ust 1 pkt 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania mimo braku podstaw faktycznych i prawnych do dokonania tej czynności, tj. w sytuacji w której możliwe jest podjęcie czynności zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej;

1.2. art. 89, art. 94 ust. 3, art. 26 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta BBC jest nieważna, zaniechanie wezwania BBC do złożenia wymaganych dokumentów i w konsekwencji zaniechanie wyboru tej oferty;

1.3. art. 7 ust. 1 poprzez nierówne traktowanie Wykonawców w postępowaniu, w szczególności przez skierowanie wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą do wykonawcy SEPAGROUP z pominięciem skierowania takiego wezwania do BBC.

Odwołujący wnosil o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, powrócenia do czynności badania kolejnej najkorzystniejszej oferty w postępowaniu tj. oferty BBC oraz w konsekwencji wyboru tej oferty;

oraz

- zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą.

W dniu 8.10.2019r. Zamawiający przesłał drogą mailową zawiadomienie o unieważnieniu postępowania. W związku z powyższym Odwołujący dochował terminu wynikającego z 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Oferta złożona w postępowaniu przez Odwołującego jest ofertą nieodrzuconą, drugą w kolejności po SEPAGROUP pod kątem uzyskanej liczby punktów. SEPAGROUP odmówił zawarcia z Zamawiającym umowy. Zamawiający wskazuje, iż oferta BBC jest nieważna, z uwagi na upływ terminu związania ofertą, jednakże zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty, tj. nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez przyjęcie oferty.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący miałby zatem szansę na uzyskanie zamówienia oraz płynące z niego wymierne korzyści finansowe. Odwołujący został pozbawiony szansy na uzyskanie zamówienia, w związku z czym poniesie szkodę przejawiającą się chociażby w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a przede wszystkim z utratą korzyści, z jakimi wiązałoby się uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że termin składania ofert w postępowaniu upływał w dniu 25.06.2019 roku, a Zamawiający określił w SIWZ termin związania ofertą na 60 dni. Zatem pierwotny termin związania Wykonawców ofertami upływał 23.08.2019 roku. W postępowaniu wpłynęło 6 ofert. W dniu 31.07. 2019 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty SEPAGROUP (oferta nr 1) i odrzucił 3 oferty (oferta nr 3, 5 i 6). 31.07.2019r. Odwołujący skierował do Zamawiającego wnioski o udostępnienie do wglądu korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności z firmą SEPAGROUP. Wniosek ponawiano 3 razy.

7.08.2019 roku Zamawiający zawiadomił Wykonawców o powtórzeniu oceny ofert, a w dniu 19.08.2019 roku Zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty SEPAGROUP. Ponadto w dniu 19.08.2019 roku Zamawiający skierował do SEPAGROUP pismo o przedłużenie terminu związania ofertą i tego samego dnia SEPAGROUP przedłużyło termin.

W dniu 21.08.2019 BBC skierowało do Prokuratury Rejonowej w Gdyni pismo w sprawie możliwości popełnienia przestępstwa przez firmę S. P. prowadzonego działalność gospodarczą pod firmą SEPAGROUP.

29.08.2019 roku BBC wniosło odwołanie do KIO, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia SEPAGROUP, zaniechanie odrzucenia oferty SEPAGROUP i dokonanie jej wyboru. Wyrokiem o sygn. KIO 1680/19 z dnia 11.09.2019 roku Izba uwzględniła odwołanie (w części) i nakazała Zamawiającemu wezwanie SEPAGROUP do uzupełnienia dokumentów. W dniu 18.09.2019r. Zamawiający wezwał SEPAGROUP do uzupełnienia dokumentów, a w dniu 01.10.2019r. dokonał - kolejny raz - wyboru tej oferty. W dniu 2.10.2019r. BBC skierowało do Zamawiającego wnioski o udostępnienie dokumentów z ponownej oceny SEPAGROUP.

W dniu 2.10.2019 BBC przekazało Zamawiającemu informację o toczącym się postępowaniu przygotowawczym przez Prokuraturę Rejonową w Gdyni.

W dniu 8.10.2019 roku Zamawiający unieważnił postępowanie, wskazując iż wybrany wykonawca odmówił podpisania umowy, a „ważność” pozostałych dwóch ofert, w tym oferty BBC, upłynęła 23.08.2019 roku:

Art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3; natomiast art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu faktycznym decyzji Zamawiający podał, że wybrany

Wykonawca odmówił podpisania umowy. Brak jest możliwości wyboru spośród dwóch pozostałych ofert na podstawie art. 94 ust. 2, ponieważ upłynęła ich ważność w dniu 23.08.2019 r.

03.10.2019r. BBC ponowiło wniosek do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów z ponownej oceny SEPAGROUP.

09.10.2019r. BBC ponowiło wniosek skierowany do Zamawiającego o wgląd do korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a firmą SEPAGROUP w zakresie terminu związania z ofertą

Jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty, nie może zastosować art. 94 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż ważność m.in. oferty BBC upłynęła 23.08.2019 roku. Ustawa Pzp szczegółowo reguluje sposób „weryfikacji” ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie reguluje ona instytucji „nieważności” oferty. Brak możliwości wyboru oferty zachodzi w przypadku, gdy została ona złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu (art. 24 ustawy Pzp) albo w przypadku, gdy wobec oferty zachodzą podstawy do jej odrzucenia. Zamknięty katalog podstaw odrzucenia reguluje ustawa Pzp w art. 89 (oraz art. 90). Jeżeli nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy bądź odrzucenia jego oferty, oferta uczestniczy w czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. musi być poddana ocenie.

