

**WYROK**  
z dnia 28 lipca 2020 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2020 r. przez wykonawcę

**Defero Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sieradzu**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Uniwersytetowi Medycznemu im. Piastów Śląskich we Wrocławiu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Defero Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** oraz przeprowadzenie czynności ponownego badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Defero Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu na rzecz **Defero Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

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

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania: przebudowa i remont budynku użyteczności publicznej, dawnej Katedry i Kliniki Nefrologii Pediatricznej Akademii Medycznej we Wrocławiu, położonego przy ulicy Marii Curie-Skłodowskiej 50-52 we Wrocławiu (w systemie zaprojektuj – wybuduj)” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 24 marca 2020 r. pod numerem 526352. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – Defero Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych do oferty Odwołującego i w efekcie odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo tego, że nie zachodziła podstawa do zastosowania tego przepisu, gdyż Odwołujący nie była wzywany przez Zamawiającego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, zaś ww. przepis pozwala na odrzucenie oferty tylko w sytuacji, gdy takie wezwanie miało miejsce, a wykonawca nie odpowiedział na nie lub w odpowiedzi na to wezwanie nie wyraził takiej zgody,

2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastosowanie tego przepisu i w efekcie unieważnienie postępowania, podczas gdy nie zachodziły przesłanki unieważnienia postępowania przewidziane tym przepisem,

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania ponownego badania i oceny tej oferty oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,

### 3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający poinformował go o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych z tej przyczyny, że Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą, o którym mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania z tego powodu, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, tj. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający jednak nie wzywał Odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a wadium w postaci gwarancji bankowej złożone przez Odwołującego wraz z ofertą było ważne do 10 czerwca 2020 r.

Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Z treści przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika natomiast, że 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.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych, art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych znajduje zastosowanie wyłącznie, gdy wykonawca odmówi wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w tym przedmiocie: „W ocenie Izby, w stanie faktycznym takim jak w przedmiotowej sprawie, brak jest podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ZamPublU. Przepis stanowi bowiem jednoznacznie, że odrzuca się ofertę tylko takiego wykonawcy, który nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ZamPublU, na przedłużenie terminu związania ofertą. W art. 85 ust. 2 ZamPublU 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 oferta aktualizuje się obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy. Obowiązek odrzucenia oferty natomiast nie występuje, gdy wykonawca nie przedłuży samodzielnie terminu związania ofertą. Przepisów sankcyjnych, do jakich bez wątpienia należy przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ZamPublU odnoszący się do odrzucenia oferty, 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.” (wyrok KIO 2181/17). Podobnie

wyrok KIO 153/18, KIO 805/19, KIO 105/19, KIO 378/19, KIO 1685/19, KIO 2104/19, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi sygn. akt XIII Ga 379/12, wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie sygn. akt IX Ga 392/13, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Ga 924/14, i XXIII Ga 729/15, postanowienie Trybunału Konstytucyjnego sygn. akt SK 22/081. Zatem nie ma żadnej podstawy prawnej, aby po upływie terminu związania ofertą zamawiający mógł odstąpić od jej oceny i badania oraz nie ma żadnej przeszkody prawnej do wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej, zaś zamawiający nie wskazał, ani nie wykazał okoliczności przeciwnej."

W wyroku KIO 105/19, Izba wprost wskazała, że „obecnie w orzecznictwie i doktrynie znacząco przeważa stanowisko, że nie ma żadnych podstaw do zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, której termin związania upłynął. Natomiast co do samej możliwości podpisania umowy z takim wykonawcą, to jednoznacznie za takim uprawnieniem wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z 24.02.2010 r., sygn. akt SK 22/08. (...) do upływu terminu związania ofertą termin ten chroni zamawiającego i przyznaje mu prawo przyjęcia oferty oraz żądania zawarcia umowy, Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami. Po upływie terminu związania ofertą instytucja ta chroni wykonawcę, dając mu prawo do uchylenia się od zawarcia umowy. Nie oznacza to jednak, że po upływie terminu związania ofertą nie może dojść do zawarcia umowy, gdyż w takim przypadku brak jest jedynie po stronie wykonawcy takiego obowiązku. Jeżeli po upływie terminu związania ofertą istnieje zgodna wola stron zawarcia umowy, umowa może zostać podpisana.”

Z ww. orzecznictwa wynika, że wobec braku wezwania Odwołującego przez Zamawiającego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, odrzucenie oferty Odwołującego było nieuprawnione, ponieważ w brak jest podstawy prawnej pozwalającej na odrzucenie oferty wykonawcy, który samodzielnie, z własnej inicjatywy nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Odrzucenie oferty wykonawcy w takiej sytuacji, przy braku wezwania przez Zamawiającego do wyrażenia ww. zgody, oznacza nadużycie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, co do którego nie ma wątpliwości, że powinien on być interpretowany ściśle. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. XXIII Ga 729/15 wskazano, 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”.

Także w wyroku z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17, Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził, 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 (podobnie wyrok z 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15).

Zamawiający ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w ogłoszeniu o zamówieniu nie wskazał, aby wykonawca miał obowiązek złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą pod rygorem odrzucenia oferty. Zatem ani ustawa Prawo zamówień publicznych, ani dokumentacja przetargowa nie dawały podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego w rozpatrywanym stanie faktycznym.

