

WYROK
z dnia 23 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2017 r. przez wykonawcę – **P. D. Sp. z o.o. ul. (...), W.** w postępowaniu prowadzonym przez **P. A. Ż. P.**, ul. (...), W.

przy udziale wykonawcy **S. A. P. Sp. k. ul. (...), Z.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2097/17 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **P. D. Sp. z o.o.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście tysięcy złotych 00 groszy**) uiszczoną przez Odwołującego - **P. D. Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od Odwołującego - **P. D. Sp. z o.o.** na rzecz Zamawiającego - **P. A. Ż. P.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: **trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy**)

1

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 2097 /17

Uzasadnienie

P. A. Ż. P. (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” , „Pzp” lub „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „dostawę multimedialnego systemu dydaktycznego dla Ośrodka Szkolenia **P. A. Ż. P.**” Numer referencyjny: (...) (dalej „Postępowanie”).

Szacunkowa wartość zamówienia przewyższa kwoty wskazane w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr (...) w dniu 14 lutego 2017 r.

Pismem z dnia 27 września 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego – **P. D. Sp. z o.o.** o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31 sierpnia 2017 r., odrzuceniu oferty uznanej za najkorzystniejszą, tj. oferty złożonej przez Wykonawcę **T. S. Sp. z o.o.** oraz o odrzuceniu ofert złożonych przez pozostałych Wykonawców, co skutkowało unieważnieniem przedmiotowego postępowania.

W dniu 6 października 2017 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec odrzucenia jego oferty i unieważnienia przez Zamawiającego postępowania. W odwołaniu Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający bezpodstawnie odrzucił

ofertę Odwołującego, a w konsekwencji dokonanego odrzucenia także pozostałych ofert, bezpodstawnie unieważnił przedmiotowe postępowanie. Wskutek tych czynności, zdaniem Odwołującego, w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 8, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, a także art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ustawy.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego

3

W odwołaniu zostało wskazane, iż w wyniku naruszenia przepisów ustawy interes Odwołującego doznał uszczerbku w rozumieniu art 179 ust 1 ustawy, gdyż w przypadku zaniechania przez Zamawiającego bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji unieważnienia postępowania, to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, iż Zamawiający słusznie dokonał czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31 sierpnia 2017 r. oraz odrzucenia, jako sprzecznej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), oferty dotychczas uznanej za najkorzystniejszą. Jednakże pozostałe czynności Zamawiającego, a w szczególności odrzucenie oferty Odwołującego oraz unieważnienie postępowania, dokonane zostały z uchybieniem przepisów wskazanych w odwołaniu.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający, uzasadniając czynność odrzucenia oferty Odwołującego, powołał się na przepisy art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz art. 66 § 2 k.c., wywodząc z tych przepisów, iż w sytuacji upływu terminu związania ofertą, złożona przez Odwołującego oferta jest nieważna i wygasła. Odwołujący nie skorzystał z możliwości skorzystania z art. 85 ust. 2 ustawy i nie przedłużył samodzielnie terminu związania ofertą. W konsekwencji dokonanych czynności odrzucenia ofert złożonych w postępowaniu, Zamawiający unieważnił postępowanie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego *upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie Wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym brak jest 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 (wyroki KIO z 02.04.2013 r. sygn. akt KIO 655/13, z 17.04.2013 r., sygn. akt KIO 719/13, z 21.05.2013 r. sygn. akt KIO 1007/13; KIO 1021/13; KIO 1050/13).

Odwołujący dodał, iż w uzasadnieniu wyroku z dnia 07 marca 2017 r. sygn. akt KIO 324/17 Izba zwróciła uwagę, że „w żadnym z cytowanych orzeczeń sądów nie zostało stwierdzone, że brak terminu związania ofertą jest podstawą do wykluczenia wykonawcy

4

(obecnie odrzucenia oferty).” Takie stanowisko prezentowane jest również przez Sądy Okręgowe. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 16.07.2014 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 p.z.p., należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie Wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Podobnie Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z 21.09.2012 r., sygn. akt XIII Ga 379/12 uznał, że *celem związania ofertą jest umożliwienie dochodzenia przez zamawiającego spełnienia zobowiązania zawartego w ofercie wykonawcy. Służy to więc głównie zabezpieczeniu interesów zamawiającego, a nie wykonawcy. Po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą jednakże różnicą, że działania zgodne*