Art. 89 ustawy Pzp wśród przesłanek odrzucenia oferty wskazuje m.in. na obowiązek odrzucenia oferty, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). Dla ziszczenia się przesłanki konieczne jest stwierdzenie przez zamawiającego istnienia innego niż przepis ustawy Pzp przepisu materialnego przewidującego w swojej treści sankcję nieważności oferty (tak: wyroki KIO 1308/12 czy KIO 2119/10). Przykładowo, art. 58 kodeksu cywilnego stanowi, iż czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy, jest nieważna (chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek). Brak jest, zarówno w ustawie Pzp, jak i poza nią, przepisu, który stanowiłby o nieważności oferty po upływie terminu związania ofertą.

Skoro zatem oferta BBC nie jest - wbrew stanowisku Zamawiającego - nieważna, to błędna jest decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, bowiem podstawę faktyczną do unieważnienia Zamawiający widzi wyłącznie w braku „ważnych” ofert.

Brak podstaw do odrzucenia oferty BBC na innej podstawie, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp

Katalog przesłanek umożliwiających odrzucenie oferty wykonawcy zawarty w art. 89 ustawy Pzp jest zamknięty, co oznacza, iż nie jest możliwe odrzucenie oferty na innej podstawie niż jedna ze wskazanych w treści przepisu.

Zamawiający nie podał żadnej z podstaw odrzucenia oferty BBC, niemniej jednak, skoro odwołuje się do upływu terminu związania ofertą, należy odnieść się do treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp. Przepis ten zezwala i jednocześnie nakazuje odrzucenie oferty wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą. Artykuł 85 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na trzy dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Zatem przepis ten mówi o zgodzie, jaką wykonawca ma wyrazić w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Treść przepisu jest zatem jednoznaczna - tylko i wyłącznie wtedy, gdy wykonawca odmówi wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą, aktualizuje się obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy. Obowiązek odrzucenia oferty nie występuje, gdy Zamawiający nie wezwie wykonawcy do przedłużenia a wykonawca nie przedłuży samodzielnie terminu związania ofertą.

Przepisów sankcyjnych, do jakich bez wątplenia należy przepis art. 89 ustawy Pzp odnoszący się do odrzucenia ofert, nie można interpretować rozszerzająco. Powyższe potwierdza Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 roku wydane w sprawie C-35/17 S.G. sp. z o.o. i S.K. sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w (...), które zapadło w odpowiedzi na zadane pytanie prejudycjalne. Z treści postanowienia wynika, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej, w której to sprawie brano pod uwagę nie tylko art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ale również art. 85 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Trybunał zwrócił uwagę, że warunek dotyczący upływu terminu związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wynikający z wykładni w orzecznictwie prawa krajowego oraz z praktyki jednego z organów, jest szczególnie niekorzystny dla oferentów mających siedzibę w innych państwach członkowskich, gdyż ich poziom znajomości prawa krajowego i jego wykładni, a także praktyki organów krajowych, nie może być porównywany z poziomem oferentów krajowych. Trybunał stwierdził, że jak podkreślił sąd odsyłający, mimo występujących od wielu lat sporów dotyczących Prawa zamówień publicznych, a w szczególności kwestii upływu terminu związania ofertą, polskie orzecznictwo wypracowało dwie równoległe linie rozumowania, co spowodowało brak pewności prawnej zarówno dla wykonawców, jak i instytucji zamawiających. W tym względzie Trybunał orzekł już, że zasadę równego

traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk. Zasady te tym bardziej stoją na przeszkodzie wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy z powodu rozbieżnych stanowisk w orzecznictwie krajowym, warunek którego przestrzeganie jest wymagane, nie wynika nawet z wykładni właściwych uregulowań dokonywanej przez właściwe sądy.

Powyższe stanowisko jest prezentowane szeroko w orzecznictwie krajowym, przy czym wskazuje na to zarówno dorobek orzecniczy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a, jak i na podstawie analogicznej regulacji w poprzednim stanie prawnym (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który w poprzednim stanie prawnym przewidywał sankcję wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą).

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 16 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 924/14) wskazał, że z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów ustawy Pzp należy uznać, że upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Podobnie Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z 21 września 2012 r. (sygn. akt XIII Ga 379/12) uznał, że celem związania ofertą jest umożliwienie dochodzenia przez zamawiającego spełnienia zobowiązania zawartego w ofercie wykonawcy. Służy to więc głównie zabezpieczeniu interesów zamawiającego, a nie wykonawcy. Zdaniem sądu po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą jednakże różnicą, że działania zgodne z jej treścią (czyli zawarcie umowy na warunkach w ofercie oznaczonych) zależne jest już wyłącznie od suwerennej decyzji wykonawcy.

