

WYROK

z dnia 5 października 2020 r. Krajowa Izba

Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2020 r. przez wykonawcę

Grupa Szymbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kłomnicach

w postępowaniu prowadzonym przez

Powiat Tarnogórski z siedzibą w Tarnowskich Górach

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Powiatowi Tarnogórskiemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Grupa Szymbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem wykonawcy Grupa Szymbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa,
2. kosztami postępowania obciąża Powiat Tarnogórski i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Grupa Szymbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Powiatu Tarnogórskiego na rzecz wykonawcy Grupa Szymbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa kwotę 13 900 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz dojazdu 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 w Gliwicach.

**Przewodniczący:
Uzasadnienie**

Zamawiający - Powiat Tarnogórski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę i nadbudowę budynku byłej kuchni na potrzeby bloku operacyjnego i centralnej sterylizatorni z rozbudową o pion komunikacyjny z windą WSP S.A. w Tarnowskich Górach, ul. Pyskowska 47-51, 42.-612 Tarnowskie Góry” 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 30 czerwca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 555608. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - GRUPA SZYMBUD Sp. z o.o. Sp. k. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego pomimo wyrażenia przez niego zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a w dalszej konsekwencji naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania pomimo złożenia oferty Odwołującego, która mieści się w zakresie kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

2.art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza uwzględniając przyjęte kryteria oceny ofert.

3.art. 92 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec braku należytego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej oferty na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, ewentualnie poprzedzonego wezwaniem do wyjaśnień treści oferty Odwołującego.

2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

3.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ogłoszenia z 30 czerwca 2020 r. nr 555608, zmienionego 14 lipca 2020 r., ogłoszenie nr 5401237308 oraz 22 lipca 2020 r., ogłoszenie nr 540133530. 3 sierpnia 2020 r. miało miejsce otwarcie ofert. Zostały złożone cztery oferty, w tym oferta Odwołującego. W informacji z otwarcia ofert Zamawiający wskazał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 13.512.553,33 zł brutto. Oferta Odwołującego była najkorzystniejsza z punktu widzenia przyjętych kryteriów oceny ofert oraz mieściła się w zakresie kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (cena brutto 12.703.365,98 zł).

26 sierpnia 2020 r. Zamawiający skierował do wykonawców pismo (w piśmie omyłkowo wskazano datę 26 czerwca 2020 r.), w którym zwrócił się z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni, tj. do 31 października 2020 r. włącznie. Zamawiający nie określił terminu na złożenie przez wykonawców przedmiotowej zgody.

Odwołujący w ramach postępowania przedłożył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej ważnej do 3 września 2020 r. włącznie. 27 sierpnia 2020 r. Odwołujący uzyskał od ubezpieczyciela wydłużenie okresu ważności wadium do 31 października 2020 r. włącznie. W piśmie z 31 sierpnia 2020 r., w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 26 sierpnia 2020 r., wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem terminu ważności wadium o wnioskowany przez Zamawiającego okres 60 dni, tj. do 31 października 2020 r., przedkładając aneks nr 1 do wadium. Pismo Odwołującego doręczono Zamawiającemu 2 września 2020 r.

Pomimo zaistnienia powyższych okoliczności, w tym wiedzy Zamawiającego o wyrażonej zgodzie Odwołującego na przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, 3 września 2020 r. Zamawiający skierował do wykonawców pismo, w którym odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, uznał, że najkorzystniejszą ofertę złożył Climamedic Sp. z o.o. sp.k.

1) unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, iż na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych upływ terminu związania ofertą nie

