Sygn. akt: KIO 1070/17

WYROK
z dnia 22 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: K. sp. z o.o., E. S. sp. z o.o., I. sp. z o.o. ul. (…)**
w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Zasobów Lokalowych- Zakład Budżetowy (…)**

przy udziale wykonawcy **Z. E. C. S.A. ul. (…)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum: K. sp. z o.o., E. S. sp. z o.o., I. sp. z o.o. ul. (…)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: K. sp. z o.o., E. S. sp. z o.o., I. sp. z o.o. ul. (…).**
2.1. Zasądza od **Konsorcjum: K. sp. z o.o., E. S. sp. z o.o., I. sp. z o.o. ul. (…)** na rzecz **Miejskiego Zakładu Zasobów Lokalowych- Zakład Budżetowy (…)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1070/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejski Zakład Zasobów Lokalowych w S. prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie, którego przedmiotem jest ,,Energomodernizacja budynków na osiedlu J. stanowiących zasób lokalowy Miasta S. wraz z wieloletnim zarządzaniem gospodarką cieplną". Numer ogłoszenia w DUUE: … z dnia 2016-12-06 r. postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego, o wartości nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.
Odwołujący: konsorcjum firm: K. Sp. z o.o. (Lider), E. S. Sp. z o.o., I. Sp. z o.o. (zwany dalej: „Odwołującym" lub „Wykonawcą") wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej jako oferty odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty Z. najkorzystniejszej.

Uwzględniając modyfikacje stanowiska odwołującego dokonane w toku postępowania odwoławczego Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

1) 89 ust. 1 pkt 7a Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania z uwagi na bezpodstawne przyjęcie, iż Odwołujący nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania z ofertą,
2) art. 65 par. 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 85 ust. 2 Pzp w zw. z art. 60f Pzp w zw. z art 7 ust. 3 Pzp poprzez niewłaściwą ocenę oświadczenia złożonego przez Odwołującego w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą,
W oparciu o ww. zarzuty Odwołujący wniósł o:
• Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 24 maja 2017 r.,
• Dokonanie ponownej czynności badania oraz oceny ofert,

Uzasadniając zarzutu i żądania odwołujący wskazał, co następuje.
a) Ad. uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, art. 65 par. 1 kodeksu cywilnego w zw. z art 85 ust 2 Pzp w zw. z art. 60f Pzp oraz art. 91 ust 1 Pzp.
SIWZ przewidywała 30-dniowy termin związania ofert. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 21 kwietnia 2017 r. W dniu 15 maja 2017 r. Zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 85 ust. 2 Pzp do przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 60 dni.

W dniu 19 maja 2017 r. Odwołujący wystosował do Zamawiającego oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o następującej treści:
„niniejszym przedłużamy termin związania ofertą złożoną w postępowania, z zastrzeżeniem, że terminy umowne zostaną dopasowane do daty zawarcia umowy."
Zamawiający w dniu 24 maja 2017 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7a Pzp. W treści uzasadnienia odrzucenia Zamawiający wskazał, że:
„Z dotychczasowego Orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika w sposób oczywisty, że wyrażenie zgody na przedłużenie związania ofertą nie może przyjąć postaci zgody dorozumianej. Nie ulega ponadto wątpliwości, że zgoda, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp musi zostać Zamawiającemu zakomunikowana wprost, w sposób bezpośredni,
(...) Uzależnienie przez Wykonawcę wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą od zaakceptowania przez Zamawiającego „dopasowania terminów umownych do daty zawarcia umowy", co skutkuje de facto podjęciem negocjacji na kanwie art. 60fjeszcze przed wyborem najkorzystniejszej ofert, co stoi w oczywistej sprzeczności z treścią przywołanego przepisu."