Również w wyroku z 2 sierpnia 2010r. (sygn. akt KIO 1469/10) Izba orzekła, że katalog przesłanek wskazanych w art. 24 ustawy Pzp, skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania, jest zamknięty, co oznacza że zamawiający nie może go rozszerzać ani zawężać. Wykluczenie, jeśli zaistnieje do tego podstawa, jest obligatoryjne i nie zależy od woli zamawiającego. Zdaniem Izby w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wykluczyć z postępowania można wyłącznie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Z powyższego wynika, że Zamawiający wyklucza takiego wykonawcę jedynie w sytuacji, gdy uprzednio wystąpił do niego o przedłużenie terminu związania ofertą. Trafność tego stanowiska została potwierdzona przez Sąd

Okręgowy w Rzeszowie, który wyrokiem z 16 lutego 2011r. (sygn. akt VI Ga 192/2010) oddalił skargę na powyższe rozstrzygnięcie Izby.

Dodatkowo, w uzasadnieniu wyroku z 17 stycznia 2014r. (sygn. akt IX Ga 392/13) Sąd Okręgowy w Lublinie przychylił się do takiego stanowiska, podkreślając, że nie ma podstaw, aby na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 przyjąć, że nieprzedłużenie związania ofertą w sytuacji braku wezwania przez zamawiającego, było równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego. Zdaniem sądu zamawiający musi wykazać, że występował do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Dopiero brak zgody wykonawcy nieprzedłużenie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie zamawiającego powoduje, że powstają przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Według sądu brak zgody w myśl powołanego przepisu musi być wyraźny, tak by możliwe było jednoznaczne zinterpretowanie zachowania wykonawcy, czy to w postaci złożenia oświadczenia woli, czy też określonego działania bądź zaniechania (art. 60 KC).

Natomiast Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 7 marca 2017r. (sygn. akt KIO 324/17), uznała, że próba wywodzenia z treści art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp dyspozycji odrzucenia oferty w braku samodzielnego przedłużenia terminu związania jest niedopuszczalną interpretacją rozszerzającą przez analogię, z pominięciem wynikającej z dobrych praktyk legislacyjnych zasady, że takie same sformułowania zawarte w jednym akcie prawnym (w tym przypadku w art. 85 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 7a, a poprzednio art. 24 ust. 2 pkt 2) nie mogą być odmienne interpretowane. Nie ma podstaw, aby obecnie dokonywać wykładni rozszerzającej ustawy Pzp. Analogiczne stanowisko KIO zajęła w m.in. w orzeczeniach: •KIO 2181/17, •KIO 2355/17, •KIO 2479/17, •KIO 153/18, •KIO 307/18, •KIO 586/18, •KIO 617/18. W wyroku KIO 307/18 Izba zwróciła dodatkowo uwagę, iż: *<<termin związania ofertą od nowelizacji Kodeksu cywilnego w roku 2003 (Dz.U. z 2003 r. Nr 49, poz. 408) nie stanowi już kluczowej cechy oferty zawartej w art. 66 § 1 Kodeksu. W pierwotnej wersji definicja oferty brzmiała bowiem następująco: „Kto oświadczył drugiej stronie wolę zawarcia umowy, określając w oświadczeniu jej istotne postanowienia (oferta), i oznaczył termin, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, ten jest ofertą związany aż do upływu oznaczonego terminu”. Obecnie zaś to jedynie: „Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”. Tylko w § 2 tego artykułu wpisano dyspozytywnie skutki nieoznaczenia tego terminu - i to wyłącznie w postaci dookreślenia tego terminu. Także w art. 704 § 2 Kodeksu cywilnego została przewidziana możliwość uchylecia się od zawarcia umowy i jej skutki (utrata wadium), i to pomimo związania ofertą, analogiczne jak występujące w ustawie Prawo zamówień publicznych (art.*

46 ust. 5 oraz ust. 3 - utrata wadium i wybór kolejnej oferty).>> Tym samym również na gruncie kodeksu cywilnego upływ terminu związania ofertą nie jest tak znaczący.

Podsumowując, zarówno przesłanki wykluczenia, jak i przesłanki odrzucenia oferty stanowią katalog zamknięty, a ze względu na to, że prowadzą do wyeliminowania wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, wykluczona jest jakakolwiek rozszerzająca ich interpretacja. BBC nie odmówił wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą (przeciwnie, czynnie wyrażał zainteresowanie zawarciem umowy), zatem nie jest możliwe odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Brak także innych podstaw do wyeliminowania oferty BBC z postępowania. Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania ani na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1, ani na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, bowiem znajduje się w sytuacji, w której możliwe jest podjęcie czynności zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej (tj. zastosowanie art. 94 ust. 3, art. 26 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp).

Co więcej, nawet przyjęcie stanowiska, że wykonawca może być wybrany wyłącznie w okresie związania ofertą nie prowadzi do wniosku o braku możliwości wyboru oferty BBC (a tylko wówczas Zamawiający miałby podstawę do unieważnienia postępowania). Powyższe wynika z faktu, że Odwołujący złożył Zamawiającemu oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofert w sposób konkludentny, dorozumiany. Mianowicie wykazywał zainteresowanie uzyskaniem zamówienia, zarówno składając do Zamawiającego pismo z dnia 7.08.2019 roku o reasumpcję stanowiska ws. wyboru wykonawcy SEPAGROUP, jak i składając w dniu 17.08.2019 roku odwołanie do KIO, kierując do Zamawiającego wielokrotnie wnioski o udostępnienie dokumentów złożonych przez SEPAGROUP, czy wreszcie informując Zamawiającego o zawiadomieniu wniesionym do organów ścigania. Zainteresowanie to było dla Zamawiającego zauważalne, bowiem w odpowiedzi na odwołanie, złożonej w KIO w sprawie KIO 1680/19 wskazał: *„Konsorcjum BBC (...) odnosiło się w trakcie postępowania przetargowego do Zamawiającego nękając wielokrotnie pracowników telefonami oraz wnioskami o wgląd do ofert konkurencji (...)”*.