W konsekwencji Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych przez co Odwołujący bezpodstawnie został pozbawiony możliwości wybrania jej oferty jako najkorzystniejszej, gdyż gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Ponadto nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego doprowadziło do nieuzasadnionego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec tego, że oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, nie powinno dojść do unieważnienia tego postępowania.

Odnosząc się do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie Odwołujący powołał się na dokonaną przez sąd wykładnię systemową – gdyby bowiem ustawodawca chciał, aby podstawa wykluczenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc zarówno do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zastosowałby z pewnością odnośnika do wyrażenia zgody. Ustawodawca użył natomiast wyraźnego określenia „nie zgodzili się” odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 Ustawy”. Obecne brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych w dalszym ciągu nie pozwala na odrzucenie oferty wykonawcy, który samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą.

Wbrew temu, co twierdzi Zamawiający, nie ma znaczenia, że nie dokonano wyboru oferty Odwołującego w terminie związania tą ofertą. Jak zostało wskazane w uchwale KIO z 4 kwietnia 2019 r. (KIO/KU 24/19) „żaden z przepisów Ustawy nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który nie jest już związany swoją ofertą”.

## II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podtrzymał swoją dotychczasową decyzję i wniósł o oddalenie odwołania.

Potwierdził, że odrzucił ofertę Odwołującego, jak też innych wykonawców, którzy nie przedłużyli terminu związania ofertami. W uzasadnieniu powodów odrzucenia oferty wskazał, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogli samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą, lecz nie skorzystali z tego uprawnienia. Przepis art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje dwa sposoby przedłużenia terminu związania ofertą: w formie odpowiedzi na wezwanie zamawiającego oraz samodzielnie przez wykonawcę, przy czym obie formy stanowią jedynie uprawnienie stron postępowania. Wykonawca, wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą bądź samodzielnie przedłużając termin podejmuje decyzję o dalszym udziale w postępowaniu. Na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym zobowiązanym do działania z należytą starannością ciąży podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający powołał się również na opinię Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą postanowienia Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-35/17, zgodnie z którą w przypadku upływu terminu związania ofertą przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje odrzucenie oferty. Przepis ten odsyła do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wyraźnie stanowi, że wykonawca może na wniosek zamawiającego lub samodzielnie, przedłużyć termin związania ofertą. Nieprzedłużenie tego terminu w obu przypadkach jest równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też, używając terminologii ustawy, niewyrażeniem przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

W związku z faktem, iż wszystkie oferty zostały odrzucone, Zamawiający, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, unieważnił postępowanie ze względu na to, iż nie złożono w nim żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia. Zatem Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu, w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody. Są to przesłanki materialnoprawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych

w odwołaniu zarzutów. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga wykazania łącznego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w momencie, gdy nie przedłużył terminu związania ofertą, zapewniając jej ciągłość przez cały okres prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie została wybrana w tym postępowaniu, nie będzie mogła już zostać wybrana jako najkorzystniejsza z uwagi na upływ terminu związania ofertą. Odmienną kwestią jest prawo do podpisania umowy po upływie terminu związania ofertą.

W przedmiotowym postępowaniu, aby doszło do rozpatrywania możliwości zawarcia umowy, oferta Odwołującego w pierwszej kolejności musi zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a to nie jest możliwe z uwagi na zaistniałą sytuację związaną z nieprzedłużeniem terminu związania ofertą. W wyroku KIO 217/15 Izba stanęła na stanowisku, że „w zakresie terminu związania ofertą i skutków związanych z jego upływem, Izba stoi na stanowisku, że wybór oferty najkorzystniejszej winien być dokonany wyłącznie w okresie związania ofertą przez danego wykonawcę. Stan związania ofertą to element konstytutywny oferty. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, w szczególności wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt. VI Ga 240/10 z 21 grudnia 2010 r, gdzie sąd wskazał, że nie może budzić wątpliwości, wobec literalnego brzmienia art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, iż to 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 niebudzące wątpliwości oświadczenie. W podobny sposób wypowiedział się Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z 21 września 2012 r. sygn. akt XIII Ga 379/12 wskazując, że wykonawca chcąc być nadal uczestnikiem postępowania, winien przedłużyć termin związania ofertą. Zaniechanie tej czynności rodzi bowiem skutek w postaci upływu terminu związania ofertą. Sąd Okręgowy w Tarnowie w wyroku z 13 lutego 2013 r. sygn. akt I CA 495/13 podkreślił, że w ramach procedury przetargowej pozostaje nadal aktualne, że istnienie stanu związania ofertą jest immanentnym elementem konstrukcyjnym oferty, a skutki wygaśnięcia związania ofertą należy definiować i rozpoznawać w oparciu o normy Kodeksu cywilnego.