Odwołujący wskazuje, iż w sposób całkowity nie zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym przez Zamawiającego ww. zawiadomieniu wskazując, iż Zamawiający dokonał nieuzasadnionej oraz nieuprawnionej nadinterpretacji oświadczenia złożonego przez Odwołującego poprzez przyjęcie, iż oświadczenie zostało złożone pod zastrzeżeniem. Odwołujący wskazuje, iż intencją złożonego oświadczenia było bezwarunkowe przedłużenie terminu związania ofertą ze wskazaniem, iż okoliczność przedłużenia postępowania o kolejne dwa miesiące będzie rzutować na dotrzymanie terminów wskazanych we wzorze umowy. W żadnym fragmencie oświadczenia Odwołującego nie pada sformułowanie, iż Odwołujący zgadza się na przedłużenie terminu związania ofertą jedynie w przypadku przedłużenia terminu realizacji zamówienia. Zamawiający w sposób całkowicie bezpodstawny przyjął, iż właśnie taki był zamiar Odwołującego. Powyższe działanie w sposób zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania rażący narusza wykonawców, gdyż obciąża Odwołującego pochopnymi i bezrefleksyjnymi działaniami Zamawiającego.
W niniejszym stanie faktycznym kluczowe znaczenie posiada okoliczność, iż przedmiotowe postępowanie nie jest prowadzone w jednym z trybów konkurencyjnych, ale ramach dialogu konkurencyjnego, a sama inwestycja będzie realizowana w ramach partnerstwa publiczno - prywatnego. Dlatego też w niniejszym postępowaniu mają zastosowanie przepisy art. 60a-60f Pzp., w szczególności po wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed podpisaniem

umowy, dopuszczone są negocjacje pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym skutkujące

zmianą warunków Umowy.
Zgodnie z art. 60f Pzp:
„Zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty może w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w ofercie negocjować z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ostateczne warunki umowy, o ile nie skutkuje to zmianami istotnych elementów oferty lub zmianami potrzeb i wymogów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu ani nie prowadzi do zakłócenia konkurencji lub dyskryminacji wykonawców."
Poczynione w oświadczeniu „zastrzeżenie" miało nawiązywać do treści ww. przepisu, tj. sygnalizować, iż po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej zasadnym będzie podjęcie ewentualnych negocjacji w zakresie dostosowania terminu wykonania zamówienia z uwagi na opóźnienia powstałe po stronie Zamawiającego.
Wskazać bowiem należy, że zgodnie z pkt 7.1 wzoru umowy: „Umowa obowiązuje przez kolejne 111 MIESIĘCY tj. od Dnia Zawarcia Umowy do dnia 30 czerwca 2026 r.
Z powyższego fragmentu wynika, że Zamawiający niezasadnie przyjął, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie podpisana do 30 marca 2017 r. W związku z przedłużającym się postępowaniem Odwołujący jedynie zasygnalizował Zamawiającemu, iż pozostawienie umowy w takim kształcie będzie powodować, iż będzie ona wewnętrznie sprzeczna, a zamówienie będzie niemożliwe do zrealizowania już momencie jej podpisania (co z kolei może stanowić przesłankę do unieważnienia postępowania).
Brak korekty daty oznaczonej w Umowie (stanowiącej integralną część oferty) dodatkowo powodowałby, że każdy z Wykonawców mógłby odmiennie przyjąć czas trwania Umowy, co powodowałoby nieporównywalność ofert. Bezsprzecznie każdy z wykonawców powinien przyjmować czas trwania Umowy jako 111 miesięcy, w tym 103 miesiące Etapu Utrzymania i Zarządzania.
Niemniej jednak użyte sformułowanie stanowiło jedynie „wskazanie", a nie warunek od którego Odwołujący uzależnia swój udział w postępowaniu. Wskazania wymaga, iż Odwołujący dokonał również bezwarunkowego przedłużenia ważności wadium.
Nawiązując do ww. stanowiska Odwołującego nadmienić należy, że Zamawiający dokonując oceny złożonego oświadczenia w sposób całkowity pominął kodeksową zasadę interpretacji oświadczeń woli ustanowioną w art. 65 par. 1 kodeksu cywilnego w brzmieniu:
,,Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć jak tego wymagają ze względu na okoliczności w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.”
W orzecznictwie wskazuje się, że:

---

* „Przepis art 65 § 1 kc. pozwala uwzględniać pewne pozatekstowe okoliczności takie jak cel umowy oraz wcześniejsze, bądź późniejsze oświadczenia woli stron (także negocjacje i rokowania) i ich zachowania, czyli tzw. kontekst sytuacyjny. Przy zastosowaniu wskazanych ww. przepisie reguł interpretacyjnych może niekiedy okazać się, że wbrew brzmieniu konkretnego postanowienia, rzeczywista wola stron była jednak inna i wówczas woli tej (a nie dosłownemu brzemieniu tekstu) należy przyznać prymat(Wyrok Sądu Apelacyjnego w B. z dnia 8 grudnia 2016 r., I ACa 639/16)
* „Zgodnie z art 65 § 1 kc., oprócz kontekstu językowego, przy interpretacji oświadczenia woli powinno się brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny, na który składają się w szczególności dotychczasowe doświadczenia stron.” (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2016 r., V CSK 83/16)
* „Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi Kłóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego.” (Wyrok Sądu Apelacyjnego w B. z dnia 7 października 2016 r.I ACa 323/16)

Reasumując powyższe, Odwołujący wskazuje, iż w jego ocenie Zamawiający dokonując interpretacji treści oświadczenia Odwołującego o woli przedłużenia terminu związania ofertą nie wziął pod uwagę okoliczności, iż przedmiotowe postępowanie toczy się w reżimie przepisów o dialogu konkurencyjnym, a złożone „zastrzeżenie” stanowiło sygnał, iż przedłużenie postępowania o kolejne dwa miesiące przy zakładanych w umowie terminach realizacji zamówienia wymaga rozważenia przez Zamawiającego podjęcia negocjacji w trybie art 60f, co stanowiło działanie dopuszczalne i legalne w świetle Pzp. Odwołujący w

toku całego postępowania wykazywał aktywność poprzez udzielenie odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, czym wyrażał wolę uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający pominął ww. kontekst sytuacji, co stanowiło naruszenie przepisów wskazanych powyżej.
W dalszej kolejności wskazania wymaga, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie mamy do czynienia ze zgodą dorozumianą. Odwołujący wskazuje, iż uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest wewnętrzne sprzecznie - z jednej strony bowiem Zamawiający wskazuje, iż zgoda na przedłużenie okresu związania ofertą nie została przez Odwołującego w ogóle wyrażona (brak możliwości przyjęcia zgody dorozumianej) z drugiej zaś wskazuje, iż Odwołujący przedłużył okres związania ofertą, ale warunkowo. W świetle powyższych działań Zamawiającego nie są jednoznaczne przesłanki jakimi kierował się Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego.

Odwołujący wskazuje również, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej dzień po otrzymaniu oświadczenia o przedłużeniu związania z ofertą. Działanie Zamawiającego, które z jednej z strony posiada wiedzę, że postępowanie znajduje się w ostatnim stadium i w ciągu jednego - dwóch dni zostanie zakończone, a z drugiej strony wzywa wykonawców do związania ofertą na okres 60 dni (2 miesięcy!) jest działaniem nieuprawnionym i niewątpliwie pozwoliłoby uniknąć sytuacji, która stanowi przedmiot niniejszego postępowania.
Odwołujący pragnie szczególnie podkreślić, iż przywołane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego orzeczenia KIO zostały wydane na kanwie zupełnie innych stanów faktycznych i nie mają odpowiedniego odzwierciedlenia na przedmiotowej sprawy. A mianowicie:
• KIO 639/16 - wykonawca wykluczony z postępowania (postępowanie toczyło się na stanie prawnym sprzed nowelizacji Pzp z 2016 r.), gdyż przedłużył okres związania ofertą o 45 dni, a nie o 60 dni jak żądał tego Zamawiający (zamawiający i wykonawca w tym samym dniu przesłali do siebie pisma - zamawiający wezwanie do przedłużenia okresu związania ofertą o 60 dni, wykonawca samodzielne oświadczenie o woli przedłużenia oferty o 45 dni - Izba uznała, że wykonawca nie związał się ofertą na okres żądany przez zamawiającego);
• KIP 886/16 - wykonawca złożył w ofercie oświadczenie o związaniu się ofertą na okres dłuższy niż wskazany w SIWZ. z czego wywiódł wniosek, iż nie był zobowiązany do przedłużania związania ofertą na późniejszym etapie postępowania. Izba nie podzieliła stanowiska wykonawcy;
• KIO 456/15 - wykonawca wyraził zgodę, na przedłużenie terminu związania ofertą, z wyraźnym zastrzeżeniem jednak, że termin wykonania zadeklarowany w ofercie ulega wydłużeniu (o ilość dni, która upłynie od pierwotnego okresu związania ofertą, do ostatecznej daty wyboru najkorzystniejszej oferty, w przeciwnym wypadku nie jest zainteresowany dalszym udziałem w postępowaniu. Izba nie zaaprobowała działania wykonawcy.
Dlatego też nie jest możliwym przyjęcie stanowiska, iż sytuacja która stanowi przedmiot niniejszego odwołania „z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby wynika w sposób oczywisty". Zamawiający nie przytoczył bowiem żadnych orzeczeń, które potwierdzałyby powyższe stanowisko.
Powyższa argumentacja nie powinna budzić żadnych wątpliwości, iż odwołanie w ww. zakresie jest uzasadnione oraz zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o jego oddalenie.
Zauważa, że odwołujący podnosi, jakoby zamawiający niesłusznie przyjął, że oświadczenie zostało złożone pod zastrzeżeniem. Ponadto, zdaniem odwołującego istotne jest, że

postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego, dzięki czemu zastosowanie mają przepisy art. 60a – 60 f ustawy pzp.
Zdaniem zamawiającego oświadczenie wykonawcy wprost przesądza o tym, że zgoda na przedłużenie terminu związania oferta została złożona z jednoznacznym zastrzeżeniem (co więcej – kwestia jednoznaczności złożonego oświadczenia ma w stanie faktycznym drugorzędne znaczenie, bowiem zgoda na przedłużeni terminu związania ofertą nie może

być złożona pod jakimkolwiek zastrzeżeniem). Przywołał definicję ze Słownika Języka Polskiego, zgodnie z którą zastrzeżenie to „warunek w umowie, którego złamanie powoduje jej unieważnienie", co pomimo uwypuklenia w treści innych skutków zastosowania sformułowania – pokazuje literalną doniosłość przyjętego oświadczenia. Odwołujący słusznie dostrzegł ewentualną możliwość zastosowania w postępowaniu art. 60 f ustawy pzp, zgodnie z którym „Zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty może w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w ofercie negocjować z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ostateczne warunki umowy, o ile nie skutkuje to zmianami istotnych elementów oferty lub zmianami potrzeb i wymogów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu ani nie prowadzi do zakłócenia konkurencji lub dyskryminacji wykonawców".
Dyspozycja przepisu rodzi po stronie zamawiającego wyłącznie uprawnienie do podjęcia negocjacji z wykonawcą. Analiza złożonego oświadczeni prowadzi do wniosku, że zaakceptowanie przedmiotowej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w sposób bezpośredni wpływa na skutek ewentualnie poczynionych negocjacji – bowiem przesądza o fakcie, że tego typu negocjacje musiałyby się odbyć, a co więcej – odpowiednie terminy umowne musiałyby zostać przedłużone.
Abstrahując od braku dopuszczalności jakiegokolwiek zastrzeżenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą – nawet jeśli przyjąć stanowisko wykonawcy, że art. 60 f pzp dopuszcza możliwość negocjowania z wykonawcą kwestii przedłużenia określonych w umowie terminów, to tego typu negocjacje, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 60 f odbywają się po wyborze najkorzystniejszej oferty, zatem oświadczeniu odwołującego nie można nadać przymiotu zgodności z przepisami ustawy pzp.
Zamawiający podkreśla, że uzależnienie przez wykonawcę wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą od zaakceptowania przez zamawiającego „dopasowania terminów umownych do daty zawarcia umowy", nie jest legalną formą złożenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz skutkuje de facto podjęciem negocjacji na kanwie art. 60 f pzp jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty, co stoi w sprzeczności z treścią przepisu.
Odnosząc się do argumentu, w którym odwołujący przywołał pkt 7.1 załącznika nr 1 do siwz Istotne postanowienia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym (umowa o PPP), zgodnie