z jej treścią (czyli zawarcie umowy na warunkach w ofercie oznaczonych) zależne jest już wyłącznie od suwerennej decyzji wykonawcy. Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 17 stycznia 2014 r., IX Ga 392/13 zwrócił natomiast uwagę, że nie ma podstaw by przyjąć, że nieprzedłużenie terminu związania ofertą, w sytuacji braku wezwania przez zamawiającego, było równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego. Dopiero brak zgody wykonawcy bądź nieprzedłużenie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie zamawiającego powoduje, że powstają przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. W ocenie Sądu, wykładnia językowa i systemowa omawianego przepisu nie pozostawia wątpliwości i jest ugruntowana w orzecznictwie sądów powszechnych, co potwierdza orzeczenie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt VI Ga 192/10, w którym Sąd uznał, że upływ terminu związania ofertą

w żadnym przypadku, sam przez się, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art 24 ust 2 pkt 2 ustawy (aktualnie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy), ponieważ nie stanowi przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Oferta Odwołującego, który samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą nie będąc proszony o to przez Zamawiającego, nie podlega, zdaniem Odwołującego, odrzuceniu i możliwy jest jej wybór przez Zamawiającego, jako najkorzystniejszej. Odwołujący zaznaczył również, iż znaczenie ma także to, iż na wezwanie Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą, co nastąpiło za pismem z dnia 11 lipca 2017 r., zareagował pozytywnie, składając w dniu 12 lipca 2017 r. pismo zawierające zgodę na przedłużenie terminu o kolejne 60 dni tj. do dnia 15 września 2017 r. Wyrażenie ww. zgody przez Odwołującego wyklucza, jego zdaniem, również ewentualną tezę co do możliwości odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy.

5

Pismem z dnia 11 października 2017 r. przystąpienie do postępowania po stronie Odwołującego złożył Wykonawca S. A. P. Sp. k. (dalej: „Przystępujący”). Przystępujący podał, iż zakwestionowane w odwołaniu czynności Zamawiającego są rażąco sprzeczne z ustawą Pzp. Jego oferta została odrzucona na takiej samej podstawie jak oferta Odwołującego. W razie uwzględnienia zarzutów odwołania, podjęte przez Zamawiającego czynności będą miały także wpływ na ofertę Przystępującego. W związku z tym Przystępujący ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podał m.in. iż instytucja związania ofertą służy temu, aby wykonawca, który złoży ofertę, nie mógł się z niej wycofać. W przeciwnym wypadku działania zamawiającego są obdarzone dużą dozą ryzyka, że wybrany wykonawca nie tylko uchyli się od zawarcia umowy, ale także z tego tytułu nie poniesie żadnych materialnych konsekwencji. Taka sytuacja może doprowadzić u zamawiającego do np. niewykonania zamówienia, możliwości utraty uzyskanych na realizację przedmiotu zamówienia środków finansowych, bądź potrzebę wyboru droższej oferty, a nie tej wybranej pierwotnie, jako najkorzystniejszej. Odwołujący, na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp, 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 wyrażnie 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. Tym samym zwolnił się z zobowiązania, odmawiając dalszego uczestniczenia w Postępowaniu. Zamawiający dodał, iż 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 skutki wygaśnięcia związania ofertą nie powinny być tylko rozpatrywane na gruncie przepisów ustawy Pzp, ale również na podstawie przepisów prawa cywilnego, w tym przypadku art. 66 § 2 k.c. Interpretacja art. 85 ustawy Pzp oraz art. 66 § 2

k.c. 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

6

bowiem konstruktywnym elementem oświadczenia woli zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec tego, jeśli zamawiający publiczny dokona wyboru oferty w okresie związania ofertą wówczas 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. Należy przyjmować, iż sam wybór powinien być traktowany już jako zawarcie umowy, a samo złożenie podpisów na dokumencie umownym jest dalszą częścią czynności udzielenia zamówienia, która składa się właśnie z wyboru oferty i zawarcia umowy. Brak dokonania wyboru oferty w okresie nia związania powoduje, iż oferta ta wygasa i nie może być wybrana. Nawet jeśli zamawiający dokonał wyboru jednej z ofert, a następnie był zmuszony odstąpić od tego wyboru, nie może wybrać jednej z pozostałych ofert, gdyż one wygasły. Gdyby dokonał tego wyboru to podjąłby taką czynność w istocie w stosunku do wygasłej (nieistniejącej) oferty.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2011 roku (sygn. akt KIO 1815/11), w którym KIO nie zgodziła się ze stanowiskiem „*iz możliwy jest wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, której termin związania upłynął*”. Twierdzenie takie w istocie prowadzi do podważenia instytucji terminu związania ofertą, którą przewiduje m.in. art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę wykładnię systemową oraz zasadę racjonalnego ustawodawcy nie sposób uznać, że istnienie tej instytucji nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Gdyby twierdzenie odwołującego było prawidłowe, instytucja terminu związania ofertą byłaby w ustawie zbędna, gdyż z jej istnieniem nie byłyby powiązane żadne skutki prawne. Jednakże instytucja ta istnieje w ustawie, w związku z tym w ocenie Izby skutek prawny jej istnienia polega na tym, że nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, której termin związania upłynął”. Zamawiający wskazał także, iż inne wyroki KIO potwierdzają powyższą zasadę. Dla przykładu wskazał tezy wyroku z dnia 27 sierpnia 2014 roku (sygn. akt KIO 1669/14) „Wykonawca - nie będąc związany ofertą w dacie złożenia środka ochrony prawnej - nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, a w konsekwencji - nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. wskazywanych w odwołaniu. W następstwie uwzględnienia odwołania i dokonania - zgodnie z jego żądaniem - powtórnej oceny ofert- zamawiający nie będzie miał możliwości wyboru oferty odwołującego i zawarcia z nim niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia. 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