przesądza o niemożliwości uznania oferty za najkorzystniejszą w postępowaniu oraz o braku możliwości zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Na powyższą okoliczność zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08, wskazując, iż dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, a ustawodawca zrezygnował z wyznaczania maksymalnego terminu, w którym powinna zostać zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, poprzestając jedynie na określeniu terminów minimalnych, przed upływem których umowa taka nie może zostać zawarta. Obecnie upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jak podkreśla orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do artykułu 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, z tego przepisu wynika, że negatywny skutek w postaci odrzucenia oferty wykonawcy może nastąpić jedynie w sytuacji, gdy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W pozostałych sytuacjach, tj. braku samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą czy też upływu terminu związania ofertą ustawodawca nie przewidział żadnych konsekwencji prawnych w postaci odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Treść przepisu jest zatem jednoznaczna - wyłącznie, gdy wykonawca odmówi wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą, aktualizuje się obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 16 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14 wskazał, że z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać, że upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z 21 września 2012 r., sygn. akt XIII Ga 379/12 uznając, że celem związania ofertą jest umożliwienie dochodzenia przez zamawiającego spełnienia zobowiązania zawartego w ofercie wykonawcy. Służy to więc głównie zabezpieczeniu interesów zamawiającego, a nie wykonawcy. Zdaniem sądu po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą jednak różnicą, że działania zgodne z jej treścią (czyli zawarcie umowy na warunkach w ofercie oznaczonych) zależne jest wyłącznie od decyzji wykonawcy. W wyroku KIO 151/17 zauważono, iż gdyby ustawodawca chciał zrównać sytuację, w której wykonawca nie przedłuża terminu związania ofertą, czy to samodzielnie, czy też na wezwanie zamawiającego, to powodem odrzucenia oferty uczyniłby brak związania ofertą. Ustawodawca jednak nie zdecydował się na takie rozwiązanie. W orzecznictwie wskazuje się również, że skoro art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się tylko do sytuacji, w której wykonawca na wniosek zamawiającego nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, to nie można przedmiotowej przesłanki odrzucenia rozciągać również na inne, niewskazane w treści przepisu przypadki. Brak jest również podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu. W żadnym wypadku nie można zatem uznać, że z momentem upływu terminu związania ofertą złożoną przez Odwołującego przestał on być uczestnikiem postępowania (wyrok KIO 2104/19). W wyroku KIO 1007/13 Izba wskazała, że upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania może być rozpatrywany jako nieskutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z tego postępowania.

Wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie przecięło postanowienie TSUE z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, iż skoro art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się tylko do sytuacji, w której wykonawca na wniosek zamawiającego nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, to nie można przedmiotowej przesłanki odrzucenia rozciągać również na inne, niewskazane w treści przepisu przypadki. Brak jest również jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu.. Orzecznictwo KIO równocześnie podkreśla, iż interpretacja ww. przepisu nie powinna być rozszerzająca. Z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że odrzucenie oferty następuje, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, na przedłużenie terminu związania ofertą. Przepisu tego, jako regulacji o charakterze sankcyjnym, nie można interpretować przy użyciu wykładni celowościowej w sposób rozszerzający (wyrok KIO 2479/17).

W wyroku KIO 815/20 stwierdzono, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 powyższego wynika, że podstawą odrzucenia oferty jest wyłącznie sytuacja, gdy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, przy czym ustawodawca doprecyzował, że chodzi o zgodę, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający ma prawo i obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych wyłącznie w sytuacji, gdy najpierw zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a dopiero w odpowiedzi na taką prośbę wykonawca zgody nie wyraził.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający 2 września 2020 r. wiedział, iż Odwołujący wyraził jednoznacznie zgodę na wydłużenie terminu związania ofertą (pismo Odwołującego z 31 sierpnia 2020 r.) do dnia 31 października 2020 r., przedkładając dokument potwierdzający przedłużenie okresu ważności wadium (aneks nr 1 do wadium) do 31 października 2020 r. Pomimo spełnienia przez Odwołującego wymogów wskazanych w wezwaniu Zamawiającego z 26 sierpnia 2020 r. do przedłużenia terminu związania ofertą, wyrażenia przedmiotowej zgody przez Odwołującego wraz z przedłożeniem okresu ważności wadium w okresie wskazanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu oraz wiedzy Zamawiającego o powyższym, Zamawiający 3 września 2020 r. bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego.

W związku z powyższym odrzucenie oferty Odwołującego, a w dalszej konsekwencji unieważnienie postępowania należy uznać za bezprawne, bowiem oferta Odwołującego mieści się w zakresie kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W konsekwencji doszło także do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż odrzucając ofertę Odwołującego, która była najkorzystniejsza, nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie określonymi zasadami i kryteriami oceny ofert. Wadliwość czynności wybrania oferty Climamedic Sp. z o.o. sp. k. jest bezpośrednią konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W niniejszym postępowaniu Zamawiający, w piśmie z 3 września 2020 r., stanowiącym przedmiotową informację, poprzestał wyłącznie na lakonicznym sformułowaniu, iż oferty ww. wykonawców zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wykonawcy w terminie związania ofertą nie wyrazili zgody na przedłużenie okresu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego wystosowany na podstawie art 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Trudno uznać cytowane stwierdzenie za właściwe uzasadnienie faktyczne i prawne. Brak właściwego uzasadnienia faktycznego i prawnego należy uznać za godzący w przejrzystość postępowania w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu i nie można uznać, że z momentem upływu terminu związania ofertą złożoną przez Odwołującego przestał on być uczestnikiem postępowania.