Poza czynnościami złożenia oferty oraz zawarcia umowy - ustawa Pzp nie przewiduje dla braku formy pisemnej rygoru nieważności, zatem będą tu miały zastosowanie przepisy art. 73, 74 i 76 Kodeksu cywilnego (dotyczące formy czynności prawnych i skutków niezachowania formy). Tym samym oczywiste jest, iż dla określenia i oceny pewnych skutków działań (często faktycznych) i zaniechań wykonawców sięgać należy do ogólnych przepisów Kodeksu cywilnego, w tym art. 60, który wskazuje, że z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. Zachowanie BBC w postępowaniu, polegające na stałym dążeniu do podjęcia przez

Zamawiającego decyzji o wykluczeniu SEPAGROUP, co z kolei skutkowałoby tym, że za najkorzystniejszą ofertę musiałaby zostać uznana oferta BBC stanowi konkludentne oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Wyłącznym celem działań BBC o takim charakterze chęć dalszego uczestniczenia w postępowaniu i uzyskania zamówienia. Skoro z działań podejmowanych przez BBC jednoznacznie wynikało, że jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, to można uznać, że BBC wyraziło zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą.

Odwołujący zwrócił także uwagę na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zasada ta nakazuje jednakowo traktować wszystkich Wykonawców, tymczasem Zamawiający skierował wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą w postępowaniu tylko do SEPAGROUP, co wskazuje również na preferowanie SEPAGROUP. Przyjmując za słuszne stanowisko Zamawiającego o "nieważności" oferty BBC po dniu 23.08.2019 roku, Zamawiający na etapie postępowania odwoławczego przed KIO winien powołać się na brak wymaganego interesu BBC w uzyskaniu zamówienia, w związku z upływem terminu związania ofertą. Trudno zatem nie stwierdzić, że w identycznych sytuacjach Zamawiający odmiennie traktuje Wykonawców SEPAGROUP i BBC. Powyższe stanowi wprost naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców.

Okoliczność, że Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia do wnioskowania o przedłużenie terminu związania ofertą, a mimo to traktował ofertę BBC jako „ważną” najlepiej wskazuje, że Zamawiający, aż do momentu, w którym winien był podjąć czynności zmierzające do wyboru BBC, akceptował i stosował stanowisko (i linię orzeczniczą), zgodnie z którą po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą jednakże różnicą, że zawarcie umowy na warunkach w ofercie oznaczonych zależne jest już wyłącznie od decyzji wykonawcy.

Zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy spełnia ona wszystkie wymagania wynikające z SIWZ oraz ustawy Pzp, jest działaniem które narusza podstawową zasadę wynikającą z art. 7 ustawy Pzp. W tych okolicznościach Odwołujący uważa, że wniesienie odwołania jest w pełni uzasadnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego, w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, mogła zostać uznana za najkorzystniejszą biorąc pod uwagę bilans ceny i innych ocenianych elementów przedmiotu zamówienia. Odwołujący kwestionuje czynność badania i oceny ofert, w tym wybór oferty, w stosunku do której upłynął termin związania. Ewentualne ustalenie, że Zamawiający niezasadnie dokonał oceny oferty i zaniechał wyboru oferty najkorzystniejszej, prowadziłoby do konieczności nakazania unieważnienia tych czynności lub ich wykonania, czego efektem może być uzyskanie przez Odwołującego zamówienia publicznego. Natomiast szkoda jaką może on ponieść wyraża się w utracie korzyści, jakie może on uzyskać w razie uzyskania zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami ustawy Pzp. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego, nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze Stron postępowania.

Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przedstawił stan faktyczny i kolejność zdarzeń w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić jedynie należy, iż Zamawiający w dniu 19 sierpnia 2019 roku na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp zwrócił się z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą do wykonawcy SEPAGROUP. Wykonawca w tym samym dniu oświadczył, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu o kolejne 30 dni wraz z przedłużeniem ważności wadium. SEPAGROUP w dniu 19 września 2019 roku samodzielnie złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 30 dni wraz z przedłużeniem ważności wadium.

Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 1 października 2019 roku, następnie wybrany wykonawca SEPAGROUP w dniu 8 października 2019 roku poinformował Zamawiającego, że jako Wykonawca nie będzie w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia, ponieważ nie posiada podstawowego

personelu do jego realizacji (projektanta prowadzącego). Wyjaśniono, że w momencie składania ofert nie posiadano wiedzy o zmianie w 2020 roku profilu zawodowego. SEPAGROUP wskazała, że sytuacja ta nie była spowodowana jego winą.