z którym „z zastrzeżeniem innych postanowień, umowa obowiązuje przez kolejne 111 miesięcy tj. od Dnia Zawarcia Umowy do dnia 30 czerwca 2026 roku /…/, a zdaniem odwołującego „postanowienie umowy w takim kształcie będzie powodować, iż będzie ona wewnętrznie sprzeczna, a zamówienie będzie niemożliwe do zrealizowania już w momencie jej podpisania/…/" zamawiający stwierdził, że nie ma wewnętrznej sprzeczności umowy, a tym bardziej niemożności jej zrealizowania. Wskazał na pkt 7.2 umowy, zgodnie z którym „Jeśli Etap Robót będzie dłuższy niż okres wskazany pkt 7.1.1. wówczas okres obowiązywania umowy ulega przedłużeniu w ten sposób, że okres Etapu Utrzymania i Zarządzania będzie wynosił 103 miesięcy". W związku z powyższym argument odwołującego, że „okoliczność przedłużenia postępowania o kolejne dwa miesiące będzie rzutować na dotrzymanie terminów wskazanych w umowie" jest bezpodstawny.
Zamawiający wskazał na istotny fakt, że na zapytanie odwołującego z 6.04.2017 r. i propozycję określenia terminu zakończenia terminu zakończenia Etapu Robót na 8 miesięcy od dnia zawarcia umowy, udzielił odpowiedzi, że „nie wyraża zgody na określenie terminu zakończenia Etapu Robót w sposób wskazany przez Wykonawcę. Zamawiający w toku dialogu konkurencyjnego wielokrotnie podkreślał, że w związku charakterem przedmiotowego projektu, zakończenie Etapu Robót nastąpić musi w nieprzekraczalnym terminie do dnia 30 listopada 2017 roku."
Zamawiający przyznaje, za orzecznictwem wskazanym w odwołaniu, że w kontekście przepisu art. 65 § 1 kc należy uwzględniać wcześniejsze, dotychczasowe oświadczenia woli stron (także rokowania i negocjacje) czyli tzw. kontekst sytuacyjny.
Wobec powyższego, nie do przyjęcia jest twierdzenie odwołującego, zgodnie z którym „zasadnym będzie podjęcie ewentualnych negocjacji w zakresie dostosowania terminu wykonania zamówienia z uwagi na opóźnienia powstałe po stronie Zamawiającego."
Zamawiający jednoznacznie wskazał na nieprzekraczalny termin zakończenia Etapu Robót, wobec czego oświadczenie miało charakter stricte negocjacyjny, stawiający zamawiającemu określone warunki wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a w konsekwencji niedozwolone na gruncie ustawy pzp zastrzeżenie terminu związania ofertą.

Zamawiający wskazał, że powołane w uzasadnieniu odrzucenia oferty orzeczenia KIO 639/16, KIO886/16 oraz KIO 456/15 miały podkreślenie, ze zgoda, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy pzp musi zostać zamawiającemu zakomunikowana wprost, w sposób bezpośredni. W szczególności w orzeczeniu z 19.3.2015 r. KIO 456/15 wskazano, że oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie może zostać złożone pod warunkiem czy z zastrzeżeniem.
Jak wskazano w decyzji odrzuceniu oferty odwołującego – zgodnie z ww wyrokiem „przepisy odnoszące się do składania oświadczeń o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu

związania ofertą nie dopuszczają, aby oświadczenia te były składane pod jakimkolwiek warunkiem, czy z zastrzeżeniem. Złożone przez odwołującego oświadczenie, w ocenie składu orzekającego Izby miało charakter warunkowy, Odwołujący uzależniał bowiem wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, jeżeli zamawiający zgodzi się na przedłużenie terminu wykonania zamówienia o ilość dni, która upłynęła od pierwotnego terminu związania ofertą do ostatecznego wyboru oferty. Oświadczenie to nie było zatem jednoznaczne i bezwarunkowe,. Odwołujący chciał wyrazić zgodę w określonych warunkach, tylko w przypadku pozytywnej rekcji zamawiającego na wydłużenie terminu realizacji zamówienia. Prawidłowo więc zamawiający uznał, że odwołujący przez sposób sformułowania własnego oświadczenia woli de facto nie złożył oświadczenia, w którym zgodziłby się na przedłużenie terminu związania ofertą.”
Analogiczna sytuacja nastąpiła w przedmiotowym postepowaniu – poprzez przedłużenie przez wykonawcę terminu związania ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu z zastrzeżeniem, że terminy umowne zostaną dopasowane do daty zawarcia umowy (np. w trybie art. 60 f ustawy pzp). Zamawiający nie ma wątpliwości, ze słusznie odrzucił ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy pzp.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania.
Wskazał, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, gdyż w odpowiedzi na wniosek zamawiającego o przedłużenie okresu związania ofertą, wykonawca nie przedłużył w sposób bezwarunkowy okresu obowiązywania ofertą, gdyż wskazał, że okres związania przedłuża, jednakże z zastrzeżeniem zmiany terminów wykonania umowy.
Przystępujący stwierdził, za orzeczeniem KIO 456/15, że oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie może zostać złożone pod warunkiem czy z zastrzeżeniem.
Przystępujący kwestionuje argumentację odwołującego, iż przedmiotowe przedłużenie oferty nie zostało dokonane z zastrzeżeniem, w sytuacji gdy dokładnie takie pojęcie zostało użyte w treści pisma o przedłużeniu oferty. Z pisma nie wynika też, że konsorcjum odwoływało się jedynie do ustawowego prawa do negocjacji zgodnie z art. 60f ustawy pzp. W treści pisma nie zawarto wskazania, iż zastrzeżenie odnosi się do regulacji ustawowej. Ponadto wyraźnie domagano się modyfikacji jednego elementu umowy, a nie przeprowadzenia negocjacji. Z treści oświadczenia wynikało, że wskazany element umowy musi zostać zmieniony, a ewentualne negocjacje mogą dotyczyć jedynie zakresu zmiany terminu. Poza tym negocjacje przewidziane w art. 60 f ustawy pzp stanowią element fakultatywny. Zamawiający może, ale

nie musi przeprowadzić stosowne negocjacje. Zatem zapis znajdujący się w oświadczeniu odnosi się do zobowiązania zamawiającego do działań, które w świetle przepisów nie są konieczne.
W ocenie przystępującego jest oczywiste, że konsorcjum dokonało przedłużenia oferty z zastrzeżeniem, a nie jedynie z powołaniem się na art. 60f ustawy pzp. W treści oświadczenia wpisano, iż dokonywane jest z zastrzeżeniem modyfikacji terminów, a nie że konsorcjum przypomina o możliwości modyfikacji terminów na podstawie art. 60f pzp.
Takiej interpretacji nie zmienia przedłużenie okresu obowiązywania wadium na zabezpieczenie oferty. W tym zakresie powołano orzeczenie KIO 456/15: „niewątpliwie instytucje przedłużenia ważności wadium oraz przedłużenia terminu związania oferta są ze sobą powiązane, ale nie jest wystarczające samo przedłużenie ważności wadium be wydłużenia terminu związania ofertą, co jednocześnie nie oznacza, że skutki wysłużenia

ważności wadium wskazują na złożenie oświadczenia o wydłużeniu terminu związania ofertą. Czynność przedłużenia ważności wadium nie zastępuje złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą".
Za niezasadny uznał przystępujący zarzut naruszenia art. 65 kodeksu cywilnego. W rozpatrywanej sprawie brak jest podstaw do przyjęcia innej niż językowa wykładni oświadczenia woli odwołującego. Argumentacja o rzekomym naruszeniu art. 65 kc przez zamawiającego pozostaje w sprzeczności z częścią odwołania wskazującą na złożenie oświadczenia o przedłużeniu okresu związania oferta z zastrzeżeniem. Konsorcjum nie wykazało, by zachodził jakikolwiek kontekst sytuacyjny pozwalający na stwierdzenie, że złożono oświadczenie o treści odmiennej od jego literalnego brzmienia. Tym bardziej, że jedynym kontekstem sytuacyjnym podniesionym w odwołaniu, było przywołanie hipotetycznej możliwości zmiany terminów wykona zamówienia na podstawie art. 60 f ustawy pzp. Okoliczność ta nie może rzutować na ocenę okresu związania ofertą. Przystępujący podzielił dokonaną przez zamawiającego ocenę także w kontekście adekwatnych do przedmiotowego stanów faktycznych poddanych orzecznictwu wskazanemu w decyzji o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W trakcie rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący przypomniał treść swojego oświadczenia z 18 maja 2017 r., które nie zawiera zastrzeżenia ani warunku odnoszącego się do terminu związania ofertą, a który to termin swoim oświadczeniem przedłużył na wezwanie Zamawiającego. Stwierdził, że końcowa część oświadczenia odnosi się do przewidywanych, realnych terminów wykonywania umowy, które powinny być negocjowane z uwagi na przedłużającą się procedurę o