W wyroku KIO 1470/15 Izba wskazała, że „Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi w dacie związania ofertą. Upływ terminu związania oferta powoduje jej wygaśnięcie, wobec czego nie sposób w takiej sytuacji mówić w ogóle o ofercie jako wiążącym oferenta oświadczeniu woli (...). Ustawodawca nadał okoliczności związania ofertą znaczenie prawne, skoro wprowadził regulacje dotyczące terminu związania ofertą, możliwości jego



przedłużania, czy sposobu liczenia biegu terminu (art. 85 ustawy Pzp). W tym aspekcie związanie ofertą należy postrzegać jako element konstruktywny oferty. Nie jest zatem możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, której termin związania upłynął.”

Odwołujący nie legitymuje się interesem w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż oferta Odwołującego przestała wiązać, co z kolei, w przypadku uwzględnienia zarzutów uniemożliwia jej wybór, wskutek czego zastosowanie znajduje przepis art. 192 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazujący Krajowej Izbie Odwoławczej oddalenie odwołania.

Wnoszący środek ochrony prawnej jest zobligowany do wykazania również poniesienia lub możliwości poniesienia szkody będącej wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Istnieje więc możliwość oddalenia środka ochrony prawnej w sytuacji wykazania przez wykonawcę spełnienia tylko jednej z przesłanek dopuszczalności wniesienia środków ochrony prawnej. Szkada musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego. Oznacza to, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy. Dotyczy to sytuacji, gdy wskutek naruszenia przepisów ustawy odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Oceny spełniania przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonuje się na moment wnoszenia odwołania, a nie na moment orzekania czy wyrokowania w sprawie.

Przytoczone przez Odwołującego w odwołaniu orzecznictwo zostało wydane w oparciu o inny stan faktyczny niż w przedmiotowym postępowaniu. Większość wskazanych orzeczeń dotyczyła sytuacji, kiedy upływ terminów związania ofertą następował po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. W przedmiotowym postępowaniu nie nastąpił wybór oferty Odwołującego, ponieważ w czasie, kiedy miałyby to nastąpić, upłynął już termin związania ofertą. Odwołujący posiadał uprawnienie do przedłużenia okresu związania ofertą, lecz tego nie uczynił. Jeżeli wykonawca chce dalej ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, powinien złożyć w tym zakresie jednoznaczne oświadczenie zamawiającemu. Jeżeli natomiast wykonawca nie wyraża takiej woli, może to wyraźnie zamawiającemu oświadczyć lub powstrzymać się od podejmowania jakichkolwiek działań. W tym przypadku Odwołujący nie wyraził woli dalszego związania ofertą, a więc w ten sposób dał wyraz, iż nie chce zawierać umowy opartej o złożoną ofertę. Dla Zamawiającego kluczowym było to, iż w dacie, kiedy przystąpił do wyboru najkorzystniejszej oferty, żaden z wykonawców nie był związany swoją ofertą. W związku z tym, zdaniem Zamawiającego, nie było ofert, z których mógłby wybrać najkorzystniejszą. Dlatego uznał, iż konsekwencją takiego stanu rzeczy musi być odrzucenie ofert oraz unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W kwestii zawarcia umowy z wykonawcą po okresie

związania ofertą należy rozróżnić dwie sytuacje. Pierwsza z nich to zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana, ale nie jest już związany ofertą, a druga to możliwość wyboru oferty i zawarcia umowy z wykonawcą, którego okres związania ofertą już minął. Zdaniem Zamawiającego w pierwszym przypadku istnieje możliwość zawarcia umowy, natomiast w drugim już nie.

W ocenie Zamawiającego powyższe stanowisko jest zgodne z oceną skutków wygaśnięcia związania ofertą na podstawie art. 66 § 2 Kodeksu cywilnego. Interpretacja art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 66 § 2 Kodeksu cywilnego prowadzi do wniosków, iż wybór oferty najkorzystniejszej powinien nastąpić w okresie związania ofertą (w którym wykonawca oczekuje odpowiedzi zamawiającego, czyli samego wyboru). Upływ okresu związania powoduje, że oferta przestaje wiązać wykonawcę, a w konsekwencji uprawniony jest wniosek, że oferta wygasa. Stan związania ofertą jest bowiem konstruktywnym elementem oświadczenia woli zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec tego, jeśli zamawiający dokona wyboru oferty w okresie związania ofertą, umowa z tym wykonawcą, nawet jeśli minął okres związania, może być zawarta. Wybór oferty powoduje, że w pewnym sensie stan związania trwa nadal już do momentu zawarcia samego dokumentu umowy. Brak dokonania wyboru oferty w okresie związania powoduje, iż oferta ta wygasa i nie może być wybrana. Gdyby Zamawiający dokonał tego wyboru, to podjąłby taką czynność w istocie w stosunku do wygasłej (nieistniejącej) oferty. W doktrynie na tle problematyki terminu związania ofertą w postępowaniach o udzielanie zamówienia publicznego wskazuje się, że nie sposób przyjąć, że w polskim systemie prawnym terminowość oferty przetargowej jest wątpliwa. W praktyce nie występują prawnie skuteczne oferty bezterminowe, tj. takie, które wiązałyby oferenta permanentnie przez nieokreślony czas, przyznając jednocześnie oblatowi nieskończone w czasie prawo przyjęcia oferty. Na gruncie prawa cywilnego, nawet jeśli oferent nie wyznaczy terminu, wciągu którego będzie oczekiwać odpowiedzi co do przyjęcia oferty, nie będzie to oznaczało permanentnego obowiązku pozostawania w gotowości do zawarcia umowy. W takim bowiem wypadku oferta co do zasady przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta „niezwłocznie” (dotyczy ofert złożonych między obecnymi, tj. w obecności drugiej strony, albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość) albo z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną „bez nieuzasadnionego opóźnienia” (tak w: Z problematyki związania ofertą przetargową. Glosa do postanowienia Trybunału Sprawiedliwości z 13.7.2017 r. w sprawie C-35/17 Anna Szymańska PZP 2018; Nr 3, str. 90).

