

Sygn. akt: KIO 1737/14

## WYROK

z dnia 9 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**  
**Członkowie: Robert Skrzyszewski**  
**Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę: **K. Ś. i Wspólnicy sp. k. w Warszawie (02-593), ul. Stanisława Żaryna 2B** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Ministerstwo Sportu i Turystyki w Warszawie (00-082), ul. Senatorska 14**

przy udziale wykonawcy: **W. Adwokaci i Radcowie Prawni sp. k. w Warszawie (02-676), ul. Postępu 17B** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **K. Ś. i Wspólnicy sp. k. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **K. Ś. i Wspólnicy sp. k. 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 2013 r. poz. 907 z późn. 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**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: „Świadczenie usług prawnych na potrzeby Ministerstwa Sportu i Turystyki” zostało wszczęte przez Ministerstwo Sportu i Turystyki w Warszawie, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszone w Biuletynie Zamówień Publicznych (214246-2014) w dniu 26 czerwca 2014 r.

W dniu 25 sierpnia 2014 r. odwołanie wniósł wykonawca: K. Ś. i Wspólnicy sp. k. w Warszawie, zwany dalej Odwołującym. Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzuceniu oferty przez niego złożonej w zakresie części II zamówienia. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- *„art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy pzp poprzez błędną wykładnię wyrażającą się uznaniem, że norma prawna zapisana w tym przepisie nakazuje wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który nie odpowiedział na wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą, podczas gdy w rzeczywistości nakazuje ona wykluczenie tylko takiego wykonawcę, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyraźnie oświadcza, iż zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie wyraża,*
- *art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z Postępowania.”*

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosil o

- *„nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia,*
- *nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania w zakresie części II zamówienia,*
- *nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części II zamówienia,*

- *nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego - w zakresie części II zamówienia*

W dniu 29 sierpnia 2014 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył Prezesowi Izby wykonawca: W. Adwokaci i Radcowie Prawni sp. k. w Warszawie, zwany dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty wchodzące w skład dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z zapisami pkt 2.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), pkt 7.2 SIWZ, a także pkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ – Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (SOPZ), Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwie części, a także dopuścił możliwość składania ofert częściowych.

W pkt 9.1 i 9.2 SIWZ Zamawiający postanowił, że wykonawcy, którzy złożą mu swoje oferty, będą nimi związani przez okres 30 dni, a bieg tego terminu rozpocznie się wraz z upływem terminu składania ofert. Ten ostatni został wyznaczony na dzień 4 lipca 2014 r., na godzinę 10:00. Zgodnie z pkt 7 pisemnego protokołu postępowania termin ten nie był następnie zmieniany i w oznaczonej dacie upłynął.

Przed upływem terminu składania ofert swą ofertę Zamawiającemu złożył m.in. Odwołujący.

Pismem z dnia 29 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp Odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dni.

Pierwotnie wyznaczony trzydziestodniowy termin związania wykonawców złożonymi przez nich ofertami upłynął w dniu 2 sierpnia 2014 r.

Odwołujący w powołanym terminie nie odpowiedział Zamawiającemu na powołane wezwanie.

Mając to na uwadze, Zamawiający uznał, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp jest zobowiązany wykluczyć Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co też uczynił.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie. Zarzucił Zamawiającemu bezpodstawne wykluczenie go z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie złożonej przez niego oferty w zakresie części II zamówienia. Stał on na stanowisku, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp uprawnia Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jedynie w przypadku, gdy wykonawca wezwany do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu składania ofert wyraźnie oświadczy, że zgodny takiej nie wyraża. W przypadku zaś, gdy tak jak Odwołujący w rozpoznawanej sprawie wykonawca nie odpowie na skierowane do niego wezwania Zamawiający już takiego prawa do wykluczenia tego wykonawcy nie ma. Kierując się tym przekonaniem i odwołując się do orzecznictwa Izby, a także sądów okręgowych, wnosił o uwzględnienie odwołania.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż nie istniał pomiędzy Stronami spór co do stanu faktycznego. Stanowiska Stron w swej istocie opierały się na odmiennej ocenie prawnej tegoż stanu faktycznego.

W ocenie składu orzekającego za właściwe uznać należało stanowisko Zamawiającego.

Dla rozstrzygnięcia rozpoznawanej sprawy konieczne jest dostrzeżenie wagi instytucji terminu związania ofertą.

Zgodnie z czytanyymi łącznie przepisami art. 85 ust. 1 i 5 ustawy Pzp, wykonawca jest związany złożoną przez siebie ofertą począwszy od upływu terminu składnia ofert, aż do upływu terminu określonego przez Zamawiającego w SIWZ (w zależności od wartości szacunkowej zamówienia, może to być odpowiednio 30, 60 lub 90 dni). W tym czasie wykonawca jest związany ofertą, a zatem złożonym przez siebie oświadczeniem woli, zgodnie z którym zobowiązał się do zrealizowania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w SIWZ za cenę podaną w ofercie.

Dostrzec w tym miejscu należy, iż ustawodawca w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp dopuścił możliwość przedłużenia terminu związania ofertą. Zgodnie z powołanym przepisem wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Z przywołanej tu regulacji wypływa uprawnienie do określonego działania tak dla wykonawcy, jak i dla zamawiającego.

Prawem wykonawcy jest złożenie oświadczenia woli o przedłużeniu stanu związania go złożoną przez siebie ofertą. Wykonawca przy tym nie jest ograniczony żadnymi ramami czasowymi, w przypadku gdy oświadczenie to składane jest samodzielnie przez wykonawcę (a nie na wniosek zamawiającego) – jedynie od woli tego wykonawcy zależy wówczas, o jaki okres zdecyduje się przedłużyć stan związania złożoną ofertą.