7

tylko sankcjonowałyby ich nierówne traktowanie, ale również doprowadziłoby w efekcie 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.” Zamawiający przywołał także tezy wyroku KIO z dnia 31 stycznia 2013 roku (sygn. akt KIO 109/13) „Należy odróżnić zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty poprzedzającej udzielenie zamówienia. Wybór oferty najkorzystniejszej musi nastąpić w terminie związania ofertą, a wykonawca winien być związany złożoną ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert. Przyjęcie oferty, która wygasła, nie będzie zgodne z warunkami przetargu determinowanymi przez przepisy p.z.p., ale będzie przyjęciem nowej, innej oferty. Sprzecznym z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji byłoby jednakowe traktowanie wykonawców związanych złożoną ofertą (wobec których

zamawiający zachowywałby wszelkie roszczenia wynikające ze związania ofertą) oraz wykonawców ofertą swoją niezwiązanych, którzy mogą zawrzeć umowę wyłącznie na zasadzie dobrowolności, co do których zamawiający nie ma żadnej pewności, że ofertą są związani, i którzy mogą w tym przedmiocie wielokrotnie zmieniać zdanie. O ile p.z.p. dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, to wybranie oferty, którą wykonawca nie jest związany, nie jest możliwe”.

Według Zamawiającego odrębnym przepisem, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest art. 66 § 2 k.c., stosowany w związku z art. 14 ustawy Pzp, bowiem stanowi on podstawę, interpretując go łącznie z przepisami ustawy Pzp, w tym art. 85 ustawy, do uznania, iż brak przedłużenia związania ofertą powoduje wygaśnięcie oferty. Zamawiający wskazał, iż w sytuacji odrzucenia ofert, w tym oferty Odwołującego, nie pozostały żadne oferty mogące podlegać wyborowi, a zatem Zamawiający był zobligowany do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie wskazał w uzasadnieniu odwołania wyjaśnienia dla postawionych zarzutów naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 5 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, w związku z czym Zamawiający nie ma możliwości ustosunkowania się do nich.

Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym wskazał m.in., iż zmiana ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych dokonana 22 czerwca 2016 r. uchyliła art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który w poprzednim stanie prawnym przewidywał sankcję wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Po ww. zmianie ustawy przesłanka ta została przeniesiona do katalogu

8

obligatoryjnych przesłanek odrzucenia oferty i jest wymieniona w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę podobieństwo obu ww. przepisów zasadne jest w sytuacjach objętych sankcją z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp przywoływanie orzeczeń, wydanych w stanie prawnym przed zmianą ustawy Pzp., a dotyczących możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu nie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Tożsamość sytuacji wynika także z faktu, iż zarówno przesłanki wykluczenia jak i odrzucenia oferty stanowią katalog zamknięty, a ze względu na charakter zawartego w nim uregulowania wykluczona jest jakakolwiek rozszerzająca ich interpretacja. Jest bowiem zasadą, iż cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sprowadza się do wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia z wybranym wykonawcą umowy. W świetle przepisów ustawy Pzp nie zostało wyrażenie rozstrzygnięte, jaka czynność Zamawiającego będzie właściwa w sytuacji nieprzedłużenia terminu związania ofertą i jakie są skutki wynikające z bezskutecznego upływu terminu związania ofertą w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W praktyce możliwe jest rozpatrywanie powyższej sytuacji przez pryzmat podstawy do odrzucenia oferty. Można zastanawiać się także, czy oferta, co do której upłynął bezskutecznie termin związania ofertą, nadal jest ofertą, a także czy po upływie tego terminu jest ofertą ważną. Ustawa nie rozstrzyga wyraźnie tej kwestii, przewidując w art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp w powiązaniu z wymogiem określonym w art. 85 ust.2 Pzp, podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący wskazał, iż ten dualizm znajduje także odzwierciedlenie w licznych wyrokach Sądów Okręgowych i przytoczył tezy wyroków wskazanych w odwołaniu. Odwołujący stwierdził, iż w przeważającej linii orzeczniczej KIO prezentowane jest stanowisko, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty i wskazał na wyroki wymienione w odwołaniu.