Przerwanie terminu związania ofertą spowodowało wygaśnięcie oferty Odwołującego, co z kolei wywołuje skutek uniemożliwiający Zamawiającemu dokonanie wyboru tej oferty w tym postępowaniu. Urząd Zamówień Publicznych, przy okazji publikacji na swojej stronie

internetowej orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-35/17 zaznaczył, że w opinii UZP wytyczne płynące z ww. postanowienia nie znajdują zastosowania do oceny kwestii braku przedłużenia związania ofertą. W interpretacji tej wskazano, że „w przypadku upływu terminu związania ofertą przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy przewiduje odrzucenie oferty. Przepis ten odsyła do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy, który wyraźnie stanowi, że wykonawca może tak na wniosek zamawiającego, jak i samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą. Nieprzedłużenie tego terminu w obu przypadkach jest równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też, używając terminologii ustawy, niewyrażeniem przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Przepis ten nie powinien sprawiać problemów interpretacyjnych, a ewentualna odmienna jego wykładnia może wynikać jedynie z błędnego rozumienia znaczenia i celu tej regulacji”. Bezskuteczny upływ terminu związania ofertą przed jej przyjęciem jest równoznaczny z końcem bytu oferty jako takiej, zaś ofertę należy odrzucić zarówno, gdy wykonawca nie przedłuży związania ofertą pomimo takiego wezwania ze strony zamawiającego, ale także, gdy takie wezwanie nie miało miejsca. Oba przypadki, w ocenie Prezesa UZP, oznaczają rezygnację wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu, a zatem stanowią podstawę zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Prezesa UZP wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia zobowiązany jest również do samodzielnego przedłużenia terminu związania swoją ofertą przed jego upływem. W przeciwnym razie zamawiający powinien uznać, że nie wyraził on zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stanowisko to odnajduje również akceptację w orzecznictwie Krajowej Izbie Odwoławczej (wyrok KIO 2097/17, KIO 111/16, KIO 217/15, KIO 579/16, KIO 1815/11, KIO 109/13, KIO 1281/15, KIO 1282/15) oraz w orzecznictwie sądów powszechnych m.in. SO w Łodzi sygn. XIII Ga 379/12, SO w Gliwicach sygn. X Ga 458/16. Pogląd ten popierają także przedstawiciele doktryny, którzy podnoszą, że wybór oferty po upływie terminu związania ofertą jest prawnie niemożliwy. Stan związania ofertą ustaje z chwilą bezskutecznego upływu terminu do jej przyjęcia, a konstrukcja oferty zakłada obligatoryjne zamknięcie stanu związania terminem końcowym. W piśmiennictwie prawa cywilnego wskazuje się, że związanie jest koniecznym skutkiem oferty. Bez związania oferta nie istnieje. Oferta nieprzyjęta w terminie gaśnie w całości. Niemożliwe jest więc po tym terminie dokonywanie jakichkolwiek czynności wobec oferty, gdyż w sensie prawnym tej oferty brak. W innym przypadku nie miałyby racji bytu i stawały pod znakiem zapytania racjonalność ustawodawcy przepisy Prawa zamówień publicznych wskazujące na bieg terminu związania ofertą (art. 85 ust. 5), jego długość (art. 85 ust. 1), powiązanie tego terminu z zabezpieczeniem wadium

oferty (art. 85 ust. 4) oraz przede wszystkim przepisy wskazujące na możliwości przedłużenia tego terminu w określonych sytuacjach (art. 85 ust. 2), jak również przepis wskazujący na obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku nieprzedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą (art. 24 ust. 2 pkt 2).

Nietrafnie Odwołujący podnosi, iż odrzucenie oferty wykonawcy, który samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą, pozostaje w oczywistej widocznej sprzeczności z przepisami Prawa zamówień publicznych, a zatem pozostaje *contra legem*. Zdaniem Zamawiającego interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień prowadząca do odrzucenia oferty w przypadku braku złożenia przez wykonawcę oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą jest zgodna również w świetle zasad wykładni literalnej.

Jak wskazał Prezes UZP w przywołanej opinii, w przypadku upływu terminu związania ofertą przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje odrzucenie oferty. Przepis ten odsyła do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wyraźnie stanowi, że wykonawca może tak na wniosek zamawiającego, jak i samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą. Nieprzedłużenie tego terminu w obu przypadkach jest równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też, używając terminologii ustawy, niewyrażeniem przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zdaniem Zamawiającego, nieskorzystanie przez wykonawcę z uprawnienia do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą jest równoznaczne z niewyrażeniem zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i zaktualizowaniem się po stronie Zamawiającego obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z art. 89 ust. 1 pkt 7a, 7b i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, iż zamawiający jest obowiązany odrzucić ofertę w następujących przypadkach: wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium, oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Obecnie zatem w przypadku upływu terminu związania ofertą przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje odrzucenie oferty, odsyłając do art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc mając zastosowanie zarówno w przypadku nieprzedłużenia terminu związania ofertą na wniosek zamawiającego, jak i samodzielnie przez wykonawcę. W obu przypadkach ostateczna decyzja leży po stronie wykonawcy, a bierność jest równoznaczna z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego. Podobne wnioski można było wywieść z poprzednio obowiązującego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącego przesłanek wykluczenia.

Zdaniem Zamawiającego upływ terminu związania ofertą w toku oceny i badania ofert stanowi podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to równoznaczne z brakiem zgody wykonawcy na jej przedłużenie, które powinno nastąpić w formie osobnego i definitywnego oświadczenia woli złożonego oblatowi. Jak wskazuje się w doktrynie, status oferty terminowej jest zorientowany na ochronę oferenta. Tymczasem postępowania przetargowe trwają często dłuższy okres wskutek braku przepisów określających maksymalny czas badania ofert czy prowadzenia postępowania. Przyjęcie, że taka oferta nadal obowiązuje, wiązać się musi z narzuceniem nieokreślonego w czasie obowiązku wykonawcy pozostawania w gotowości do zawarcia umowy na niezmiennych warunkach, co jest bardzo uciążliwe. Zmieniające się szybko realia gospodarcze (np. terminy realizacji zamówień u podwykonawców, wzrost cen) i często treść dokumentów przetargowych (np. terminy kalendarzowe wykonania zamówienia, wysokie kary umowne) przy jednoczesnym nieograniczonym w czasie trwaniu postępowania przetargowego dodatkowo uzasadniają pozostawienie decyzji co do dalszego uczestnictwa w nim samemu wykonawcy (tak Anna Szymańska „Z problematyki związania ofertą przetargową. Glosa do postanowienia Trybunału Sprawiedliwości z 13.7.2017 r. w sprawie C-35/17”, PZP 2018, Nr 3, str. 90).

Wbrew stanowisku Odwołującego, również w rozstrzygnięciach Krajowej Izby Odwoławczej uznaje się za konieczne odrzucenie oferty wykonawcy, co do której upłynął termin związania ofertą. Przykładowo w orzeczeniu KIO 1507/19 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przywołane w odwołaniu, zgodnie z którym (Informator Urzędu Zamówień Publicznych lipiec-wrzesień 2017 r.) nieprzedłużenie terminu związania ofertą w obu przypadkach, o których mowa powyżej (samodzielnie i w odpowiedzi na wniosek zamawiającego) jest równoznaczne z niewyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, co jest tożsame z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu i sprawia, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu”. Jak wskazała Izba w uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia, na gruncie zamówień publicznych nie jest dopuszczalna sytuacja, w której w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty niektórzy z wykonawców byłiby związani ofertą i ich oferta byłaby zabezpieczona wadium (tam, gdzie jest to przewidziane) a niektórzy z wykonawców nie byłiby związani ofertą i ich oferta nie byłaby zabezpieczona wadium. Oznaczałoby to przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców, a w konsekwencji naruszałoby podstawową zasadę zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Artykuł 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje ograniczenie do jednokrotnego przedłużenia

terminu związania ofertą do 60 dni wyłącznie dla zamawiającego. W związku z tym wykonawca może złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą więcej niż jednokrotnie, nadto również o większą liczbę dni. Oznacza to, iż wykonawcy, gdy są zainteresowani pozyskaniem zamówienia, mają instrument, z którego mogą i z którego powinni korzystać w celu utrzymywania stanu związania ofertą w sytuacji przedłużającego się postępowania.

Zamawiający zwraca uwagę, iż ustawodawca zadbał o prawo zamawiającego żądania od wykonawcy, który nie był pierwotnie wybrany, wniesienia wadium. Tym samym ustawodawca uznał, że istotne jest, by zamawiający dysponował instrumentem sankcyjnym wobec wykonawcy, któremu uprzednio wadium to zwrócił. Co więcej, art. 46 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest normą dwustronnie bezwzględnie obowiązującą. Zamawiający bowiem „żąda” a wykonawca „wnosi” wadium. Aby jednak w ogóle można było mówić o skuteczności sankcyjnej roli wadium, wykonawca musi być związany ofertą. W przeciwnym wypadku, tj. w braku związania ofertą, nawet jeżeli jest ona zabezpieczona wadium, wykonawca będzie mógł uchylić się od negatywnych skutków odmowy zawarcia umowy. Wobec powyższego zasada racjonalności ustawodawcy wyznaczać musi nie inny kierunek interpretacyjny, niż ten, że wykonawca musi być wówczas związany ofertą. Jednocześnie, ponieważ ustawa Prawo zamówień publicznych nie ustala wyjątku od obowiązków określonych w art. 46 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności na wypadek upływu terminu związania ofertą, uznać należy, że albo w momencie tym wykonawca z woli ustawodawcy musi być związany ofertą, albo oferta takiego wykonawcy nie może być wybrana (podlega odrzuceniu), a wówczas nie dotyczy jej obowiązek, o którym mowa w tym przepisie.

Prezentowane przez Zamawiającego stanowisko znajduje aprobatę w doktrynie, w której podnosi się, że „Powstaje jednak problem, co zrobić ma zamawiający z ofertą wykonawcy, co do którego nie wystosował on wezwania o przedłużenie terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, a który samodzielnie nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Należy bowiem zwrócić uwagę, że fakt wystosowania przez zamawiającego wezwania o przedłużenie terminu związania ofertą i brak wyrażenia zgody przez wykonawcę na przedłużenie ostatecznie prowadzi do takiego samego skutku, jaki powstałby w sytuacji, gdyby zamawiający z wezwaniem takim nie wystąpił, a wykonawca samodzielnie nie złożyłby oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Skutkiem tym jest oczywiście występowanie w postępowaniu oferty, którą wykonawca nie jest związany. Jako jedno z rozwiązań wyżej wymienionych sytuacji prezentowanych w orzecznictwie wskazano konieczność zastosowania w takim przypadku przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy następującym uzasadnieniu: „umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta po upływie terminu związania ofertą,

jednak sam wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu powinien nastąpić w tym terminie. Oświadczenie każdego wykonawcy o związaniu się treścią swojej oferty powinno być ważne w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co najmniej do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej. (...) Z chwilą upływu okresu związania ofertą należy uznać, że wykonawca nie jest zainteresowany realizacją niegdyś złożonej oferty, bo gdyby był, to by sam z własnej inicjatywy w oparciu o przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp przedłużył okres związania ofertą. Oferta taka powinna być odrzucona jako sprzeczna z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Możliwość wyboru najkorzystniejszej oferty jest możliwa tylko spośród ważnych ofert, czyli takich, którymi wykonawcy są związani. (...) Dla ważności oferty nie wystarcza tylko fakt posiadania tak zatytułowanego dokumentu, ale konieczne jest również uzewnętrznienie woli kontrahenta wyrażające się zamiarem zawarcia umowy – zgodnie z art. 66 k.c. – jest to oświadczenie woli zawarcia umowy, oświadczenie o związaniu się ofertą przez wykonawcę" (uchwała KIO z 5.7.2010 r., KIO/KD 46/10)" (tak M. Śledziwska (red.), Proces udzielania zamówień publicznych. Komentarz praktyczny z orzecnictwem, Wyd. 2, Warszawa 2019).

Czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu zgodne są również ze wskazaniami Trybunału Sprawiedliwości UE, wyrażonymi w orzeczeniu dotyczącym sprawy C-35/17. W uzasadnieniu orzeczenia Trybunał wskazał, że reguły prowadzenia przetargu powinny wynikać z ogłoszenia (dokumentacji przetargowej). W orzeczeniu C-35/17 (teza 25.) wskazuje się, że podstawa odrzucenia lub wykluczenia wykonawcy powinna wynikać z dokumentacji postępowania, przez co rozumie się także przywołane w niej przepisy prawa. Wystarcza więc, aby dokumentacja postępowania informowała, że postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych, by wymóg wskazania podstaw do nieprzyjęcia oferty po upływie terminu związania ofertą uznać za zawarty w dokumentacji postępowania. Zamawiający w dokumentacji przetargowej wskazał jednoznacznie, iż postępowanie prowadzone jest zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Zamawiającego z całokształtu podniesionych w toku sprawy argumentów wynika jednoznacznie, iż w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podjęte przez Zamawiającego czynności były zgodne z prawem i miały na celu dążenie do pewności Zamawiającego, że oferta wybranego wykonawcy będzie ważna, a wybrany oferent nie odmówi bez konsekwencji zawarcia umowy.

### III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż oferta Odwołującego przestała wiązać, co, w przypadku uwzględnienia zarzutów, uniemożliwia jej wybór. Odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w momencie, gdy nie przedłużył terminu związania ofertą, zapewniając jej ciągłość przez cały okres prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie została wybrana w tym postępowaniu, nie będzie mogła już zostać wybrana jako najkorzystniejsza z uwagi na upływ terminu związania ofertą.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie budzi żadnych wątpliwości, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy w przypadku, gdy uzna, że złożona przez niego oferta została odrzucona w sposób nieprawidłowy – jak zrobił to Odwołujący w niniejszym odwołaniu. Podstawą prawną odrzucenia oferty przez Zamawiającego był art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, a faktyczną – upływ terminu związania ofertą. Przyjęcie stanowiska Zamawiającego prowadziłoby więc do sytuacji, w której Odwołującemu (i każdemu wykonawcy, w stosunku do którego zastosowano art. 89 ust. 1 pkt 7a) *de facto* w ogóle nie przysługiwałyby środki ochrony prawnej, nawet bez zbadania, czy czynność Zamawiającego była prawidłowa – nie mógłby bowiem kwestionować swojego odrzucenia z powodu upływu terminu związania ofertą właśnie z tego powodu, że termin ten upłynął. Jest to niedopuszczalne.