Dodatkowo, w punkcie IV.6.3 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający zawarł informację, że termin związania ofertą wynosi okres w dniach 30 (od ostatecznego terminu składania ofert), który zgodnie z modyfikacją dokonaną 22 lipca 2020 r. wyznaczony został na 3 sierpnia 2020 r. Zatem w ogłoszeniu zawarte zostało przyjęcie terminu 30-dniowego od terminu składania ofert, a nie wraz z upływem terminu składania ofert, co uprawniało wykonawców do obliczenia terminu związania ofertą na 3 września 2020 r. - jako terminu liczonego w dniach, tj. odpowiednio na zasadach Kodeksu cywilnego, art. 111 § 2, tj. jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Wobec skrajnie skąpego uzasadnienia przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu ofert, w tym oferty Odwołującego, w odniesieniu do przyjętego terminu związania ofertą, w istocie utrudnione jest właściwe i wyczerpujące przedstawienie zarzutów, co stoi w sprzeczności z zasadą

przejrzystości stanowiącą jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał, że otwarcie ofert miało miejsce 3 sierpnia 2020 r., złożone zostały cztery oferty, przy czym oferta Odwołującego mieściła się w ramach kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (13.512.553,33 zł) oraz otrzymała 100 punktów w ramach przyjętych kryteriów. Oferta ta została jednak odrzucona, bowiem Odwołujący nie złożył w określonym terminie oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, pismem z 26 czerwca [sierpnia] 2020 r. zwrócił się do wszystkich wykonawców z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni, tj. do 31 października 2020 r. Odwołujący złożył dwa pisma datowane na 31 sierpnia 2020 r., których wpływ Zamawiający odnotował 2 września 2020 r.

W pierwszym piśmie z 31 sierpnia 2020 r. Odwołujący przedłożył dokumenty, o których mowa w art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w drugim wyraził zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą o dalsze 60 dni, tj. do 31 sierpnia 2020 r. oraz poinformował o przedłużeniu okresu ważności wadium o ww. czas. Oba pisma wpłynęły jednak po dniu związania ofertą, tj. po 1 września 2020 r.

W myśl art. 36 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych specyfikacja istotnych warunków zamówienia określa termin związania ofertą. Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Cytowane przepisy legły u podstaw decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Powołane przez Odwołującego postanowienie Trybunału Konstytucyjnego sygn. akt SK 22/08 nie może znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie. W rozstrzygnięciu tym bowiem odniesiono się do możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie zaś do kwestii konieczności odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył oświadczenia wyrażającego zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. W sytuacji, gdy termin związania ofertą upłynął, jego przywrócenie nie jest możliwe. Pogląd przeciwny prowadziłby do tego, że zamawiający byłby zdany na swobodną decyzję wykonawcy, czy zechce zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego na warunkach wskazanych w ofercie, czy też nie. Zawarcie umowy nie byłoby w takim przypadku zabezpieczone przez wniesione wadium, gdyż zamawiający nie może zatrzymać wadium wykonawcy, który nie jest związany swoją ofertą. Wyrażenie przez wykonawcę zgody, który nie jest związany swoją ofertą, na zawarcie umowy z zamawiającym, nie jest udzieleniem zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, lecz *sui generis* negocjacjami, co w sformalizowanym postępowaniu przetargowym jest niedopuszczalne (wyrok KIO 2099/16). Zgodnie z wyrokiem KIO 1470/15 wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi w dacie związania ofertą. Upływ terminu związania ofertą powoduje jej wygaśnięcie, wobec czego nie sposób w takiej sytuacji mówić w ogóle o ofercie jako wiążącym oferenta oświadczeniu woli o gotowości do zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach. Należy mieć na względzie także ten skutek, że dopuszczenie do oceny ofert wykonawców, którzy nie są już nimi związani, jak i tych, którzy są nimi związani, nie tylko sankcjonowałoby ich nierówne traktowanie, ale również doprowadziłoby do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawcy, którego ofertę - pomimo wygaśnięcia terminu związania - wybrano. Taki wykonawca mógłby, bez ujemnych konsekwencji, odmówić zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przeciwieństwie do wykonawcy, którego ofertę wybrano przed upływem ww. terminu. Ustawodawca nadał okoliczności związania ofertą znaczenie prawne, skoro wprowadził regulacje dotyczące terminu związania ofertą, możliwości jego przedłużania, czy sposobu liczenia biegu terminu. W tym aspekcie związania ofertą należy postrzegać jako elementu konstruktywnego oferty. Nie jest zatem możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, której termin związania upłynął.