Konsekwencją istnienia po stronie wykonawcy uprawnienia, a nie obowiązku, do przedłużania stanu związania go złożoną przez niego ofertą, jest wypływające z powołanego przepisu uprawnienie wykonawcy do odstąpienia od przedłużania tegoż terminu. O ile bowiem dla wyrażania oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą, w ocenie Izby, konieczne jest złożenie przez wykonawcę stanowczego oświadczenia w tym zakresie i jednoznaczne potwierdzenie woli kontynuacji uczestnictwa w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, to dla rezygnacji z tego uczestnictwa, wystarczającym jest samo tylko powstrzymanie się od jakichkolwiek działań – termin związania ofertą upłynie wówczas bezpowrotnie w dacie określonej w SIWZ (lub dacie późniejszej, oznaczonej przez zamawiającego w jego wniosku skierowanym w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, gdyby wykonawca na to pierwsze przedłużenie tegoż terminu wyraził już wcześniej zgodę) i będzie to jednoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Pamiętać przy tym należy, iż zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, że wykonawca wycofać złożoną przez siebie ofertę może jedynie przed upływem terminu składania ofert, a wraz z jego upływem, w świetle art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, pozostaje ofertą tą związany, aż do upływu terminu wyznaczonego przez zamawiającego w SIWZ. Regulacja

ta służy interesom zamawiającego i pozwala mu ustalić krąg podmiotów, co do których może mieć on pewność, że są one związane złożonym przez siebie oświadczeniami zawartymi w przedstawionych mu ofertach, a także co do tego, że treść tych ofert i zakres zobowiązań z nich wypływających są stabilne i stałe pomimo upływu czasu.

Z przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wypływa również uprawnienie po stronie zamawiającego. Zgodnie z treścią powołanego przepisu może on bowiem skierować do wykonawców wnioski o przedłużenie wyznaczonego pierwotnie w treści SIWZ terminu związania ofertą. Skorzystanie przez zamawiającego z tego uprawnienia jest obostrzone określonymi warunkami: może on zwrócić się do wykonawców z takim wnioskiem tylko raz, w określonym terminie (co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą), musi on również oznaczyć czas, o jaki termin ten ma ulec przedłużeniu (z zastrzeżeniem, że nie może być to więcej niż 60 dni). W przepisie tym użyte zostało słowo „może”, tym samym brak podstaw do formułowania twierdzeń, iż po stronie zamawiającego istnieje obowiązek kierowania do wykonawców takich wezwań.

Rodzi to określone dalsze konsekwencje. Skoro bowiem po stronie zamawiającego istnieje jedynie uprawnienie do podjęcia określonych działań, a nie obowiązek ich podjęcia, wówczas to na wykonawców przerzucony jest ciężar weryfikacji biegu terminu związania ofertą i podejmowania w tym kontekście odpowiednich działań odpowiadających im interesom i służących ich zabezpieczeniu. Jeśli zatem wolą wykonawcy jest dalsze ubieganie się o udzielenie mu zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, w którym wykonawca ten uczestniczy, władny jest on złożyć w tym zakresie jednoznaczne oświadczenie zamawiającemu. Jeżeli natomiast wykonawca nie wyraża takiej woli, może on to wyraźnie zamawiającemu oświadczyć lub po prostu powstrzymać się od podejmowania jakichkolwiek działań. Tym samym to wyłącznie od decyzji wykonawcy zależy to, czy termin związania go złożoną przez niego ofertą ulegnie przedłużeniu, czy też nie. I to niezależnie od tego, czy wykonawca będzie zmuszony podjąć tę decyzję samodzielnie, czy też na wniosek zamawiającego. Jedynym ograniczeniem w tym drugim przypadku jest to, że okresem minimalnym, o jaki wykonawca może przedłużyć termin związania go swoją ofertą, musi być co najmniej okres określony przez zamawiającego w przesłanym wykonawcy wniosku. Ale nawet w tym przypadku po stronie wykonawcy nie istnieje obowiązek przedłużenia terminu związania ofertą, decyzja ta wciąż pozostaje w sferze jego uprawnień, nie obowiązków.

Zauważyć przy tym należy, że aktualnie obowiązujące brzmienie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nadane zostało temu przepisowi na mocy ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171 poz. 1058) – zmiana ta

począwszy od 24 października 2008 r. stała obowiązującym prawem. Z uzasadnienia projektu powołanej nowelizacji w odniesieniu do powołanego przepisu wynika, iż obecnie obowiązujące brzmienie zostało nadane art. 85 ust. 2 ustawy Pzp właśnie w celu umożliwienia wykonawcy samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą.

W kontekście art. 85 ust. 2 ustawy Pzp podnieść również należy, iż w przepisie tym mowa wyraźnie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Zgodnie ze słownikowym rozumieniem słowa „przedłużyć” (internetowy słownik języka polskiego - <http://sjp.pwn.pl/>: przedłużyć to znaczy „*sprawić, że coś trwa dłużej, niż przewidywano*”) uznać należy, że zamiarem ustawodawcy było zobligowanie wykonawcy do podjęcia działań, które zmierzałyby do utrzymania stanu związania złożoną przez niego ofertą przez kolejny, określony przez tego wykonawcę (lub zamawiającego, o czym wyżej) okres. Aby utrzymać stan związania ofertą koniecznym jest zapewnienie jego ciągłości. Nie można bowiem mówić o utrzymaniu stanu związania ofertą (skutecznym jego przedłużeniu), w przypadku gdy nie jest zachowana ciągłość tegoż związania, tj. gdy wyznaczony pierwotnie termin związania ofertą upłynie, a wykonawca dopiero po jego upływie wyrazi wolę przedłużenia terminu związania go złożoną przez niego ofertą. W takim przypadku nie można bowiem mówić o przedłużeniu tegoż terminu, ale o podjęciu próby jego restytucji, odnowienia na mocy później wyrażonego oświadczenia woli. Zdaniem Izby regulacja art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wyklucza uznanie takiego działania za dopuszczalne. W przepisie tym użyto, jak to już wskazano słowa „przedłużyć”. Konieczne jest zatem wyrażenie jednoznacznego stanowiska przez wykonawcę jeszcze przed upływem pierwotnie wyznaczonego terminu związania ofertą. Tylko w takim przypadku można mówić o przedłużeniu terminu, a więc utrzymaniu stanu związania wykonawcy ofertą, który to stan, w chwili składania oświadczenia przez wykonawcę musi jeszcze istnieć, aby mógł zostać przedłużony. Podobnie Izba w sprawie KIO 2020/12, KIO 1804/12, KIO 109/13, czy też KIO 1817/12, KIO 1822/12.

Uwzględniając przywołane powyżej okoliczności trzeba mieć również na uwadze cel, jaki przyświeca wprowadzeniu do ustawy Pzp instytucji terminu związania ofertą.

Służy ona z jednej strony zabezpieczeniu interesów wykonawcy, który ma pewność (z uwzględnieniem możliwości samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą), że dopóki będzie on utrzymywał ciągłość stanu związania go złożoną przez niego ofertą, dopóty zamawiający będzie zmuszony (oczywiście przy zachowaniu szeregu innych warunków formalnych i merytorycznych) uwzględnić złożoną przez niego ofertę w gronie tych, spośród których wybierze on ofertę najkorzystniejszą. Przy tym wypływające z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp uprawnienie, a nie obowiązek, do przedłużania pierwotnie wyznaczonego



terminu związania ofertą umożliwia wykonawcy zrezygnowanie z dalszego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w przypadku gdy upłynie określony w SIWZ termin, w którym powinna zostać wybrana oferta najkorzystniejsza. Regulacja ta umożliwia wycofanie się wykonawcy z postępowania bez podnoszenia negatywnych konsekwencji tej decyzji, podjętej czy to pod wpływem zmiany okoliczności w miarę upływu czasu, czy choćby zmiany planów samego wykonawcy.

Z drugiej zaś strony, w okresie, gdy wykonawca jest związany złożoną przez siebie ofertą, po stronie zamawiającego może istnieć uzasadnione przekonanie, że w przypadku wybrania takiej oferty jako najkorzystniejszej wykonawca, który ją złożył, zawrze z nim umowę, a następnie zrealizuje zamówienia publiczne zgodnie z treścią tejże umowy. Zagwarantowanie zamawiającemu komfortu posiadania takiej gwarancji jest uzasadnione istnieniem po jego stronie obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia według ściśle określonych przepisami ustawy Pzp reguł postępowania, które w wielu przypadkach są dalece sformalizowane i wyłączają swobodę działania po stronie zamawiającego. Co do zasady postępowania prowadzone w trybie powołanej ustawy są bardziej czasochłonne i obostrzone proceduralnie niż postępowania prowadzone na zasadach ogólnych wypływających z ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121), w dalszej treści przywoływanej, jako „kc”. Skoro zatem zamawiający (każdy podmiot zobowiązany do stosowania ustawy Pzp zgodnie z jej treścią) zobowiązany jest prowadzić sformalizowane postępowanie, którego celem jest wybór oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji zawarcie umowy o zamówienie publiczne, uzasadnionym jest przekonanie, iż właściwym jest zagwarantowanie mu pewności co do tego, że podmiot, którego ofertę wybierze on w ramach tego postępowania, zobowiązany będzie do zawarcia z nim umowy na warunkach określonych w tym postępowaniu, w szczególności w treści SIWZ i w zgodnej z tą SIWZ ofercie. Właściwym wydaje się zapewnienie zamawiającemu instrumentów gwarantujących, że zainwestowanie przez niego środki i czas poświęcone na prowadzenie (czasami wielomiesięczne) postępowania zostaną spożytkowane zgodnie z ich celem, a zatem, że ich konsumpcja doprowadzi do skutecznego zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą, w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, ofertę. W interesie zamawiającego jest, aby mógł on dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze zbioru ofert, których autorzy są w chwili dokonania tegoż wyboru związani treścią oświadczeń w nich zawartych, a tym samym takich ofert, których treść jest stabilna i stała mimo upływu czasu. Powinien on mieć zatem pewność wypływającą z jednoznacznego i stanowczego oświadczenia wykonawcy, że ten uznaje się za nadal związanego złożoną przez siebie ofertą, a tym samym wciąż chce być zaliczany do grona potencjalnych realizatorów zamówienia.

Brak takiego jednoznacznego stanowiska wykonawcy uprawniać musi zamawiającego do wykluczenia tegoż wykonawcy z tegoż grona. W świetle art. 92 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający jest bowiem zobowiązany poinformować wszystkich wykonawców o wynikach dokonanego przez siebie badania i oceny ofert, stąd też konieczne jest jednoznaczne rozstrzygnięcie co do konsekwencji braku w odpowiednim terminie stanowczej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Jak to już wyżej podkreślano, przedłużenie terminu związania ofertą jest równoznaczne ze złożeniem przez wykonawcę oświadczenia, że wciąż jest on zainteresowany zawarciem umowy na warunkach określonych w postępowaniu.

Zagwarantowanie zamawiającemu prawa do możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, których postanowieniami są związani wykonawcy je składający, ważne jest z jeszcze jednego względu. W przypadku, gdy Zamawiający dokona wyboru oferty, którą wykonawca w chwili tego wyboru jest związany, uzyska on możliwość dochodzenia na drodze sądowej zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym kontekście ważnym wydaje się dostrzeżenie istniejących różnic w uregulowaniu kwestii zawarcia umowy w drodze przetargu na gruncie kodeksu cywilnego od regulacji zawartej w ustawie Pzp. Zgodnie z przepisami kodeksu dla zawarcia umowy wystarczające jest samo tylko przyjęcie oferty przez organizatora przetargu, tymczasem na gruncie ustawy Pzp dla zawarcia umowy o zamówienie publiczne konieczne jest złożenie przez jej strony kolejnych oświadczeń woli. Jak przesądził to jednak w wyroku z dnia 16 lipca 2009 r. Sąd Okręgowy w Warszawie wydanym w sprawie XVI GC 682/08 możliwym jest doprowadzenie na drodze sądowej w oparciu o przepis art. 64 w zw. z art. 70<sup>2</sup> § 3 kc do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po ogłoszeniu wyboru oferty najkorzystniejszej w przypadku, gdy jedna ze stron uchyla się od zawarcia takiej umowy. Jest to szczególnie istotne, gdyż pogląd ten znalazł swe odzwierciedlenie również w uzasadnieniu postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08), w którym Trybunał wskazał na taką możliwość powołując się przy tym na poglądy wyrażane w doktrynie.