Odwołujący przywołał również Uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2011 r. o sygn. akt KIO/KD 44/11 i podał, że jest w niej wskazane, iż " *Wyrażany jest pogląd, iż upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany jako nie skutkujący 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. Wskazuje się,*

że po upływie terminu związania oferta, oferta nadal pozostaje ofertą, a to nie uprawnia zamawiającego do automatycznego nierozpatrywania takiej oferty i uważa, że brak związania ofertą oznacza tylko brak obowiązku zrealizowania treści oferty po stronie wykonawcy, ale nie oznacza braku prawa tegoż wykonawcy do zrealizowania treści oferty. Skoro zatem żaden przepis prawa nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest, nie ma podstaw, aby nie dokonywać oceny tej oferty. W związku z powyższym Zamawiający, na którym ciąży obowiązek wybrania oferty najkorzystniej wg kryteriów określonych

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu, powinien zwrócić się do wykonawcy niezwiązanego ofertą z pytaniem, czy ten jest gotowy mimo braku związania oferta, zawrzeć umowę na warunkach wskazanych w tej ofercie. Gotowość wyrażona przez wykonawcę obliguje Zamawiającego do zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę". Przy przyjęciu zasady elastycznego podejścia do momentu zmaterializowania się w toku postępowania konieczności wyrażenia woli zawarcia umowy, przez czynność okresu związania oferta, Izba widzi konieczność przedłużenia indywidualnego podejścia do tego zagadnienia. Dynamika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może wszakże prowadzić do zmiany sytuacji poszczególnych wykonawców. Tym samym wykonawca, który nie widział szansy uzyskania zamówienia może na skutek działań innych uczestników postępowania taką szansę uzyskać. Powyższa okoliczność została zasygnalizowana w dalszej części uzasadnienia przedmiotowej uchwały, gdzie zostało wskazane, że: "Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że istotne dla dalszego udziału

w postępowaniu danego wykonawcy czynności, takie jak oświadczenie o związaniu ofertą oraz terminie tego związania, jak również zadbanie o zabezpieczenie oferty wadium przez okres trwania postępowania są, co do zasady, czynnościami podlegającymi dyspozycji wykonawcy, bowiem to on ma interes w wyrażaniu i podtrzymywaniu woli zawarcia umowy z zamawiającym, przy czym intencja ta może ulec zmianie wraz z upływem czasu, co pozostaje tylko w gestii zainteresowanego wykonawcy".

Odwołujący wskazał, iż z powyższej Uchwały wynika, iż w obecnym stanie prawnym brak jest przepisu, który nakazywałby zawarcie umowy przed upływem terminu związania ofertą. Zatem wyrażenie przez wykonawcę woli w przedmiocie związania ofertą po upływie okresu związania nie stoi na przeszkodzie do zawarcia umowy i tym samym nie uprawnia do uznania, że oferta przestała istnieć. Powyższe nie uprawnia również Zamawiającego do pominięcia takiego oświadczenia w toku trwającego nadal postępowania. Ponadto ustawodawca możliwość odrzucenia oferty wiąże jedynie z brakiem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą - a więc wiąże jedynie z negatywnym oświadczeniem w tym

zakresie. W takim bowiem wypadku wykonawca oświadcza pro futuro, iż nie posiada woli zawarcia z zamawiającym umowy - a więc nie czuje się ofertą związany. Złożenie przez wykonawcę, na którymkolwiek etapie postępowania, oświadczenia akceptującego (nie zaś negatywnego) powoduje, iż istnieje możliwość zawarcia umowy, gdyż istnieje w tym zakresie po jego stronie wola jej podpisania oraz wykonania. Powyższe stanowisko potwierdza również postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 roku, sygn. akt SK 22/08, który na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, z 2000 r. Nr 48, poz. 552 i Nr 53, poz. 638, z 2001 r. Nr 98, poz. 1070, z 2005 r. Nr 169, poz. 1417 oraz z 2009 r. Nr 56, poz. 459) postanowił umorzyć postępowanie ze względu na utratę mocy obowiązującej przez art. 94 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a i b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, ze zm.) oraz stwierdził zbędność orzekania w stosunku do art. 181 ust. 1 tej ustawy, wyrażając jednocześnie stanowisko, iż „*W aktualnie obowiązującym stanie prawnym dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą. (...)*”.

W ocenie Odwołującego Zamawiający niezasadnie odrzucił jego ofertę, gdyż brak jest podstawy prawnej w tym zakresie. Jego zdaniem, za słuszny uznać należy pogląd, iż przesłanki odrzucenia ofert wymienione w art. 89 ust. 1 ustawy nie zawierają dyspozycji

prawnej w tym zakresie, nie można tego również wywieść z treści art. 89 ust. 1 pkt 7a .

Na rozprawie strony podtrzymały stanowisko. Zamawiający podał uzupełniając, iż przytoczone przez Odwołującego orzecznictwo zostało wydane w oparciu o inny stan faktyczny, niż w przedmiotowym postępowaniu. Większość wskazanych przez Odwołującego orzeczeń dotyczyła sytuacji, kiedy upływ terminów związania ofertą następował po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu nie nastąpił wybór oferty Odwołującego, ponieważ w czasie, kiedy miałyby to nastąpić, upłynął już termin związania ofertą. Odwołujący nie wniósł odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonanej dnia 31.08.2017 r., a takie działanie mogłoby być uwzględniane, zdaniem Zamawiającego, jako sygnał do tego, że jest zainteresowany udziałem w postępowaniu. Nadto, z mocy ustawy doszłoby do zawieszenia biegu terminu związania ofertą. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący mógłby dać sobie w ten sposób szansę, aby pozostać w postępowaniu. Pismo, które wpłynęło w dniu 13.09.2017 r., zdaniem Zamawiającego, takiej sytuacji nie wytworzyło. W momencie, kiedy przystępując do ponownego wyboru oferty stwierdził, iż wykonawcy nie są związani ofertami, to nawet gdyby

11

chciał podchodzić do tego elastycznie, to musiałby brać pod uwagę zasadę równego traktowania wykonawców. Zamawiający przywołał wyrok SN w Tarnowie o sygnaturze ICA 495/13 z dnia 13 lutego 2014 r., z którego wynika, iż aby móc być wybranym w postępowaniu trzeba być związanym ofertą. Nadto gdyby przyjąć, że powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo iż żadną z nich wykonawcy nie byli związani w dacie wyboru, to poza ofertą Odwołującego i Przystępującego, Zamawiający powinien uwzględniać jeszcze, co najmniej jedną inną ofertę, która to była odrzucana na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7a Pzp, z uwagi na to iż, wykonawca swoje oświadczenie w przedmiocie związania ofertą złożył dzień po upływie pierwotnego terminu związania ofertą. Co oznacza, że nadal wyrażał wolę uczestniczenia w postępowaniu. Stosując sposób argumentacji Odwołującego należałoby się liczyć z tym, iż również ten wykonawca musiałby być brany pod uwagę przy ocenie ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Zamawiającego, występowanie w ustawie przepisów odnoszących się do terminów związania ofertą, oznacza, iż ten stan jest ważny także na gruncie zamówień publicznych, a nawet jest bardziej doniosły niż ten na gruncie kodeksu cywilnego.

W ocenie Zamawiającego, brak związania ofertą oznacza wygaśnięcie tej oferty, a to w skutkach jest równoznaczne z nieważnością tejże oferty. Z tych względów, jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego i pozostałych ofert, Zamawiający przyjął art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w związku z art. 66 § 2 Kodeksu cywilnego. Dla Zamawiającego kluczowym było to, iż w dacie, kiedy postanowił odrzucić wybraną wcześniej ofertę i przystąpić do drugiego wyboru najkorzystniejszej oferty, żaden z wykonawców nie był związany swoją ofertą. W związku z tym, zdaniem Zamawiającego, nie było ofert, z których mógłby wybierać najkorzystniejszą. Dlatego uznał, iż konsekwencją takiego stanu rzeczy musi być odrzucenie ofert oraz unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że po wysłaniu przez niego pisma z dnia 13 września 2017 r., informującego o niezgodności oferty wybranej z SIWZ, nie miał żadnej informacji od Zamawiającego. Do 15 września 2017 r. był jeszcze związany ofertą, a po tej dacie oferta przestała być ważna, a ponieważ, na stronie internetowej Zamawiającego nie było żadnej informacji w tym zakresie. Odwołujący uznał, że postępowanie jest zamknięte i dlatego nie składał oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną przez Odwołującego oraz ofertami pozostałych wykonawców, korespondencją prowadzoną

12

w toku postępowania, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń Stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba

Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdza, iż wpis został wniesiony w ustawowym terminie. Nie wypełniły się przesłanki do odrzucenia odwołania, wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdza, iż Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp i legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Odrzucenie oferty Odwołującego oraz unieważnienie postępowania, skutkuje pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji możliwością poniesienia szkody. W ocenie Izby okoliczność, iż w dniu złożenia odwołania, Odwołujący nie był już związany ofertą, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie wpływa na powyższą ocenę.

Izba stwierdziła, iż stosownie do art. 185 ust. 3 ustawy Pzp Przystępujący stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Przystąpienie nastąpiło w ustawowym terminie, w formie przewidzianej w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i z wykazaniem interesu Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa multimedialnego systemu dydaktycznego dla Ośrodka Szkolenia P. A. Ż. P..

Zamawiający pismem z dnia 11 lipca 2017 r. wystąpił do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 31 sierpnia 2017 r. Odwołujący pismem z dnia 12 lipca 2017 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni, tj. do dnia 15 września 2017 r. Inni wykonawcy, którzy złożyli oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, uczynili to zgodnie z żądaniem Zamawiającego tj. do dnia 31 sierpnia 2017 r. Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy, który swoje oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą złożył już po upływie terminu związania ofertą.

13

Wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w dniu 31 sierpnia 2017 r. W dniu 13 września 2017 r., a więc po upływie terminu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej, na tę czynność, Odwołującego zawiadomił Zamawiającego o niezgodności wybranej oferty z treścią SIWZ. Odwołujący nie złożył oświadczenia o dalszym przedłużeniu terminu związania ofertą. Zamawiający biorąc pod uwagę przedstawione w tym piśmie informacje, dokonał ponownej oceny wybranej oferty i stwierdził jej niezgodność z treścią SIWZ. W wyniku tego, Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i wykonał nowe czynności w postaci odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak również oferty tego wykonawcy i pozostałych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a w konsekwencji unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Postawą faktyczną decyzji Zamawiającego o odrzuceniu ofert był brak samodzielnego przedłużenia przez wykonawców terminu związania ofertą, a ten, według twierdzeń Zamawiającego, na dzień odrzucenia oferty uprzednio wybranej, już upłynął i w związku z tym oferty wygasły. Jako podstawę prawną Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 66 § 2 Kodeksu cywilnego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest nieuzasadnione i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż, zważywszy na treść decyzji Zamawiającego oraz zarzuty odwołania, które, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznaczają granice rozpoznania odwołania przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, rozstrzygnięcia wymaga, czy wobec upływu terminu związania ofertą, oferta podlega odrzuceniu, a jeśli tak, to na jakiej podstawie.

Na wstępie należy zauważyć, iż jakkolwiek istnieją pewne różnice w uregulowaniu kwestii doprowadzenia do zawarcia umowy w Kodeksie cywilnym i ustawie Pzp, to jednak, w ocenie Izby, wspólny jest wymóg związania ofertą przez oferenta (wykonawcę na gruncie

Pzp) na dzień jej przyjęcia przez oblata (wyboru przez zamawiającego na gruncie Pzp). Wynika to z tego, iż Pzp nie zawiera odrębnych przepisów w tym zakresie, zawiera natomiast przepisy dotyczące wydłużenia terminu związania ofertą w toku przedłużającego się postępowania, których celem jest utrzymanie stanu związania ofertą przez dłuższy czas niż pierwotnie zakładano. W związku z czym, zdaniem Izby, w tym zakresie nie ma uzasadnienia dla odmiennego traktowania tej kwestii na gruncie Pzp, tj. w ocenie Izby aby doszło do wyboru oferty, wykonawca musi być nią związany. Oferta bowiem musi być m.in. stanowcza, a skoro tak, to musi z niej płynąć skuteczne zobowiązanie wykonawcy do

14

zawarcia umowy na podanych w niej warunkach, tj. warunkach określonych na gruncie Pzp przez zamawiającego.

Tak, więc, w ocenie Izby, kwestia będąca przedmiotem rozpoznania niniejszej sprawy, tj. czy wykonawca powinien być związany ofertą na moment wyboru oferty najkorzystniejszej, zważywszy, iż oświadczenie wykonawcy o związaniu ofertą jest potwierdzeniem jego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia i gotowości zawarcia umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie, jest istotna. Chodzi, bowiem o to, aby wybór dotyczył oferty, z której płynące zobowiązania, wykonawca jest obowiązany wypełnić. Jakkolwiek ustawa Pzp nie zawiera jednoznacznego przepisu wskazującego, iż na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty, wykonawcy muszą być związani swoimi ofertami, to jednak można to wywieść m.in. z art. 85 ust. 2 Pzp i 182 ust. 6 Pzp. ustawy. W ocenie Izby, gdyby to czy wykonawca jest związany ofertą nie miało znaczenia dla czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ustawa nie zawierałaby uregulowań dotyczących przedłużania terminu związania ofertą (art. 85 ust. 2 Pzp) czy zawieszenia tego terminu (art. 182 ust. 6 Pzp).

W ocenie Izby, 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, bowiem przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców, a w konsekwencji naruszałoby podstawą zasadę zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Gdyby np. wybór dotyczył oferty, którą wykonawca nie jest związany i to od niego ostatecznie by zależało, czy taki wybór uwzględni i czy będzie chciał zawrzeć umowę, czy nie, przy czym ta druga możliwość, nie będzie się dla niego wiązała z utratą wadium, to taki wykonawca byłby w zdecydowanie korzystniejszej sytuacji, niż wykonawca, który jest związany ofertą.

Przechodząc od tych rozważań na grunt przedmiotowej sprawy, należy wskazać, iż Zamawiający wykorzystał przewidzianą w ustawie możliwość jednokrotnego wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą. Na dzień dokonanego przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawcy byli związani ofertą. Żaden z wykonawców nie skorzystał z możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej na tę czynność. Odwołujący, zawiadamiając Zamawiającego o niezgodności wybranej oferty z treścią SIWZ, pomimo, iż nastąpiło to na dwa dni przed upływem terminu związania swoją ofertą, nie złożył jednocześnie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp odrzucił ofertę wykonawcy, który na wezwanie Zamawiającego o przedłużenie terminu

15

związania ofertą, wyraził taką zgodę, ale uczynił to z opóźnieniem, już po upływie terminu związania ofertą. W tych okolicznościach, wobec powtórzenia czynności oceny, pod względem jej zgodności z treścią SIWZ, oferty uprzednio wybranej, co nastąpiło po zawiadomieniu Odwołującego i stwierdzeniu podstaw odrzucenia tej oferty, jako niezgodnej z SIWZ, pozostały oferty, którymi wykonawcy nie byli związani.

Stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę gdy wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy, na przedłużenie terminu związania ofertą. Art. 85 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż: „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. „

Przepis art. 85 ust. 2 ustawy 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, zdaniem Izby, powinni korzystać w celu utrzymywania stanu związania ofertą w sytuacji przedłużającego się postępowania. Jest to związane z celem wprowadzenia zasady związania ofertą. Gdyby przyjąć, iż związanie ofertą jest ważne jedynie na moment jej składania i jakiś jedynie czas od tej daty, to cel ten nie mógłby być osiągnięty w sytuacji, gdy postępowanie ulegałoby przedłużeniu, zatem w zależności od czasu trwania postępowania wykonawcy znajdowaliby się w różnej sytuacji w ramach tego samego postępowania. Przeciwdziała takiemu różnicowaniu ww. przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Przepis ten sankcjonuje brak zgody wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą.

Z uwagi na użyty w art. 85 ust. 2 termin „zgody” i występowanie tego wyrazu w art. 85 ust. 2 w odniesieniu do wystąpienia zamawiającego, można by rozważać czy tę zgodę łączyć jedynie z sytuacją, gdy to zamawiający występuje z inicjatywą wydłużenia terminu związania ofertą, a w konsekwencji traktować ten przepis, jako podstawę do odrzucenia oferty, jedynie w przypadku, gdy wykonawca nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą na wystąpienie zamawiającego. W efekcie prowadziłoby to sytuacji, w której, tak jak w przedmiotowym przypadku, Zamawiający nie mógłby wybrać oferty najkorzystniejszej, ponieważ w dacie wyboru nie było ofert, którymi wykonawcy byłiby związani, a jednocześnie nie mógłby odrzucić ofert którymi wykonawcy nie są związani i unieważnić

16

postępowania.

W ocenie Izby nie można przyjąć, iż taka sytuacja była zamierzona przez ustawodawcę.

Należy zwrócić uwagę, iż w stanie prawnym przed nowelizacją ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r., sankcją za brak przedłużenia terminu związania ofertą było wykluczenie wykonawcy z postępowania. Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy stanowił, iż wyklucza się z postępowania wykonawców, którzy m.in. nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Na tym gruncie ukształtowało się stanowisko, iż nie może dojść na tej podstawie do wykluczenia z postępowania wykonawcy, w sytuacji gdy zamawiający nie wzywał wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą.

W obecnym stanie prawnym sankcją za brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, już nie jest wykluczenie wykonawcy lecz odrzucenie oferty, a zatem czynność ta jest podejmowana z uwzględnieniem stanu związania ofertą, przy czym obecnie przepis w tym zakresie wskazuje na zgodę, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy. Przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, jako zasadę przewiduje, iż wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może (co oznacza, że nie musi) przedłużyć termin związania ofertą. Oznacza to, w ocenie Izby, iż w każdym przypadku, składając oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, wykonawca daje wyraz swojej akceptacji dla wydłużającego się postępowania i swojego w nim uczestnictwa. Z tych względów wprowadzenie obecnie odesłania do art. 85 ust. 2 ustawy może być rozumiane, jako wola ustawodawcy, aby termin „zgody” rozumieć szerzej, niż w poprzednim stanie prawnym. W każdym, bowiem przypadku musi być złożone przez wykonawcę wyraźne oświadczenie, w którym daje wyraz swojej aprobacie związania ofertą przez dłuższy czas. Jeśli zatem przyjąć, że wolą ustawodawcy było szersze rozumienie terminu „zgody” i dlatego wprowadził obecnie odesłanie do art. 85 ust. 2 ustawy, to przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy, można uznać za kompletny. Takie rozumienie tego przepisu pozwala na takie samo traktowanie wykonawców, którzy nie są związani ofertą i pozwala na odrzucenie ofert, którymi wykonawcy nie są związani. Tym samym umożliwia dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert, którymi wykonawcy są związani, a w razie braku takich ofert umożliwia unieważnienie postępowania. W ocenie Izby nie powinno się różnicować ofert w zależności od tego czy brak przedłużenia związania nią