udzielenie zamówienia. Stwierdza, iż gdyby nawet przyjąć, że oświadczenie zostało złożone pod warunkiem, byłyby to warunek rozwiązujący i zgodnie z art. 94 k.c. nie wywoływałby skutków prawnych. Wbrew Zamawiającemu podzielił pogląd, iż Zamawiający powinien oceniać otrzymane świadczenia zgodnie z regułami k.c, mającymi zastosowanie przez art. 14 pzp. Dotyczy to w tym wypadku wykładni oświadczenia woli, ewentualnie ocen zastrzeżeń i warunków, o ile stwierdza się ich złożenie. Podtrzymał stanowisko, że swoim oświadczeniem bezwzględnie przedłużył termin związania ofertą, a stwierdzenie o zastrzeżeniu dopasowania terminów umowy wynikało z konieczności usunięcia powstałych wewnętrznych sprzeczności w opisach terminów realizacji przestawionych w pkt 7 wzoru umowy, natomiast nie kwestionował jednoznacznego oczekiwania Zamawiającego wykonania etapu realizacji robót w terminie do 30 listopada 2017 r.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał stanowisko zawarte w złożonej pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził, że oświadczenie Odwołującego z 18 maja 2017 r. zostało w ocenie Zamawiającego złożone z zastrzeżeniem. Podzielił stanowisko, iż ocena oświadczenia podlega regułom art. 65 k.c. i kontekstowi sytuacyjnemu w jakim zostało złożone. Wskazał, jak w piśmie, że w toku postepowania potwierdzał niezmienność terminu wykonania umowy, co oznacza brak możliwości negocjowania tej okoliczności, w tym na podstawie art. 60f pzp wskazywanej przez Odwołującego. Stwierdził, iż rolą Zamawiającego nie jest ocena, pod jakim warunkiem została złożona oferta, w tym czy jest on rozwiązujący, ponieważ zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą powinna być bezwarunkowa. Ocenił jednak, iż złożone oświadczenie było oświadczeniem złożonym z zastrzeżeniem terminu. Stwierdza, że planowane terminy realizacji w pkt 7.1 i 7.2 wzoru umowy nie zawierają sprzeczności. Podkreśla, że wykonawca złożył oświadczeniem z zastrzeżeniem, co oznacza, że rozważania na temat ewentualnego warunku nie powinny być brane pod uwagę. Przypomina, że w toku postępowania jednoznacznie podkreślił, iż terminy realizacji mają istotne znaczenie, a zatem nie powinny podlegać negocjacjom na podstawie art. 60f pzp.

Przystępujący podzielił stanowisko Zamawiającego oraz własne przestawione w piśmie. Stwierdził, że w sprawie nie ma podstaw do odstąpienia od wykładni językowej spornego oświadczenia. Uznał, że miało miejsce wyraźne zastrzeżenie związane z terminem związania ofertą. Ocenił również, że art. 60f pzp dotyczy innych niż istotne elementy umowy. Poddał zatem w wątpliwość możliwość negocjacji terminów w takiej procedurze. Stwierdził

również brak podstaw do uznania, że oświadczenie Odwołującego zawierało warunek sprzeczny z ustawą i w konsekwencji podlegający ocenie jako nie zastrzeżony. Wskazał