Po drugie, Zamawiający nie ma racji stwierdzając, że z wykonawcą takim nie można zawrzeć umowy – o czym mowa w dalszej części uzasadnienia.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów nie jest sporny między Stronami: termin związania ofertą upłynął, Zamawiający nie wezwał Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą, a Odwołujący samodzielnie tego terminu nie przedłużył. Podobna sytuacja dotyczyła także innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający odrzucił wszystkie oferty i, na



podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, unieważnił postępowanie ze względu na to, iż nie złożono w nim żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych do oferty Odwołującego i w efekcie odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo tego, że nie zachodziła podstawa do zastosowania tego przepisu, gdyż Odwołujący nie był wzywany przez Zamawiającego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, zaś ww. przepis pozwala na odrzucenie oferty tylko w sytuacji, gdy takie wezwanie miało miejsce, a wykonawca nie odpowiedział na nie lub w odpowiedzi na to wezwanie nie wyraził takiej zgody,
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastosowanie tego przepisu i w efekcie unieważnienie postępowania, podczas gdy nie zachodziły przesłanki unieważnienia postępowania przewidziane tym przepisem,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przepis art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych reguluje kwestie dotyczące związania ofertą:

1. Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż:
  - 1) 30 dni – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

2) 90 dni – jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług – 10.000.000 euro;

3) 60 dni – jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2.

2. 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.

3. Odmowa wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 2, nie powoduje utraty wadium.

4. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

5. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą.

Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, przepis ten ustanawia konieczność odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, w której wykonawca ten „nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą”. Z kolei art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – pomimo że opisuje dwie okoliczności, w których może nastąpić przedłużenie terminu związania ofertą – to odnosi się do „zgody” wykonawcy jedynie w zakresie stwierdzenia, że „zamawiający może zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu”.

Tym samym sankcja odrzucenia oferty związana jest jedynie z tą sytuacją. Takie też jest obecne stanowisko orzecznictwa w tym zakresie, a pojawiające się poglądy przeciwne są jedynie jednostkowe i marginalne.

Kierunek ten został potwierdzony przywołanym postanowieniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17, w którym Trybunał stwierdził, że „Artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz 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”. (Artykuł 2. dyrektywy to odpowiednik art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Orzeczenie to zostało wydane w odpowiedzi na toczący się w Polsce od lat spór co do zakresu sankcji wynikającej wcześniej z art. 24 ust. 2 pkt 4 („nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą” i art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych („nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą”), a następnie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych. Od lat bowiem nie było jasne, w jaki sposób – w tym zakresie – traktować brak przedłużenia terminu ofertą bez wezwania zamawiającego. Odpowiedź Trybunału oznacza więc, że jeżeli nie wiadomo, czy sankcja obejmuje brak przedłużenia terminu ofertą bez wezwania zamawiającego, to znaczy, że zasady postępowania przetargowego wskazane w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (obecnie odrzuceniu jego oferty) wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej (czy przepisów).

Powyższe orzeczenie zostało wydane w tym samym kierunku, do którego zmierzało również orzecznictwo krajowe – bowiem analizując poszczególne wyroki na przestrzeni lat można zauważyć wyraźną zmianę tego stanowiska w czasie – i w momencie wydania ww. postanowienia TSUE, polskie orzecznictwo już zbudowało wyraźną linię orzeczniczą zmierzającą w kierunku ograniczenia podstaw odrzucenie oferty – w tamtym okresie wykluczenia wykonawcy – wyraźnie do odmowy (braku wyrażenia zgody) przedłużenia okresu związania ofertą na wniosek zamawiającego. Nawet sądy, które wcześniej wyrażały pogląd odmienny, a miały okazję orzekać po raz drugi w tej kwestii, zaczęły wydawać orzeczenia w kierunku większościowym. Por. wyroki sądów okręgowych: SO w Warszawie z 19 czerwca 2015 r., sygn. XXIII Ga 729/15; SO w Katowicach z 16 kwietnia 2015 r., sygn. XIX Ga 151/15; SO w Łodzi z 24 października 2014 r., sygn. XIII Ga 573/14; SO w Warszawie z 16 lipca 2014 r., sygn. XXIII Ga 924/14; SO w Tarnowie z 13 lutego 2014 r., sygn. I Ca 495/13; SO w Lublinie z 17 stycznia 2014 r., sygn. IX Ga 392/13; SO w Łodzi z 21 września 2012 r., sygn. XIII Ga 379/12; SO w Poznaniu z 16 lutego 2010 r., sygn. X Ga 706/11; postanowienie SO w Rzeszowie z 16 lutego 2011 r., sygn. VI Ga 192/10; SO w Rzeszowie z 21 grudnia 2010 r., sygn. VI Ga 240/10; SO w Łodzi z 17 marca 2010 r., sygn. III Ca 177/10 oraz postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 24 lutego 2010 r. sygn. SK 22/08).

Nie jest też tak, że ustawodawca nie miał okazji zauważyć toczzonego sporu – a pomimo tego przez lata treść przepisu odnosząca się do „zgody”, nie zmieniła się.

Powyższa interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 7a i art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest też uzasadniona historycznie – pierwotnie treść art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosiła się bowiem wyłącznie do zgody wrażanej na wniosek zamawiającego („W uzasadnionych przypadkach na co najmniej 7 dni przed upływem terminu związania ofertą zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 30 dni.”). Zmieniając ten przepis i dając wykonawcom możliwość samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, ustawodawca nie zmienił jednak sankcji wyrażonej w art. 24 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie taką samą sankcję przeniósł do art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy to zatem uznać za celowe działanie ustawodawcy i brak sankcji w przypadku braku samodzielnego przedłużenia związania ofertą.

Praktyka wskazuje, że nie jest też tak, że wykonawcy – gdy bez wezwania zamawiającego nie złożą oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą, przestają być zainteresowani udziałem w przetargu. Przykładem tego jest choćby Odwołujący.

Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma również podstaw do rozróżniania skutków związania ofertą przed i po wyborze oferty najkorzystniejszej. Trybunał Konstytucyjny odniósł się tylko do jednej z tych sytuacji – co niewątpliwie wynikało ze stanu faktycznego sprawy, którą rozpoznawał – ale nie kwestionował jednocześnie odmiennej sytuacji. Cywilistyczne przyjęcie oferty można bowiem tylko częściowo zrównać z wyborem oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem ich skutki nie pokrywają się.

Również wspomniane przez Zamawiającego skutki związania ofertą wynikające z przepisów Kodeksu cywilnego i ustawy Prawo zamówień publicznych są odmienne – wykonawca może bowiem odmówić zawarcia umowy, nawet jeśli termin związania ofertą nie minął, a zamawiający nie ma podstaw do dochodzenia zawarcia umowy. Wynika to, po pierwsze, z art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych mówiącego o utracie wadium w przypadku odmowy podpisania umowy, a także okoliczności podobnych w skutkach, jak niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy i niemożliwość zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przy czym utrata wadium jest powiązana z terminem związania ofertą, ale prawnie jest inną instytucją – w skrócie można powiedzieć, że rekompensatą za niedotrzymanie związania ofertą.

Po drugie zaś, z art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie

zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1. W poprzedniej wersji przepisu wskazano, że zamawiający „wybiera” ofertę, tym samym wykluczono dochodzenie zawarcia umowy od wykonawcy uchylającego się.

Z powyższych dwóch przepisów wynika zatem, że wykonawca ma prawo uchylić się od zawarcia umowy, a zamawiający ma wybrać inną ofertę spośród złożonych. Konstrukcja ta odbiega więc od klasycznego modelu związania ofertą, na który powołuje się Zamawiający.

Konstrukcja oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego od cywilistycznej różni się też tym, że oferta ma swój oficjalny początek i koniec – początek związany jest z jej złożeniem w terminie składania ofert i z oficjalnym otwarciem, a koniec z odrzuceniem. Oferta „wygasa” (traci swój cel) co najwyżej w przypadku zawarcia umowy z innym wykonawcą, unieważnieniem postępowania, ewentualnie zakończeniem w sposób, do którego odnosi się art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. odnową zawarcia umowy przez wybranego wykonawcę i brakiem wyboru oferty kolejnej. Przy czym oferty mogą „powracać” do postępowania, np. oferta pierwotnie odrzucona może zostać wybrana. Zatem nie jest tak, że oferta „wygasa” wraz z upływem terminu związania nią wykonawcy – nawet w takim wypadku zamawiający powinien ją odrzucić. Podobnie zresztą jest w stosunku do oferty nieważnej (art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych) – odrzuca się ofertę, którą na gruncie prawa cywilnego można by uznać za nieistniejącą. Zatem nie można przenosić wprost poglądów doktryny z zakresu Kodeksu cywilnego na grunt ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wskazał Zamawiający – skoro oferta wygasła, nie powinno się w stosunku do niej wykonywać żadnych czynności – oznaczałoby to również, że nie powinno się jej odrzucać, do czego jednak ustawa Prawo zamówień publicznych zobowiązuje. Tym samym sama ustawa Prawo zamówień publicznych nie wiąże upływu terminu związania ofertą z popadnięciem oferty w niebyt (wygaśnięciem).

Poza tym fakt, że wykonawca nie jest oficjalnie związany ofertą, czy to na gruncie prawa cywilnego, czy ustawy Prawo zamówień publicznych – nie oznacza, że strony nie mogą zawrzeć ze sobą umowy. Jeśli konieczne jest wtłoczenie oferty, którą wykonawca nie jest już związany, w ramy pojęć cywilistycznych, można odnieść się do pojęcia zobowiązania naturalnego – wykonawca chce zrealizować zamówienie zgodnie ze złożoną wcześniej ofertą, choć nie jest do tego zobowiązany.

Tym samym Izba podziela w całości poglądy zaprezentowane w stanowisku Odwołującego.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty Odwołującego, a w konsekwencji unieważnienie postępowania, było nieprawidłowe i orzekła jak w sentencji nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz przeprowadzenie czynności ponownego badania i oceny ofert.

Izba zauważa przy tym, że zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zobowiązany jest do równego traktowania wykonawców, niezależnie od tego, czy korzystają oni ze środków ochrony prawnej, zatem tak samo powinien traktować wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej sytuacji, co Odwołujący.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 10.000 złotych oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 złotych.

**Przewodniczący:** .....