przez wykonawcę wynika z braku jego akceptacji (zgody) uczestniczenia w przedłużającym się postępowaniu na wystąpienie zamawiającego czy na skutek własnej oceny postępowania.

W ocenie Izby należy, zatem przyjąć, że odesłanie przepisie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp do zgody, o której mowa art. 85 ust. 2, oznacza intencję ustawodawcy, aby

17

termin „zgoda” rozumieć jako zgoda wykonawcy na to, co wynika z żądania zamawiającego, jak również na to, co wynika z dokonanej przez wykonawcę oceny stanu, w jakim aktualnie znajduje się postępowanie i własnych możliwości czy potrzeb z tym związanych. W konsekwencji, przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy, jeśli cel jego wprowadzenia miałby być osiągnięty, winien znaleźć zastosowanie również do oferty, którą wykonawca nie jest związany, bo np. tak, jak w przedmiotowym przypadku, po wyczerpaniu przez zamawiającego uprawnienia do jednokrotnego wezwania wykonawców w tym zakresie, z własnej inicjatywy nie złożył oświadczenia w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą. Inaczej, należałoby akceptować sytuację, w której w danym postępowaniu, w pierwszej fazie występują oferty którymi wszyscy wykonawcy są związani, a w kolejnej, np. po wyczerpaniu przez zamawiającego możliwości do jednokrotnego wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, występują jednocześnie oferty, którymi wykonawcy są związani i takie, którymi wykonawcy nie są związani, co by oznaczało sprzeczne z ustawą przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców.

Stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę gdy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. W przeważającej mierze chodzi o przepisy Kodeksu cywilnego, np. art. 58, art. 73, art. 83, art. 104, tj. te w których przewidziana jest sankcja nieważności czynności.

Stosownie do art. 66 § 2 k.c. *jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie; złożona winny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia*. Tak więc, w przypadku bezskutecznego upływu terminu związania ofertą (braku przyjęcia oferty przez oblata), nie dochodzi do zawarcia umowy, co nie jest, w ocenie Izby, równoznaczne z nieważnością tej oferty.

Należy zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż oferta, którą wykonawca przestał być związany, wygasa. Jednakże, w ocenie Izby nieskuteczność oferty nie jest równoznaczna z nieważnością, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W ocenie Izby skoro ustawodawca przewidział w ustawie Pzp odrębny przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a, nakładający na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, gdy wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą, to dał wyraz temu, iż taka oferta, którą wykonawca nie jest związany, podlega odrzuceniu na podstawie tego przepisu.

18

Z tych względów w ocenie Izby, oferta, którą wykonawca przestał być związany podlega odrzuceniu, jednak nie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, lecz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie Zamawiający wskazał właściwą podstawę faktyczną podjętych czynności tj. brak związania ofertą, co skutkowało odrzuceniem ofert, w tym oferty Odwołującego oraz unieważnieniem postępowania. Wykonawca miał możliwość zapoznania się ze stanowiskiem Zamawiającego i jego uzasadnieniem. Tym samym Odwołujący miał możliwość odniesienia się do tego stanowiska i skorzystał z niej. Na uwagę w tym zakresie zasługuje to, iż Odwołujący wprawdzie stawia zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych jako podstawa odrzucenia ofert, jednak swoją argumentację, zarówno w odwołaniu jak i w złożonym piśmie procesowym, koncentruje na kwestii odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przez istotny wpływ na wynik postępowania należy

rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. V Ca 3270/12 -LEX nr 1715001).

Skoro oferta Odwołującego, zdaniem Izby, podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, z uwagi na brak nią związania przez Odwołującego, to wskazanie przez Zamawiającego innej podstawy odrzucenia tej oferty z katalogu wymienionego w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, tj. art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 66 § 2 k.c., pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

W ocenie Izby nie potwierdziły się pozostałe zarzuty odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów zastępstwa prawnego Zamawiającego, na podstawie rachunku, złożonego przed zamknięciem rozprawy w wysokości określonej w § 3 pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

19

Przewodniczący:

20