Co prawda w rozpoznawanym przez Sąd Okręgowy w Warszawie stanie faktycznym to zamawiający był stroną, która odmawiała zawarcia umowy, to jednak Izba nie dostrzega przeszkód, aby wypracowanej przez Sąd Okręgowy zasady nie można było odnosić do przypadku, gdy to wykonawca uchyla się od zawarcia umowy po uznaniu przez zamawiającego, że to oferta złożona właśnie przez tego wykonawcę była najkorzystniejszą ze wszystkich złożonych mu w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tym też kontekście szczególnie ważnym staje się to,

czy wykonawca, którego oferta została wybrana, w chwili tego wyboru był tą ofertą związany. Zagwarantowanie zamawiającemu pewności co do tego faktu, będzie stanowiło dla niego równocześnie gwarancję, że będzie mógł on wyegzekwować na wykonawcy zawarcie umowy na warunkach odpowiadających ofercie. Zabezpieczy to tym samym realizację celu, dla którego prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie umowy w sprawie zamówienia z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą w świetle przepisów ustawy Pzp ofertę.

Dopuszczenie do tego, aby mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza oferta, której postanowieniami wykonawca nie jest związany, wyłączałoby możliwość skorzystania przez zamawiającego z wytyczonej przez Sąd Okręgowy w Warszawie drogi postępowania, tym samym narażałoby interesy zamawiającego. Byłoby to dla niego szczególnie dotkliwe w sytuacji, gdy pomimo dołożenia wszelkich starań przedłużające się nie z jego winy postępowanie, do którego prowadzenia zaangażowałby on znaczne środki i czas, wydłużyłoby się ponad dopuszczone przepisami ustawy Pzp terminy związania ofertą, które mogą być wyznaczone staraniem zamawiającego (termin podstawowy z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp wydłużony o dodatkowe 60 dni, o których mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp). W takim przypadku zostałby on pozbawiony pewności co do tego, że wybrany przez niego wykonawca, który nie wyraził w odpowiednim czasie stanowczej woli przedłużenia terminu związania go złożoną przez niego ofertą, zawrze następnie z nim umowę na warunkach określonych w SIWZ.

Ponadto zobowiązanie zamawiającego do tego, aby był on zmuszony do wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, z których tylko część wiązałaby wykonawców je składających, różnicowałoby w sposób istotny sytuację wykonawców. Ta część wykonawców, którzy byłiby związani ofertą przez siebie złożoną, musieliby liczyć się z wszelkimi roszczeniami ze strony zamawiającego wynikającymi z istniejącego stanu związania ich złożonymi przez nich ofertami, pozostali zaś, którzy w wyniku swoich zaniechań (świadomych lub nie) nie utrzymaliby ciągłości stanu związania złożonymi ofertami, mogli zawrzeć umowę z zamawiającym jedynie na zasadzie dobrowolności bez zagrożenia jakąkolwiek sankcją czy też dolegliwością.

Uwzględniając dopuszczalność uzyskania sądowego stwierdzenia obowiązku wykonawcy do zawarcia umowy z zamawiającym, uznać należy, iż uprawnienie zamawiającego wypływające z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp jest dodatkowym zabezpieczeniem jego interesów, którego istnienie pozwala wybrać mu jedną z dróg postępowania, jego zdaniem dla niego korzystniejszą. Co istotne, możliwość wykorzystania uprawnienia wypływającego z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp zaistnieje tylko w przypadku, gdy zamawiającemu złożono co najmniej

dwie oferty, a po uwzględnieniu poglądu reprezentowanego przez Odwołującego poczynić należałoby tu dodatkowe zastrzeżenie „pod warunkiem, że ten drugi wykonawca (czy też kolejny) dobrowolnie wyrazi zgodę na zawarcie umowy” – Zamawiający zostałby bowiem pozbawiony jakichkolwiek instrumentów do wyegzekwowania na takim wykonawcy zawarcia z nim umowy.

Tymczasem możliwość doprowadzenia na drodze sądowej do zawarcia przez wykonawcę z zamawiającym umowy istniałaby nawet w przypadku, gdy zamawiającemu złożono tylko jedną ofertę, która nie podlegałaby odrzuceniu, oczywiście pod warunkiem, że wykonawca ten byłby tą ofertą związany w chwili uznania jej za najkorzystniejszą.

Zasadność domagania się od wykonawcy zapewnienia ciągłości stanu związania go złożoną przez niego ofertą wynika również z wykładni przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp.

Przepis ten stanowi, iż przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo też wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. W zdaniu drugim tego przepisu ustawodawca dopuścił przedłużanie terminu związania ofertą również po wyborze oferty najkorzystniejszej, przy czym zastrzegł, że obowiązek zabezpieczenia oferty wadium odnosi się w tym przypadku tylko do oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

Dostrzeżenia tu wymaga to, iż w świetle powołanego przepisu właściwe jest przedłużanie terminu związania ofertą nie tylko do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej, ale także po dokonaniu tej czynności przez zamawiającego. Ma to oczywiście swe znaczenie tylko dla tych wykonawców, którzy liczą się z tym, że dokonany przez zamawiającego wybór oferty najkorzystniejszej nie jest ostateczny i może być on przez nich samych lub innych wykonawców w sposób skuteczny podważony, co zobliguje zamawiającego do dokonania ponownego wyboru spośród tych ofert, których postanowieniami wykonawcy je składający są jeszcze związani.

Z przepisu tego (zdanie drugie) wynika również *a contrario*, że do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy wszystkich wykonawców przedłużających termin związania ofertą (jest to logiczną konsekwencją jednoznacznego stwierdzenia, że już po wyborze oferty najkorzystniejszej obowiązek ten odnosić należy tylko do wykonawcy, którego oferta została wybrana).

Przyjmując za słuszne stanowisko, iż nie jest koniecznym przedłużenie przez wykonawcę terminu związania ofertą, aby mógł on pomimo wszystko dalej uczestniczyć w postępowaniu i liczyć na to, że złożona przez niego oferta może zostać uznana za najkorzystniejszą,

uzasadnionym byłoby również twierdzenie, że wykonawca taki nie jest zobowiązany do wnoszenia nowego wadium (czy też przedłużania dotychczas wniesionego) na okres, który obejmowałby czas po upływie terminu związania tego wykonawcy złożoną przez niego ofertą, a zatem na czas, gdy nie jest on ofertą związany, ale nadal mimo to musi być przez zamawiającego uwzględniany przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Do takich wniosków należałoby dojść przy uwzględnieniu regulacji zawartej w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp. Skoro literalna treść powołanego przepisu odnosi się jedynie do tych, którzy wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą i skoro nie są oni zmuszeni do wyrażania zgody na przedłużanie terminu związania ofertą, to nie są oni również zobowiązani do wnoszenia wadium na ten okres. Takie wnioski wzmocniłby fakt, że przy uwzględnieniu możliwości samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą (a konsekwentnie także wadium) przez każdego wykonawcę odrębnie na inny okres nie sposób byłoby ustalić dla takich wykonawców jednolitego – uniwersalnego dla wszystkich – okresu związania ofertą. Stąd konieczne byłoby odnoszenie okresu ważności wadium w takim przypadku do każdego wykonawcy indywidualnie i określonego przez niego okresu związania go ofertą. Gdyby zaś taki wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą, nie byłoby w jego przypadku wiadome do jakiej daty odnosić ważności wadium, nie można byłoby zatem wykluczyć go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dalszą konsekwencją byłoby przyjęcie, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp nie pozwala na wykluczenie wykonawców, którzy nie tylko nie przedłużyli terminu związania ofertą, ale też nie wnieśli nowego wadium (lub nie przedłużyli dotychczasowego) na okres następujący bezpośrednio po dniu, w którym upłynął termin związania ich ofertami przez nich złożonymi. Tym samym dopuszczalne byłoby dokonanie wyboru oferty, która pomimo obowiązku ustanowionego w SIWZ, nie jest należycie zabezpieczona wadium. Jest to logiczna konsekwencja literalnego odczytania treści przepisów art. 85 ust. 4 i art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp z uwzględnieniem poglądu przytaczanego przez Odwołującego, zgodnie z którym możliwe jest uwzględnianie przy wyborze oferty najkorzystniejszej także tych ofert, co do których upłynął termin związania ich treścią wykonawców je składających. W takim przypadku sama możliwość utraty wadium tylko przez wybranych wykonawców byłaby kolejnym, niedopuszczalnym w świetle podstawowych zasad zamówień publicznych, różnicowaniem sytuacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Takie rozumienie powołanych przepisów jest oczywiście sprzeczne z dotychczasowym orzecznictwem Izby w sprawie wadium, co *de facto*, pośrednio, potwierdza również słuszność stanowiska reprezentowanego przez Izbę w rozpoznawanej sprawie.

Taki też – gwarancyjny w swej istocie, w ocenie Izby, był cel wprowadzenia do ustawy Pzp regulacji odnoszącej się do terminu związania ofertą (w wyroku wydanym w sprawie KIO 1669/14 zawarto stwierdzenie, iż stan związania jest konstrukcyjnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia), a jego realizacji i zabezpieczeniu służyć ma m.in. stosowana w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp sankcja wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Mając powyższe na uwadze, uzasadnionym wydaje się pogląd, że nie jest zasadnym twierdzenie, zgodnie z którym niedochowanie przez wykonawcę obowiązku utrzymania stanu związania go złożoną przez niego ofertą nie pozbawia tej oferty waloru stanowczości. Oczywistym jest bowiem, iż w takiej sytuacji wykonawca złożoną przez siebie ofertą związany już nie jest. Tym samym zamawiający nie może od takiego wykonawcy, w sposób uzasadniony, oczekiwać, że ten zawrze z nim umowę o określonej w tej ofercie i w SIWZ treści. Wykonawca taki może bowiem bez poniesienia żadnych negatywnych konsekwencji odmówić zawarcia umowy z zamawiającym.

Pamiętać przy tym należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia ze swej istoty cechuje się dużym formalizmem. Tytułem przykładu wskazać można, że istotnym w postępowaniu jest to, czy wykonawca wykazał w odpowiednim terminie i za pomocą określonych przepisami dokumentów lub oświadczeń, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu (zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp nie jest istotne to, czy obiektywnie warunki te spełnia, ale to, czy wykazał ich spełnianie zamawiającemu). Tak też istotnym jest to, czy wykonawca przez cały okres, począwszy od upływu terminu składania ofert, aż do chwili wyboru oferty najkorzystniejszej, jest związany złożoną przez siebie ofertą. Istotnym jest podobnie to, czy została zagwarantowana przez wykonawcę ciągłość zabezpieczenia złożonej przez niego oferty w odpowiednim okresie wadium wniesionym w odpowiedniej wysokości i formie. Tak duże sformalizowanie postępowania o udzielenie zamówienia służyć ma zagwarantowaniu realizacji podstawowych zasad zamówień publicznych ustanowionych w art. 7 ustawy Pzp, a zatem zachowaniu uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Jak skonstatował to Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 23 maja 2007 r. w sprawie V Ca 880/07: *„Podstawowym celem ustawy – Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie warunków dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty do zawarcia umowy na wykonanie prac finansowanych ze środków publicznych, przy jednoczesnym zagwarantowaniu ochrony praw i interesów uczestników postępowania przetargowego. Osiągnięciu tego celu ma służyć ustanowienie sformalizowanej procedury przetargowej oraz szczególnego systemu środków odwoławczych”*. Mając to na uwadze

pamiętać też należy, że celem postępowania jest zapewnienie zamawiającemu tego, aby po przeprowadzeniu sformalizowanego postępowania, miał możliwość podpisania umowy z wykonawcą, który złożył mu ofertę najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Oferta sklasyfikowana na drugiej pozycji, do której odnosi się art. 94 ust 3 ustawy Pzp ze swej istoty najkorzystniejsza nie jest. Stąd właściwym jest uznanie, że wspólnie odczytywana regulacja wypływająca z kodeksu cywilnego oraz ustawy Pzp pozostawiają zamawiającemu możliwość wyboru. Tak jak to zostało już wskazane, może on podjąć kroki mające na celu przymuszenie wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na miejscu pierwszym, na drodze sądowej do zawarcia z nim umowy, bądź też podpisania umowy z wykonawcą, którego oferta została sklasyfikowana na miejscu drugim.

Na marginesie jedynie dodać można, iż Izba nie doszukała się przepisów ustawy Pzp, z których wynikać miałyby, że przepisy regulujące materię terminu związania ofertą, początkowo (przez pierwsze 30, 60 czy też 90 dni postępowania o udzielenie zamówienia) byłyby istotne (obowiązek przedłużania, zawieszenie z urzędu biegu terminu w określonych okolicznościach), zaś na dalszym etapie tego postępowania stawałyby się regulacją zbędną i nieistotną dla aktu wyboru oferty najkorzystniejszej. Skoro sam termin związania ofertą miałby być nieistotny z punktu widzenia celu, dla realizacji którego prowadzone jest całe postępowanie, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie podpisania umowy (zastrzeżenia wymaga, iż zgodnie postanowieniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08, możliwe jest samo podpisanie umowy po upływie terminu związania ofertą), to niezrozumiałym byłby cel wprowadzenia do ustawy takich przepisów jak art. 85 ust. 2 (niewiadomą pozostawałoby, w jakim celu ustawodawca wykreował uprawnienia stron postępowania o udzielenie zamówienia do przedłużania terminu związania ofertą przy założeniu, iż materia związania wykonawcy złożoną przez niego ofertą pozostaje indyferentna dla aktu wyboru oferty najkorzystniejszej), art. 182 ust. 6, czy też art. 170 ust. 4 ustawy Pzp. W przypadku tego ostatniego przepisu można byłby mieć szczególne wątpliwości, albowiem znajduje on zastosowanie w toku kontroli uprzedniej, która jest rozpoczynana już po wyborze oferty najkorzystniejszej. Jaki zatem byłby cel tegoż przepisu (art. 170 ust. 4 ustawy Pzp), jeśli nie zabezpieczenie (w przypadku stwierdzenia przez Prezesa UZP w wyniku kontroli uprzedniej, że zachodzi konieczność powtórzenia tej czynności) dla zamawiającego możliwości dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród tych ofert, którymi wykonawcy je składający są związani. Wskazać również można, poprzez samo tylko odwołanie się do przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, że przyjęcie za uzasadnione wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, choćby tylko z uwagi

na wyrażenie wyraźnego oświadczenia o odmowie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (jak chciałby tego Odwołujący), pozwala uznać, iż ustawodawca przewidział, że zagadnienie terminu związania ofertą nie jest nieistotnym i decydować może o dalszym udziale wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zdaniem Izby sam fakt zawarcia w ustawie przywołanych tu przepisów wzmacnia stanowisko przyjęte przez Izbę i podkreśla wagę i znaczenie instytucji terminu związania ofertą dla czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Racjonalny ustawodawca nie zawarłby bowiem w akcie prawnym wielu przepisów odnoszących się do tej samej materii, wpisanych w różne miejsca w ustawie, a pomimo to spójnych i nawzajem się uzupełniających, których użycie w akcie prawnym byłoby bezcelowe.

Uwzględniając powołane powyżej argumenty, Izba stanęła na stanowisku, iż w świetle przepisów ustawy Pzp nie jest dopuszczalny wybór oferty jako najkorzystniejszej, co do której upłynął termin związania jej treścią wykonawcy.

Pogląd ten znajduje trwałe oparcie w orzecznictwie Izby, np. KIO 109/13, KIO 776/13, czy KIO 1669/14, a także sądów okręgowych, np. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi (sygn. akt XIII Ga 392/13) i Tarnowie (sygn. akt I Ca 495/13).

Tytułem przykładu można przywołać zawartą w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 635/12 tezę: *„okres związania ofertą musi pozostawać ciągły i nieprzerwany. Nie jest natomiast dopuszczalne przerwanie okresu związania ofertą i po przerwie jego ponowne ustanowienie (...). Przepisy nie dopuszczają potwierdzenia takiego faktu po upływie wyznaczonego terminu, a ciągłość związania ofertą warunkuje wprost możliwość jej wyboru w danym postępowaniu.”*

Izba w rozpoznawanej sprawie stanęła na stanowisku, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do wykluczenia również tego wykonawcy, którzy nie będąc wezwany do tego przez zamawiającego, nie przedłużył samodzielnie terminu związania go złożoną przez niego ofertą. Innymi słowy, zamawiający ma prawo wykluczyć nie tylko tego wykonawcę, który będąc do tego wezwanym, nie wyraził wyraźnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, ale również tych wykonawców, którzy nawet bez odrębnego wezwania nie uczynili tego w odpowiednim terminie samodzielnie. Izba nie podzieliła poglądu reprezentowanego przez Odwołującego, że jedynie stanowcze oświadczenie wezwanego wykonawcy, że nie wyraża on zgody na przedłużenie terminu związania ofertą pozwala Zamawiającemu wykluczyć wykonawcę. Uwzględniając przywołaną powyżej argumentację, zdaniem składu orzekającego uznać należało, że jednakowo z punktu widzenia celu, dla którego została do ustawy Pzp wprowadzona



instytucja terminu związania ofertą, oceniać należy przypadek, gdy wykonawca nie przedłuży terminu związania ofertą samodzielnie, a także sytuację, gdy do tego wezwany, nie oświadcza stanowczo, że przedłuży termin związania ofertą. Konsekwencją obu tych stanów faktycznych jest albowiem nieprzedłużenie przez wykonawcę stanu związania go złożoną przez niego ofertą, co uniemożliwia, zdaniem Izby, wybór takiej oferty jako najkorzystniejszej. Stąd koniecznym jest wyeliminowanie obu tych wykonawców z udziału w postępowaniu. Dlatego też Izba uznała, za właściwą taką wykładnię art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którą przez niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą należy rozumieć każdy z przywołanych tu stanów faktycznych, a zatem każdy przypadek, w którym wykonawca, czy to na wniosek zamawiającego, czy to mając możliwość samodzielnego działania, nie wyraził wobec zamawiającego stanowczej woli przedłużenia terminu składania ofert. Pamiętać przy tym należy o regulacji art. 85 ust. 2 ustawy Pzp i wypływającego z niej uprawnienia, a zarazem wypływającego z tego uprawnienia obowiązku, do rozstrzygnięcia przez wykonawcę we własnym zakresie, czy zgodnym z jego interesem jest przedłużenie terminu związania ofertą, a tym samym komunikowanie zamawiającemu swej woli dalszego uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. O konieczności wykluczenia wykonawcy, którzy nie skorzystał z samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przesądził m.in. Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 21 września 2012 r. wydanym w sprawie XIII Ga 379/12.

Analogiczny pogląd znalazł swe odzwierciedlenie w wyroku Izby wydanym w sprawie KIO 2204/10, gdzie wskazano, że: *„Izba stwierdziła także, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, w każdym przypadku nie przedłużenia okresu związania ofertą. Dotyczy to zarówno sytuacji, gdy wykonawca odmawia przedłużenia tego okresu, składając na piśmie oświadczenie tej treści, jak też gdy wykonawca takiej zgody nie wyraża, nie składając stosownego oświadczenia w sytuacji, gdy to zamawiający zwraca się do wykonawców o przedłużenie tego okresu, a także w przypadku, gdy z uwagi na brak takiej inicjatywy ze strony zamawiającego, wykonawca - nie wyraża takiej zgody samodzielnie. Ustawa, zdaniem Izby, stanowiąc o braku zgody - nie ogranicza tej przesłanki do zgody wykonawcy z wniosku zamawiającego, lecz również – mając na uwadze przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp - odnosi się do braku samodzielnie wyrażonej zgody przez wykonawcę. Jednocześnie Izba stwierdza, że na podstawie literalnego brzmienia art. 85 ust.2 Pzp nie można przypisać zamawiającemu obowiązku kierowania do wykonawców wniosku o przedłużenie terminu związania ofertą. Wskazany przepis art. 85 ust.2 Pzp nie formułuje bowiem nakazu, lecz zezwala zamawiającemu na zwrócenie się z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą, ograniczając to uprawnienie do jednorazowego wezwania w ściśle określonym terminie. Izba*

*podkreśla, że uprawnionym do przedłużenia terminu związania ofertą jest także wykonawca, który taką zgodę, co do zasady powinien wyrazić z upływem tego terminu. Izba podkreśla także, że taka zgoda nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być oświadczeniem wykonawcy.”*

*Podobnie Izba w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 276/14 KIO 302/14: „Można zastanawiać się także, czy oferta, co do której upłynął bezskutecznie termin związania ofertą [nie wiążąca], nadal jest ofertą, a także czy po upływie tego terminu jest ofertą ważną. Ustawa nie rozstrzyga wyraźnie tej kwestii, przewidując w art. 24 ust. 2 pkt 2 podstawę do wykluczenia wykonawcy, który nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą, a także wykonawcy który nie wniósł wadium na przedłużony termin związania ofertą. Można znaleźć argumenty przemawiające za słusnością każdego z tych stanowisk, niezależnie jednak od przyjętej koncepcji, czy taka sytuacja stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy, czy odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy, czy też może taką ofertę należałoby traktować, jako wygasłą wobec upływu terminu związania nią, zamawiający nie ma możliwości rozpatrywania takiej oferty w momencie rozstrzygania postępowania. Zgodzić się jednak trzeba, że formalny wyraz, za pomocą którego zamawiający winien zakomunikować uczestnikom postępowania, że nie brał oferty, co do której wykonawca nie jest związanym, stwarza problemy. Biorąc przy tym, okoliczności sprawy a także obowiązujące w tej mierze regulacje, właściwym wydaje się wykluczenie takiego wykonawcy z postępowania, skoro ustawodawca potraktował w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy kwestie związane z nieprzedłużeniem tego terminu jako kwalifikowane wykluczeniem wykonawcy.”*

Dostrzeżenia wymaga, że w orzecznictwie reprezentowany jest również pogląd, zgodnie z którym wykonawcy, który w przypadku gdy zamawiający nie skierował do niego wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą, samodzielnie takiego terminu nie przedłużył, nie można wykluczyć z udziału w postępowaniu, ale należy w takiej sytuacji odrzucić złożoną przez niego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1) – czasami też pkt 8) – ustawy Pzp. Wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp podlegałby jedynie ten wykonawca, który wezwany przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie oświadczy stanowczo, że wyraża zgodę na przedłużenie tegoż terminu. Tak chociażby Sąd Okręgowy w Tarnowie (sygn. akt I Ca 495/13).

W tym kontekście, podkreślenia wymaga, że mimo faktu, że skład orzekający opowiedział się za wykluczeniem wykonawcy w każdej z omówionych tu dwóch sytuacji, Zamawiający, gdyby uznał pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Tarnowie za właściwy, byłby również

zobowiązany do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albowiem w rozpoznawanej sprawie Zamawiający skierował do Odwołującego odpowiednie wezwanie.

Co więcej, nawet gdyby przyjąć za właściwy pogląd reprezentowany w wybranym orzecznictwie spośród tego, które zostało przywołane w odwołaniu (orzeczenia wydane w sprawach KIO 2271/13, czy też KIO 459/12), Odwołujący również powinien zostać przez Zamawiającego wykluczony z udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z tym poglądem, zamawiający może wykluczyć z udziału w postępowaniu tylko tego wykonawcę, który w odpowiedzi na skierowany do niego wniosek zamawiającego nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, tak jak miało to miejsce w rozpoznawanej sprawie. Według tego stanowiska zamawiający nie może wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie przedłużył terminu związania ofertą, jeśli do tego wykonawcy nie skierował w pierw odpowiedniego wniosku o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu. Oferta złożona przez takiego wykonawcę nie podlegałaby odrzuceniu i powinna zostać zaliczona do tych, spośród których wybierana ma być oferta najkorzystniejsza. Tak jak to już zostało podkreślone, nawet w świetle tegoż poglądu Odwołujący winien zostać z postępowania wykluczony, albowiem z orzeczeń tych nie wynika w żaden sposób, że możliwym jest z samego faktu nieudzielenia żadnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą wywodzenie, że wykonawca, który takiej odpowiedzi zaniechał, w istocie zgodę taką wyraża. Taki też pogląd wyrażony został ostatecznie w uzasadnieniu orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r. wydanego w sprawie XXIII Ga 924/14, które to orzeczenie, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, przemawiało w głównej mierze za uwzględnieniem odwołania. Sąd stwierdził, że: *„wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się on na przedłużenie okresu związania ofertą, co należałoby rozumieć w ten sposób, że zastosowanie tego przepisu [art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp], w tym zakresie, możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś, kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pyta, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody (nie zgodził się) na przedłużenie okresu związania ofertą”*. Także zatem w ramach tego poglądu (podobnie, jak na gruncie stanowiska, którym kierował się skład orzekający rozpoznający odwołanie), już samo nie wyrażenie wyraźnej zgody przez wykonawcę na przedłużenie terminu związania ofertą, jest wystarczające do wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nawet zatem gdyby przychylić się do omówionego tu poglądu, to i tak należałoby uznać, że Odwołujący został