także na zasadę równości wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu. Wskazał na potrzebę profesjonalizmu uczestników obrotu. Przypomniał sformułowanie „terminy umowne zostaną dopasowane do daty zawarcia umowy". Stwierdził, że nie wskazano na przepis prawa, z którego wynikałaby niezgodność z przepisem czynności złożenia oświadczenia z warunkiem. Podkreślił istotność oczekiwanego terminu realizacji ze względu na przedmiot zamówienia (zaspokojenie istotnych potrzeb bytowych).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.
Przedmiotem sporu jest ocena, czy treść oświadczenia odwołującego z dnia 18 maja 2017 r. złożonego w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 15 maja 2017 r. zawierające prośbę o przedłużenie terminu związania ofertą złożoną w postępowaniu o 60 dni, pozwala na stwierdzenie, że odwołujący skutecznie przedłużył termin związania złożoną przez siebie ofertą.
Znaczące dla sprawy ma sformułowanie zawarte w piśmie odwołującego o treści:
„/…/niniejszym przedłużamy o 60 dni termin związania ofertą złożoną w postępowaniu, z zastrzeżeniem, że terminy umowne zostaną dopasowane do daty zawarcia umowy (np. w trybie art. 60f Prawa zamówień publicznych). Jednocześnie przedłużamy o 60 dni okres ważności wniesionego wadium."

W ocenie składu orzekającego treść oświadczenia wykonawcy przesądza o tym, że zgoda na przedłużenie terminu związania oferta została złożona łącznie z jednoznacznym zastrzeżeniem – tak literalnie sformułowanym - że terminy umowne zostaną dopasowane /…/. Trudno zatem zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, iż oświadczenie złożono bez zastrzeżeń, a jedynie z zapowiedzią lub sygnalizacją konieczności modyfikacji terminów umownych. Przeciwnie, z treści oświadczenia wywieść należy, że brak zmiany terminów realizacji, tj. nieuzgodnienie takiej zmiany, skutkować powinno uznaniem zgody za niebyłą. W orzecznictwie niesporne jest, że zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą nie może być złożona z jakimkolwiek zastrzeżeniem lub pod warunkiem. W takim stanie rzeczy uznać

należy, że zgoda na przedłużenie związania ofertą nie została wyrażona. Odnośnie zarzutu naruszenia zasad wykładni w związku z art. 60 f ustawy pzp, należy zauważyć, że przepis ten nie ma zastosowania na etapie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, generalnie ma on charakter fakultatywny, a o jego zastosowaniu po wyborze oferty decyduje zamawiający. Dyspozycja przepisu rodzi po stronie zamawiającego wyłącznie uprawnienie do podjęcia negocjacji z wykonawcą. Analiza złożonego oświadczenia prowadzi do wniosku, że zaakceptowanie przedmiotowej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w sposób bezpośredni wpływa na skutek ewentualnie poczynionych negocjacji – bowiem przesądza o fakcie, że tego typu negocjacje musiałyby się odbyć, a co więcej – odpowiednie terminy umowne musiałyby zostać przedłużone.
Należy podkreślić, że uzależnienie przez wykonawcę wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą od zaakceptowania przez zamawiającego „dopasowania terminów umownych do daty zawarcia umowy", nie jest wymaganą formą oświadczenia o zgodzie na przedłużenie terminu związania ofertą i skutkuje de facto podjęciem negocjacji na podstawie art. 60 f pzp jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty, co stoi w sprzeczności z treścią przepisu.

Przyznając rację odwołującego o zamiarze złożenia skutecznego oświadczenia o przedłużenia terminu związania ofertą i przy zastosowaniu wykładni z art. 65 § 1 kc nie można pominąć rzeczywistej całościowej treści cytowanego oświadczenia zawierającego niewątpliwie klauzulę zastrzeżenia o oczekiwanych zmianach terminów realizacji umowy. Wobec powyższego, zważywszy że oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie może zostać złożone pod warunkiem czy z zastrzeżeniem, a takie zastrzeżenie zostało sformułowane, uznać należy, że przedmiotowe Oświadczenie nie było zatem jednoznaczne i złożone bez zastrzeżeń.
Prawidłowo więc zamawiający uznał, że odwołujący przez sposób sformułowania własnego oświadczenia woli de facto nie złożył oświadczenia, w którym zgodziłby się na przedłużenie terminu związania ofertą.

W świetle powyższe skład orzekający uznał, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych w zarzutach odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: ……