Zamawiający w dniu 8 października 2019 roku poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie 93 ust. 1 pkt 1 i pkt 7 ustawy Pzp wskazując w uzasadnieniu faktycznym, że wybrany wykonawca odmówił podpisania umowy a brak jest możliwości wyboru spośród pozostałych dwóch ofert, ponieważ upłynęła ich ważność w dniu 23 sierpnia 2019 roku (art. 94 ust. 2 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

Rozważania Izby należy zacząć od zaznaczenia, że sama kwestia dotycząca możliwości zawarcia umowy z wykonawcą, którego okres związania ofertą po wyborze upłynął, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie. W tej materii Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08) uznał, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wymaga ważności terminu związania ofertą - dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: „wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużeniu terminu związania ofertą”. Dostrzeżenia zatem wymaga okoliczność, że literalne brzmienie przepisu wskazuje na jednoznaczne odniesienie do sytuacji, w której zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wydłużenie terminu związania ofertą zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie podkreślić należy, że żaden z przepisów ustawy Pzp nie nakłada na wykonawców obowiązku samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą. Przeciwnie — z treści art. 85 ust. 2 wynika, że wykonawca „może” przedłużyć termin związania ofertą samodzielnie lub na wniosek zamawiającego, przy czym, sankcją w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a obwarowany jest jedynie przypadek, w którym wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Jest to więc uprawnienie, nie nakaz działania po stronie Wykonawcy.

Próba wywodzenia z treści art. 89 ust.1 pkt 7a ustawy Pzp i tym samym zrównania w zakresie skutku czynności prawnej, sytuacji, kiedy wykonawca *nie wyraził zgody* na przedłużenie terminu związania ofertą, na sytuację kiedy wykonawca *samodzielnie nie przedłużył* terminu związania ofertą jest niezasadna. Zrównanie obu opisanych stanów wydaje się być możliwe tylko w sytuacji rozszerzającej interpretacji tej przesłanki, czy też wywodzenia podstawy do odrzucenia poprzez analogię sytuacji, gdyż skutkiem w obu przypadkach jest brak związania ofertą. W ocenie składu orzekającego Izby istotne jest jednak, że do tego samego skutku, rozumianego jako brak związania treścią oferty, prowadzą zupełnie odmienne działania lub zaniechania strony ubiegającej się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby brak terminu związania ofertą jest podstawą do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7 a ustawy Pzp tylko w sytuacji, kiedy wykonawca wezwany przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie wyrazi na to zgody. W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca Odwołujący nie był wcale wzywany do złożenia oświadczenia o przedłożeniu terminu związania ofertą i przedłużenia ważności wadium. Sam zaś upływ obu terminów spowodowany był, jak się wydaje, przedłużającym się czasem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto Zamawiający wzywał do przedłużenia terminu związania ofertą tylko wykonawcę, którego oferta zajęła pierwsze miejsce w rankingu ofert. Zamawiający w swoich działaniach całkowicie pomijał oferty pozostałych wykonawców. Wykonawca w takiej sytuacji nie może być „karany” za brak prawidłowej organizacji pracy po stronie Zamawiającego lub innego rodzaju sytuacji przedłużające postępowanie o udzielenie zamówienia. To Zamawiający jako gospodarz postępowania powinien dążyć do na tyle sprawnego prowadzenia postępowania, aby ukończyć je w terminie związania ofertą, ewentualnie w terminie jednokrotnie przedłużonym. W tym postępowaniu w żaden aktywny sposób na taki stan rzeczy Zamawiający nie zareagował. Zamawiający, jak słusznie zauważył Odwołujący, podczas postępowania odwoławczego KIO 1680/19 nie podnosił, że Wykonawca nie posiada, nie wykazał interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a to z powodu upływu terminu związania ofertą. Wykonawca nie może natomiast w bliżej nieokreślonym czasookresie pozostawać w stanie niepewności, co do wyniku postępowania.

Izba uważa, że katalog przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy ma charakter zamknięty i nie można podstaw odrzucenia interpretować w sposób rozszerzający. Wszelkie postawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, jako wyjątki od zasady, iż złożona oferta podlega badaniu i wyborowi winny być interpretowane w sposób ścisły. Takie też przesłanie płynie z orzeczenia TSUE (*Postanowienie Trybunału*

Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 roku wydane w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o., przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu).

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej we wspomnianym orzeczeniu stwierdził, iż: *„Zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk”.* Postanowienie TSUE jest klarowne, stanowi, że przesłankę wykluczenia wykonawcy/ odrzucenia jego oferty nie należy interpretować w sposób rozszerzający, odnosi się do również do przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, gdzie mowa jest o niewyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie Zamawiającego. Zatem niewyrażenie zgody ma przyjąć postać odmowy, innymi słowy czynnego działania wykonawcy. Zgoda w rozumieniu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nie może mieć charakteru dorozumianego.

Potwierdzeniem tego poglądu na gruncie krajowym jest chociażby wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 czerwca 2015 r., sygn. XXIII Ga 729/15, stwierdzający, iż *„wykładnia językowa przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a prowadzi jednoznacznie do wniosku, że odrzucenie oferty (wcześniej wykluczenie) wykonawcy następuje wyłącznie w przypadku, kiedy nie zgodził się on na przedłużenie okresu związania ofertą a więc wówczas, gdy uprzednio zwrócono się do niego o wyrażenie takiej zgody”.*

Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Rzeszowie w postanowieniu z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. VI Ga 192/10, zwracając uwagę, iż skoro Ustawodawca w art. 85 ust. 2 wyraźnie rozróżnił dwa przypadki, w których dokonywane jest przedłużenie terminu związania ofertą (w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego lub samodzielnie przez wykonawcę), a sankcja odrzucenia oferty powiązana jest wyłącznie z odmową zgody na przedłużenie w odpowiedzi na wniosek zamawiającego, to stosowanie takiej sankcji w sytuacji, gdy wezwanie w ogóle nie było do wykonawcy skierowane (przenosząc na grunt przedmiotowego postępowania), jest niezasadne.

W wyroku KIO z dnia 07 marca 2017 r., sygn. akt KIO 324/17 (wspomnianym w odwołaniu) Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż *„Próba wywodzenia z art. 89 ust. 1 pkt 7a — sytuacji, kiedy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, na sytuację kiedy wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą jest*

niezasadna, a wydaje się być możliwe tylko w sytuacji rozszerzającej interpretacji tej przesłanki, czy też wywodzenia podstawy do odrzucenia przez analogię sytuacji, gdy skutkiem w obu przypadkach jest brak związania ofertą. Izba w tym zakresie przyjmuje orzeczenia sądów i KIO z których wynika, że brak samodzielnego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą nie może być podstawą do odrzucenia oferty takiego wykonawcy, uznając je również jako stanowisko własne Izby w tej sprawie, bez potrzeby ponownego ich powielania. Podkreślić należy także fakt, iż w żadnym z cytowanych orzeczeń sądów nie zostało stwierdzone, że brak terminu związania ofertą jest podstawą do wykluczenia wykonawcy (obecnie odrzucenia oferty)”.

W wyroku KIO z dnia 12 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 153/18, Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła, że w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp odrzucenie oferty może nastąpić tylko i wyłącznie w sytuacji, w której wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie kierowane w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. *„Obowiązek odrzucenia oferty nie występuje, gdy wykonawca nie przedłuży samodzielnie terminu związania ofertą. Izba podziela pogląd, że przepisów sankcyjnych, do jakich bez wątpienia należy przepis art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszący się do odrzucenia ofert, nie można interpretować rozszerzająco. Izba orzekając miała na uwadze Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 roku wydane w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o., przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, które zapadło w odpowiedzi na zadane pytanie prejudycjalne. Z treści postanowienia wynika, że wykluczenie wykonawcy (lub odrzucenie jego oferty) może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy jednoznacznie wynika to z przepisów ustawy lub taka podstawa wykluczenia została wskazana w dokumentacji postępowania (ogłoszenie o zamówieniu lub specyfikacja istotnych warunków zamówienia). (...)”.*

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie również w wyroku KIO z dnia 11 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1305/17: *„Odnosząc się do samej podstawy prawnej odrzucenia oferty art. 89 ust. 1 pkt 7a Ustawy należy przywołać zasadę, stosowania przepisów sankcyjnych w sposób dosłowny, to jest nie rozszerzający jego dyspozycji. W związku z tym, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a Ustawy przywołuje okoliczność braku zgody z innego przepisu, to jest z art. 85 ust. 2 Ustawy, definiując ją do zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, to Izba nie znajduje podstaw do szerszego stosowania tego przepisu to jest na okoliczności dalsze regulowane w art. 85 ust. 2 pzp.”*

W wyroku z dnia 28 września 2017 r., sygn. akt KIO 1912/17, w uzasadnieniu Izba przywołała stanowisko TSUE i w konsekwencji stwierdziła, że: *„Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż brak jest podstawy prawnej w tym zakresie. Izba za słuszny przyjmuje pogląd, że biorąc pod uwagę literalną wykładnię przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a Ustawy, z treści jego wynika jednoznacznie w jakich sytuacjach Zamawiający może odrzucić ofertę Wykonawcy. Z uwagi na sankcję z niego wynikającą a więc wyeliminowanie Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozszerzająca wykładnia przepisu jest niedopuszczalna. Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 7a Ustawy dotyczy zatem jedynie tych przypadków kiedy Wykonawca, w odpowiedzi na wcześniejsze wezwanie Zamawiającego, nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą”*.

Potwierdza to również wyrok KIO z dnia 31 października 2017 r., sygn. akt KIO 2181/17, w którym Izba w uzasadnieniu zwróciła uwagę, że orzeczenie TSUE stanowi potwierdzenie poglądu, że: *„Przepis stanowi bowiem jednoznacznie, że odrzuca się ofertę tylko takiego wykonawcy, który nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Ustawy, na przedłużenie terminu związania ofertą. W art. 85 ust. 2 Ustawy zaś jest mowa o zgodzie, jaką wykonawca ma wyrazić w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Tylko i wyłącznie wtedy gdy wykonawca odmówi wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą aktualizuje się obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy. Obowiązek odrzucenia oferty natomiast nie występuje, gdy wykonawca nie przedłuży samodzielnie terminu związania oferty. Do przepisów sankcyjnych bez wątpienia należy przepis art. 89 ustawy odnoszący się do odrzucenia ofert, którego nie można interpretować rozszerzająco. W konsekwencji oferta odwołującego może być jeszcze wybrana jako najkorzystniejsza. Jedyna różnica jest taka, że z uwagi na upływ terminu związania ofertą wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy pod rygorem utraty wadium”*.