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniami Odwołującego, jakoby postanowienie TSUE w sprawie C-35/17 przecięło

wątpliwości interpretacyjne, jakie występują w analizowanej sprawie. Jak wynika z informacji zamieszczonych na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (Informator Zamówień Publicznych lipiec-wrzesień 2017) zakwestionowano to orzeczenie wskazując na to, że nie można w sposób zasadny twierdzić, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z takim wykonawcą, czy żądanie przez zamawiającego, by wykonawca przedłużył okres ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą, nie znajdują oparcia w przepisach prawa. Tymczasem pytania zadane przez sąd odsyłający opierały się na takim błędnym założeniu. Dodatkowo wskazano, że upływ terminu związania ofertą sprawia, że nie można już mówić o istnieniu tej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Obecnie 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. Od momentu wydania orzeczenia w sprawie C-35/17, Krajowa Izba Odwoławcza wydała kilka wyroków w zakresie skutków nieprzedłużenia terminu związania ofertą. Nie w każdym z nich przyjęto wykładnię zaprezentowaną przez Trybunał, np. KIO 2097/17.

Pewną wskazówką interpretacyjną wydaje się być również sformułowanie zawarte w treści art. 226 ust. 1 pkt 12 nieobowiązującej jeszcze ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (jest to odpowiednik art. 89 ust. 1 pkt 7a) o następującej treści: zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Doprecyzowano zatem istniejący zapis jednoznacznie wskazując, że zgoda wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą musi być wyraźna i wyrażona na piśmie.

W niniejszej sprawie Odwołujący przedłożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą po upływie terminu 2 września 2020 r., zatem już po upływie terminu do jego złożenia (termin ten upływał 1 września 2020 r.).

Jak wynika z orzecnictwa sądów okręgowych, wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie może przyjąć postaci zgody dorozumianej. Zgoda ta musi zostać zamawiającemu zakomunikowana wprost, w sposób bezpośredni. Poglądy takie wyraził: Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z 21 grudnia 2010 r., sygn. akt VI Ga 240/10 oraz Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z 21 września 2012 r., sygn. akt XI11 Ga 379/12. Jak wskazała KIO w wyroku KIO 1034/18, nie jest wystarczające samo przedłużenie ważności wadium jako potwierdzenie, iż odwołujący wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Jak wynika bowiem z orzecnictwa KIO oraz sądów okręgowych, instytucje przedłużenia ważności wadium oraz przedłużenia terminu związania ofertą są ze sobą powiązane, ale dla zobowiązaniowego charakteru oferty nie jest wystarczające samo przedłużenie ważności wadium - bez wydłużenia terminu związania ofertą. Ze złożonego wadium nie ma możliwości wywodzenia, iż wykonawca automatycznie przedłużył termin związania ofertą. Czynność przedłużenia ważności wadium nie zastępuje złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Podobnie wskazała KIO w uchwale sygn. akt KIO/KU 98/13.

Nietrafny również jest zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w piśmie z 3 września 2020 r. przekazał wykonawcom niezbędną informację, której sformułowanie pozwala w sposób jednoznaczny ustalić, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty. Przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie określa stopnia szczegółowości dla uzasadnienia podjętej decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy. Wymaga podania uzasadnienia faktycznego i prawnego. Przy ocenie uzasadnienia faktycznego istotnej jest zatem ustalenie, czy podane informacje pozwalają na zidentyfikowanie przez wykonawcę merytorycznych podstaw odrzucenia oferty (wyrok KIO 488/20). W niniejszym przypadku uzasadnienie zostało sporządzone w sposób prawidłowy określając stan faktyczny i podstawę prawną. Bezpodstawny jest także zarzut nieprawidłowego obliczenia terminu związania ofertą. Odwołujący wskazuje, iż termin ten upływał 3 września 2020 r., inaczej niż przyjął Zamawiający, tj. 1 września 2020 r. Odwołujący nawiązuje do punktu IV.6.3 ogłoszenia, który przewidywał 30-dniowy termin związania ofertą, odwołując się do art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego, jednak ustawa Prawo zamówień publicznych w sposób autonomiczny określa sposób obliczania terminu związania ofertą. W myśl art. 85 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, w związku z tym dla