zasadnie przez Zamawiającego wykluczony – nie udzielił on bowiem w odpowiednim terminie odpowiedzi na wezwanie do niego skierowane.

Aktualna, nawet na gruncie przywołanych tu poglądów (które nie współbrzmiały ze stanowiskiem Izby, choć w tym akurat aspekcie są z nim zbieżne) pozostaje teza o konieczności złożenia przez wykonawcę stanowczego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania go złożoną przez niego ofertą, a także terminu, w jakim ta zgoda ma być wyrażona. Tak Izba m.in. w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 2651/11: *„brak jednoznacznego oświadczenia wykonawcy (zaniechanie podjęcia czynności) oznacza, że zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą nie została wyrażona”*, czy też w orzeczeniu o sygn. akt KIO 2572/12, KIO 2573/12: *„Kwestia stwierdzenia wystąpienia przesłanki wykluczenia z postępowania nie może pozostawać w sferze domniemania. Brak zgody oznacza, iż wykonawca nie złożył oświadczenia zawierającego zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą lub odmówił zgody.”* Podobnie Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 21 grudnia 2010 r. wydanym w sprawie VI Ga 240/10, który stwierdził, że *„nie może budzić wątpliwości wobec literalnego brzmienia art. 85 ust. 2, iż wykonawca chcąc uczestniczyć w dalszym ciągu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poza terminem określonym jako termin związania ofertą winien złożyć w związku z tym jednoznaczne i nie budzące wątpliwości oświadczenie. Sąd Okręgowy rozpoznający skargę w niniejszym składzie podziela stanowiska wyrażane w dotychczasowym orzecznictwie KIO odnośnie tego, że zgoda taka nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być oświadczeniem wykonawcy (vide m.in. wyrok KIO z dnia 22.03.2010 r. sygn. akt KIO/UZP 267/10, uchwała KIO z dnia 5.05.2010 r. KIO/KD 46/10, wyrok KIO z dnia 14.06.2010 r. KIO/UZP 1021/10)”*.

Dlatego też Izba uznała, że nie sposób podzielić poglądu prezentowanego przez Odwołującego, że jedynie stanowcze oświadczenie wezwanego wykonawcy, że nie wyraża on zgody na przedłużenie terminu związania ofertą pozwala zamawiającemu wykluczyć tego wykonawcę z udziału w postępowaniu. Według każdego z przytoczonych powyżej stanowisk, w tym również tego, które za własne uznała Izba, Odwołujący, wobec nieudzielenia żadnej odpowiedzi na wezwanie go do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp. Zastrzec przy tym należy, iż Zamawiający występując z wezwaniem dochował wszelkich warunków oznaczonych w art. 89 ust. 2 ustawy Pzp – było to pierwsze wezwanie o przedłużenie terminu w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, oznaczało ono termin,

do którego miałyby nastąpić przedłużenie i zostało przekazane w odpowiednim terminie. Odwołujący był więc wzywany i na to wezwanie nie odpowiedział.

Nie sposób, zdaniem Izby, wywodzić, że Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania go złożoną przez niego ofertą z samego tylko faktu, iż nie oświadczył on w sposób stanowczy, iż odmawia wyrażenia takiej zgody. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący w żaden sposób nie sygnalizował Zamawiającemu, że zamierza on termin związania ofertą przedłużyć, nie podjął on żadnych działań, z których miałyby wynikać, iż jego wola jest utrzymanie stanu związania go złożoną przez niego ofertą. Stąd, nawet gdyby dopuścić pogląd, zgodnie z którym zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą wykonawca może wyrazić nie tylko w sposób stanowczy i jednoznaczny, ale również na podstawie innych działań podejmowanych przez wykonawcę, koniecznym byłoby uznanie, że Odwołujący działań takich nie podjął. Zamawiający słusznie zatem stwierdził, iż Odwołujący przerwał stan związania go złożoną przez niego ofertą. W rozpoznawanej sprawie nie zaistniałyby bowiem żadne okoliczności, z których wywodzić można, że Odwołujący, pomimo zaniechania odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 29 lipca 2014 r., wyrażał dalszą gotowość do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na marginesie wskazać należy, że w rozpoznawanym przypadku, niemożliwym było wywodzenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z samego faktu utrzymania przez wykonawcę ważnego wadium (co skład orzekający uważa za niewłaściwe). Nawet przy uwzględnieniu tych zapatrywań nie można byłoby domniemywać wyrażania takiej zgody przez Odwołującego – z uwagi na brak w postępowaniu wymogu składania wadium, w zaistniałych okolicznościach faktycznych byłoby to niemożliwe.

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga fakt, że dla skuteczności samego podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego (nie zaś samego wyboru oferty najkorzystniejszej) – zgodnie z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08) – nie jest wymagana ważność terminu związania ofertą. Jak przesądził to Trybunał Konstytucyjny, dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jeśli chęć jej podpisania wyraża wykonawca, którego oferta została uznana w postępowaniu za najkorzystniejszą.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż Zamawiający nie dopuścił się również naruszenia przepisów przywołanych w odwołaniu, a w szczególności art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....