Podobnie w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 24 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1371/18 Izba orzekła, iż *„Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż brak jest podstawy prawnej w tym zakresie. Próba wywodzenia z treści art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp - sytuacji, kiedy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, na sytuację kiedy wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą jest niezasadna, a wydaje się być możliwe tylko w sytuacji rozszerzającej interpretacji tej przesłanki, czy też wywodzenia podstawy do odrzucenia poprzez analogię sytuacji, gdyż skutkiem w obu przypadkach jest brak związania ofertą*.

Zdaniem Izby brak terminu związania ofertą jest podstawą do odrzucenia oferty tylko w sytuacji, kiedy wykonawca wezwany przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie wyrazi na to zgody.

Zauważyć należy, iż żaden przepis ustawy nie wymaga permanentnego utrzymania przez wykonawcę stanu związania ofertą, a tylko to mogłoby być podstawą w razie upływu tego terminu do rozpatrywania niezgodności takiej oferty z ustawą. Jednocześnie de lege lata żaden z przepisów ustawy Pzp nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest. Izba stoi na stanowisku, że katalog przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy ma charakter zamknięty i nie można podstaw odrzucenia interpretować w sposób rozszerzający. Wszelkie postawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, jako wyjątki od zasady, iż złożona oferta podlega badaniu i wyborowi winny być interpretowane w sposób ścisły. Izba w tym zakresie podziela w pełni i przyjmuje za swoje stanowisko doktryny i orzecznictwa przywołane przez Odwołującego w odwołaniu, a także na rozprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i argumentację organów orzekających, z których wynika, że brak samodzielnego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą nie może być podstawą do odrzucenia oferty takiego wykonawcy, Izba uznaje, że brak jest podstaw, aby Zamawiający dokonał odrzucenia oferty, co do której termin związania upłynął. Tym samym Zamawiający dokonując odrzucenia ofert naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, gdyż przepis ten w tej sytuacji nie ma zastosowania.

Końcowo podkreślić należy, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, natomiast możliwość podpisania umowy z wykonawcą, który nie potwierdził na ten termin związania ofertą, jest w orzecznictwie możliwością niekwestionowaną.”

W wyroku KIO z dnia 06 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 151/17 słusznie zauważono, iż „(...) gdyby ustawodawca chciał zrównać sytuację, w której wykonawca nie przedłuży terminu związania ofertą, czy to samodzielnie, czy też na wezwanie zamawiającego, to powodem odrzucenia oferty uczyniłby brak związania ofertą. Ustawodawca jednak nie zdecydował się na takie rozwiązanie, szczególne znaczenie, biorąc pod uwagę sankcję, przypisując czynności dokonywanej na wezwanie zamawiającego w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą. ”

Analizując zagadnienie zastosowania przepisów KC w odniesieniu do zagadnienia trwałości terminu związania ofertą, to odmiennosc regulacji KC względem Pzp, przedstawiona została w wyroku z dnia 16 lipca 2014 r. (sygn. Akt XXIII Ga 924/14) przez Sąd Okręgowy, który orzekł, iż *„nie można w prosty mechaniczny sposób przenosić rozwiązań prawa cywilnego na prawo zamówień publicznych w zakresie skutków i konsekwencji upływu terminu związania ofertą. Zasadniczą rozbieżnością w zakresie charakteru składanych ofert jest to, że oferta, o której mowa w art. 66 k.c., powoduje taki stan związania złożonym oświadczeniem, że samo przyjęcie oferty prowadzi do zawarcia umowy, natomiast w ofercie złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do zawarcia umowy nie wystarczy samo wybranie oferty, a konieczne jest dodatkowe oświadczenie woli w przedmiocie zawarcia umowy. Z uwagi na tak doniosłe skutki przyjęcia oferty z kodeksu cywilnego (automatyczne zawarcie umowy), upływ terminu związania ofertą powoduje automatyczny, bezpowrotny upadek oferty. Skutek wyboru oferty w rozumieniu prawa zamówień publicznych nie jest tak doniosły, brak jest zatem podstaw, aby tak doniosły był również skutek upływu terminu związania ofertą polegający na automatycznym, bezpowrotnym jej upadku”*.

Dalej Sąd Okręgowy reasumuje, że *„z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów pzp, należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesadza o nieskuteczności oferty a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy.”*

Warto także podkreślić, że powody, dla których TSUE pominął we własnych rozważaniach odwołania do doktryny prawa cywilnego prezentuje wyrok KIO z dnia 5 marca 2018 r., sygn. akt KIO 307/18, gdzie wskazano: *„Trybunał pominął przy tym całkowicie wszystkie rozważania cywilistyczne dotyczące m.in. wygaśnięcia oferty czy znaczenia związania ofertą, które zawarła w swoim postanowieniu Izba (tekst postanowienia dostępny na stronie internetowej UZP w zakładce Izby, pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/kio/orzecznictwo/odeslania-prejudycjalne/kio-215516>). Jest to o tyle zrozumiałe, że każde z państw członkowskich ma własne regulacje prawa cywilnego, które w swoich szczegółach nie muszą być zbieżne, natomiast ujednoczenie procedur zamówieniowych musi obejmować całą Unię Europejską; poza tym zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości są naczelnymi zasadami systemu zamówień publicznych i tym samym muszą mieć pierwszeństwo przed przepisami szczególnymi, które zresztą każdorazowo należy interpretować przez pryzmat ww. zasad.”*

Wspomniany wyrok KIO 307/18 trafnie także zauważa dokonaną przez Ustawodawcę nowelizację kodeksu cywilnego z 2003 roku (Dz.U. 2003 Nr 49, poz. 408), zgodnie z którą obecnie termin związania ofertą nie stanowi już kluczowej cechy oferty zawartej w treści art. 66 § 1 Kodeksu, przy czym w § 2 tego artykułu wpisano dyspozytywnie skutki nieoznaczenia terminu - tylko w postaci dookreślenia tego terminu, o czym także wspominał w odwołaniu Odwołujący.

Reasumując, Izba w składzie wydającym niniejsze orzeczenie stoi na stanowisku, iż sytuację odrzucenia oferty należy traktować jako wyjątkową, a przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty należy interpretować w sposób ścisły. Odesłanie z art. 89 ust. 1 pkt 7a do art. 85 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie udzielenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, tj. sytuacji, w której zamawiający w określonej cezurze czasowej wystąpi do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą, a ten zaniecha przedłużenia przedmiotowego terminu lub odpowie na wezwanie w sposób niezgodny z jego treścią. Zgodnie z powszechnie przyjętym w orzecznictwie poglądem, rozszerzenie przesłanek odrzucenia oferty poza granice wyznaczone przepisami ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie przecięto przywołane wyżej postanowienie TSUE (z dnia 13 lipca 2017 roku wydane w sprawie C-35/17). Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, iż skoro art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp odnosi się tylko do sytuacji, w której wykonawca na wniosek zamawiającego nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, to nie można przedmiotowej przesłanki odrzucenia rozciągać również na inne, niewskazane w treści przepisu przypadki. Brak jest również jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu. W żadnym wypadku nie można zatem uznać, że z momentem upływu terminu związania ofertą złożoną przez Odwołującego przestał On być uczestnikiem postępowania. Poza tym sam Zamawiający nie zastosował do oferty Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Gdyby Ustawodawca chciał, aby podstawa odrzucenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 89 ust. 1 pkt 7a nie zastosowałby odnośnika do wyrażenia „nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą”, ale zastosowałby określenia typu „nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą”, „nie przedłużyli okresu związania ofertą” i tym podobne. Ustawodawca użył natomiast wyraźnego określenia „nie wyraził zgody” odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 Pzp skorelowanej z odpowiedzią na wezwanie zamawiającego.

Odnosząc do stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku uchylenia się wybranego wykonawcy od zawarcia umowy lub zaniechania wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania. Prawdą jest, że przepis statuuje uprawnienie zamawiającego, nie konstruuje obowiązku wyboru kolejnej w rankingu oferty. Jednakże element zaniechania wyboru powiązany jest z wystąpieniem przesłanek do unieważnienia postępowania. Wbrew jednak twierdzeniom Zamawiającego, możliwe jest ponowienie procesu badania i oceny ofert, a uprawnieniem Zamawiającego jest odstąpienie od tej czynności, jeżeli w toku postępowania takiej wnikliwej oceny dokonano. Nie są uprawnione tezy jakoby Zamawiający musiał dokonać wyboru oferty, której poprawności w stosunku do ustalonych w postępowaniu warunków na wcześniejszym etapie nie sprawdził.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odstąpił od ponownego wyboru, uznając że postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czyli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Tymczasem Zamawiający przedstawiając informację o unieważnieniu postępowania nie wspomniał nawet o ofertach dwóch wykonawców, które nie zostały w żaden sposób wyeliminowane z postępowania. Zamawiający nie dokonał bowiem, co sam potwierdza w odpowiedzi na odwołanie, odrzucenia oferty Odwołującego, nie wykluczył żadnego wykonawcy. Trudno więc zgodzić się z twierdzeniem, że w postępowaniu nie pozostała żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Takiego stanu Zamawiający nie wykazał. Zamawiający posługuje się pojęciem oferty nieważnych, które jest nieznanie ustawie Pzp. Art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odnosi się do ofert podlegających odrzuceniu.

Na marginesie dodać warto, że pominąć należy wszelkie dywagacje odpowiedzi na odwołanie, jakoby oferta Odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ jakiegokolwiek wątpliwości, czy też stanowisko Zamawiającego w ramach tej kwestii w żaden sposób nie zostały w postępowaniu zakomunikowane, tak Odwołującemu, jak też pozostałym Wykonawcom.

Następnie Zamawiający wskazywał, że istnieje konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czyli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie w uzasadnieniu

decyzji Zamawiający żadnej istotnej wady postępowania nie wskazał. Za taką wadę nie może być uznany upływ terminu związania ofertą, do czego Izba odniosła się we wcześniejszych fragmentach niniejszego orzeczenia.

W konsekwencji uznać należało, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał czynności unieważnienia postępowania powołując się na regulacje art. 93 ust. 1 pkt 1 i pkt 7 ustawy Pzp co obligowało Izbę do unieważnienia tej czynności i nakazania ponowienia czynności badania i oceny ofert.

Reasumując, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....