obliczania terminu związania ofertą uwzględnia się również dzień złożenia oferty. W orzeczeniu KIO/UZP 1043/09 KIO wskazała, że za ugruntowany uznaje się pogląd, iż przy liczeniu terminu związania ofertą uwzględnia się dzień składania ofert, na co wskazuje jednoznacznie brzmienie art. 85 ust. 5. Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera własną odrębną od przepisów Kodeksu cywilnego regulację obliczania terminu określonego w dniach. Ustawodawca wskazuje wprost, iż termin związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Tym samym nie ma zastosowania przy obliczaniu terminu regulacja art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego. Prawdłowo zatem Zamawiający ustalił, że termin związania ofertą w niniejszym przypadku upływał 1 września 2020 r.

W konsekwencji prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego dalsze czynności Zamawiającego, których unieważnienia domaga się Odwołujący, także były prawidłowe. Prawdłowo Zamawiający unieważnił postępowanie, bowiem cena najkorzystniejszej oferty, jedynej pozostałej w postępowaniu, przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

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.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów nie jest sporny między Stronami. Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego pomimo wyrażenia przez niego zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

2.art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania pomimo złożenia oferty Odwołującego, która mieści się w zakresie kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

3.art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza uwzględniając przyjęte kryteria oceny ofert.

4.art. 92 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec braku należytego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Przywołane przepisy stanowią:

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

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.

Zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak wynika z art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

1)wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

2)wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,

3)wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności.

4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,

5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,

6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,

7) unieważnieniu postępowania

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Według art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Na wstępie Izba stwierdziła, że art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma zastosowania w niniejszym stanie faktycznym, ponieważ opisywany przez niego stan odnosi się do oceny ofert na podstawie kryteriów oceny ofert wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - a nie innych, oraz w sposób opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - a nie w inny sposób. Nie ma więc zastosowania do podstaw odrzucenia oferty Odwołującego.

Co zaś do głównego przedmiotu sporu: 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.

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

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.

Jak więc 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 odrzucenia 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 W arszawie 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. XII 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. II 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 wręczanej 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 bowiem, że nie jest tak, że wykonawcy - gdy bez wezwania zamawiającego nie złożą oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą, przestają być zainteresowani udziałem w przetargu.

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, z tego powodu, że 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 uchylć się od zawarcia umowy, a zamawiający ma wybrać inną ofertę spośród złożonych. Konstrukcja ta odbiega więc od klasycznego, „kodeksowego” modelu związania ofertą.

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. odmową 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 i 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. Skoro bowiem przyjąć założenie, że wraz z upływem terminu związania nią 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.

Niemniej jednak, jak wskazano na wstępie, na gruncie sankcji art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych należy rozróżnić dwie sytuacje: kiedy zamawiający wezwał do przedłużenia terminu związania ofertą oraz kiedy takiego wezwania nie wystosował.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wezwał Odwołującego do wyrażenia zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - a więc i w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych - zatem orzecznictwo i poglądy dotyczące sytuacji braku samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą w większości nie mają zastosowania.

Zamawiający, wbrew swojemu twierdzeniu w odpowiedzi na odwołanie, w piśmie wzywającym wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, nie wskazał konkretnej daty, w której należy złożyć odpowiedź lub do której oczekuje odpowiedzi Odwołującego. Tym samym należy uznać, że ten brak wskazania oznaczał w domniemaniu, że - standardowo - oczekuje odpowiedzi do końca upływu terminu związania ofertą.

Termin składania ofert upłynął 3 sierpnia 2020 r., a okres związania ofertą wynosił 30 dni. Tym samym upływ terminu związania ofertą nastąpił - w zależności od przyjętej interpretacji art. 85 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych - 1 września lub 2 września 2020 r.

Jak wynika z art. 85 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Rozpowszechniona od lat interpretacja tego przepisu wskazuje, że w związku z użyciem przez ustawodawcę określenia „rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert”, dzień składania ofert powinno się liczyć jako pierwszy dzień związania ofertą, a regulacja art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego nie ma zastosowania. Gdyby przyjąć taką interpretację - którą posłużył się Zamawiający w niniejszym postępowaniu - termin związania ofertą Odwołującego upłynąłby 1 września 2020 r.

Jak wskazano powyżej, interpretacja ta jest bardzo rozpowszechniona, nie oznacza to jednak, że jest prawidłowa pod względem prawnym. Art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bowiem skorelowany z całą procedurą składania ofert w przetargu, gdzie termin składania ofert nie jest równoznaczny z terminem złożenia konkretnej oferty, która może być złożona znacznie wcześniej. W takim wypadku - gdyby nie było powyższej regulacji - mogłaby mieć zastosowanie ogólna zasada, zgodnie z którą związanie ofertą następuje od chwili jej złożenia oblatowi i termin związania mógłby u każdego z wykonawców upływać innego dnia, w zależności od daty złożenia tej oferty. Przepis ten jest też skorelowany z art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje, że wykonawca może, przed upływem terminu składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę.

Zgodnie z drugim poglądem, art. 85 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie stanowi wyjątku od reguły obliczania terminu określonej art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego. I pogląd ten podziela skład orzekający.

Taki sposób obliczania terminu wynika m.in. z wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 21 grudnia 2010 r., sygn. VI Ga 240/10, w którym sąd ten co prawda nie wypowiadał się wprost o tej kwestii, gdyż konkretna data upływu nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu, ale wskazał, że termin składania ofert upłynął 23 sierpnia 2010 r., wynosił 30 dni i rozpoczął wraz z upływem terminu składania ofert oraz podkreślił, że - odmiennie od KIO w skarżonym wyroku - ustalił, że termin związania ofertą upłynął 22 września 2020 r., co pozwala na proste ustalenie, w jaki sposób sąd ten termin obliczał.

Z art. 111 Kodeksu cywilnego wynika, że: „§ 1. Termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. § 2. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło.” Tym samym art. 111 Kodeksu cywilnego mówi nie tyle o dniu początkowym, co o dniu końcowym, do którego przecież odnosi się przedmiotowy spór. Zatem art. 85 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje początek terminu związania ofertą, a art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego - jego koniec. Przy czym art. 85 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych mówi o pewnym zdarzeniu, tj. upływie terminu składania ofert, co należy uznać za „pewne zdarzenie”, o którym mowa w art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego, a którego dnia wystąpienia nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu.

Zatem zgodnie z tym poglądem termin związania Odwołującego złożoną przez niego ofertą upływał 2 września 2020 r.

Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą pismem datowanym na 31 sierpnia 2020 r., które jednak złożył u Zamawiającego 2 września 2020 r. Jak wskazał podczas rozprawy, zamierzał złożyć je 31 sierpnia 2020 r., ale nie doszło do tego wskutek pomyłki pracownika.

Niezależnie od daty pisma, oświadczenie należy uznać za złożone 2 września 2020 r., kiedy dotarło do Zamawiającego (doręczone osobiście w postaci papierowej) - co nie było sporne. Ma tu bowiem zastosowanie generalna reguła doręczenia według teorii doręczenia zawartej w art. 61 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym: „§ 1. Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. § 2. Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.” W związku jednak z tym, że można uznać, że w tym dniu Odwołujący był jeszcze związany złożoną ofertą, wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o wymagany przez Zamawiającego czas w odpowiednim terminie.

Co do zarzutu dotyczącego braku wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Izba stwierdziła, że szczegółowość wymaganego art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadnienia zależy od stopnia

skomplikowania przyczyny odrzucenia oferty. W niniejszej sprawie stanie faktyczny nie jest skomplikowany, zatem i uzasadnienie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymagało szerokich wyjaśnień. Jak wynika z odwołania, Odwołujący zrozumiał powód odrzucenia jego oferty, zatem zastosowane uzasadnienie, choć oczywiście mogło zawierać dłuższe wywody Zamawiającego, okazało się wystarczające.

Jeśli chodzi o dodatkowe przesłanki odnoszące się do wykluczenia Odwołującego, wskazane w odpowiedzi na odwołanie „na marginesie”, nie były one podstawą czynności Zamawiającego, a tym samym odwołania, zatem nie mają wpływu na rozstrzygnięcie Izby.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty Odwołującego, a w konsekwencji unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było jedynie pośrednim skutkiem odrzucenia tej oferty, było nieprawidłowe i orzekła jak w sentencji.

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, 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz 300 złotych tytułem dojazdu pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący: