

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 lutego 2014 r.

Sąd Okręgowy w Tarnowie - Wydział I Cywilny
w składzie:

Przewodniczący: SSO Wiesław Zachara

Sędziowie: SSO Andrzej Bosak (spr.)

SSO Edward Panek

Protokolant: sekretarz sądowy Paweł Chrabąszcz

po rozpoznaniu w dniu 13 lutego 2014 r. w Tarnowie
na rozprawie

sprawy z zamówienia publicznego

przy udziale zamawiającego Gminy Lisia Góra oraz odwołującego Dariusza
Armatysa

w przedmiocie skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 23 października 2013 r., sygn. akt KIO 2390/13

oddala skargę.

i 3 właściwe podpisy

Sygn. akt I Ca 495/13

Uzasadnienie

wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 13 lutego 2014 roku

Zamawiający - Miasto i Gmina M. wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.),

dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, którego przedmiotem było świadczenie usług w zakresie transportu dzieci szkolnych i młodzieży gimnazjalnej z terenu gminy Lisia Góra do szkół podstawowych i gimnazjalnych na terenie gminy w roku szkolnym 2013/2014.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 sierpnia 2013 r., pod numerem 161603-2013. Wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 3 października 2013 r. poinformował wykonawcę Dariusza Armatysa prowadzącego działalność pod firmą Przewóz Osób i Towarów Firma „Aramis” Dariusz Armatys w Tarnowie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp z powodu upływu terminu związania ofertą jedynego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu.

Dnia 8 października 2013 roku wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i powierzenie wykonania zamówienia wykonawcy, który nie złożył oferty na wykonanie zamówienia i którego oferta nie mogła w związku z tym zostać uznana za najkorzystniejszą;
- 24 ust. 4 ustawy przez odrzucenie ofert wykonawcy pomimo braku podstaw do jego wykluczenia z postępowania;
- art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy polegające na błędnej subsumcji zaistniałego stanu faktycznego pod tę normę prawną i wykluczeniu wykonawcy z postępowania, pomimo, iż nie nastąpiła powołana w przepisie przyczyna wykluczenia;
- art. 161 ust. 4 w z w. z art. 165 ust. 2 w zw. z art. 170 ust. 4 ustawy przez całkowite pominięcie okoliczności, iż w wyniku wszczętego przez Prezesa Zamówień Publicznych na wniosek Wykonawcy postępowania wyjaśniającego, bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu, a więc trwał w dacie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i trwa do chwili obecnej;
- art. 92 ust. 1 ustawy przez nieuzasadnioną zwłokę w wyborze najkorzystniejszej oferty w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo iż na realizację zamówienia złożona została wyłącznie 1 oferta, a przedmiot zamówienia miał być realizowany od dnia 2 września 2013 r.
- art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo, iż w postępowaniu złożona została oferta niepodlegająca odrzuceniu;
- art. 93 ust 1 ustawy przez niedokonanie niezwłocznego zawiadomienia wykonawcy o wykluczeniu go od udziału w postępowaniu i unieważnieniu postępowania dopiero 3 dni po dokonaniu tej czynności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz czynności unieważnienia przetargu, powtórzenia czynności oceny ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego. Ponadto wniósł o zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania, w tym kosztów poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że z całkowicie nieuzasadnionych powodów zamawiający zwlekał z zakończeniem postępowania 43 dni. Wskazywał, że od 1 września 2013 r., tj. od dnia, kiedy umowa w wyniku przeprowadzonego postępowania miała zostać zawarta, nieustannie domagał się od zamawiającego rozstrzygnięcia przetargu i wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił, że 15 września 2013 r. powziął wiadomość, iż pomimo nierozstrzygnięcia (ani niezakończenia w żaden inny sposób) postępowania od dnia 2 września usługa ta realizowana jest przez Arriva Spółka z o.o. w Toruniu Oddział w Mielcu i zawiadomił o zaistniałej sytuacji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych domagając się wszczęcia kontroli doraźnej i wystąpienia do sądu o unieważnienie zawartych umów. Odwołujący wywodził, że skoro wniosek o wszczęcie kontroli doraźnej został złożony w dniu 18 października 2013 r., to bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu. Argumentował, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczął postępowanie wyjaśniające - wstępny etap kontroli - przed upływem terminu związania ofertą i do dnia wykluczenia odwołującego od udziału w postępowaniu, postępowanie to nie zostało zakończone, co powoduje, iż wykluczenie nie tylko nie znajduje

podstawy prawnej, ale było niedopuszczalne.

Wyrokiem z dnia 23 października 2013 r., sygn. akt KIO 2390/13, Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie, kosztami postępowania obciążając Odwołującego przy zaliczeniu w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty 7 500 zł uiszczanej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Termin składania ofert upłynął w 21 sierpnia 2013 r., tego samego dnia zamawiający dokonał otwarcia ofert. W postępowaniu została złożona 1 oferta - oferta odwołującego. Termin związania ofertą wynosił 30 dni i kończył bieg 20 września 2013 r. Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i nie zwracał się do odwołującego o wyrażenie zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący nie przedłużał samodzielnie terminu związania ofertą.

W piśmie z 5 września 2013 r. odwołujący zadał zamawiającemu pytanie, jakiemu podmiotowi i na jakiej podstawie powierzono wykonanie zamówienia z pominięciem

odwołującego. Wskazywał, iż w przypadku rozstrzygnięcia wskazującego na unieważnienie postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego będzie domagał się zwrotu kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w tym zakupu środków transportu, które na chwilę obecną przekraczają 650.000 zł.

Pismem z 18 września 2013 r. wystąpił do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z powiadomieniem Rady Gminy Lisia Góra, Regionalnej Izby Obrachunkowej oraz samego Zamawiającego o wszczęcie kontroli doraźnej postępowania. W uzasadnieniu wniosku powoływał się na okoliczności opisane w odwołaniu oraz w razie ustalenia, że umowy zostały zawarte (przez dyrektorów poszczególnych szkół), wnosi wystąpienie do sądu z wnioskiem o unieważnienie umów.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z 23 września 2013 r. poinformował, że wystąpiono do zamawiającego o ustosunkowanie się do zarzutów podniesionych we wniosku o wszczęcie kontroli (znak UZP/DKD/DWKZ/425/659(3)/13/DJ).

W swych rozważaniach Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Podstawę rozstrzygnięcia stanowią okoliczności faktyczne i prawne dotyczące terminu związania odwołującego złożoną ofertą. Izba pominęła okoliczności związane z zarzucanym zamawiającemu udzieleniem zamówienia innemu podmiotowi z naruszeniem przepisów ustawy, gdyż zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy oraz wobec zaniechania przez zamawiającego czynności do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Czynnościami wobec których zostało wniesione odwołanie są wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu ze skutkiem uznania złożonej oferty za odrzuconą oraz będące ich następstwem unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, których zamawiający dokonał w badanym postępowaniu i co do których przesłał stosowną informację. Badanie, czy zamówienie zostało udzielone innemu podmiotowi, dotyczyłoby czynności, które nie zostały przez zamawiającego wykonane w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, zatem nie mieści się w kognicji

Izby. '

Pierwszą kwestią podlegającą ocenie jest, czy wobec skierowania przez odwołującego wniosku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęcie kontroli doraźnej, bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu.

Zgodnie z art. 161 ust. 4 Pzp wszczęcie kontroli może poprzedzać postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Natomiast stosownie do art. 170 ust. 4 Pzp wszczęcie kontroli doraźnej powoduje zawieszenie biegu terminu związania ofertą. Art. 165 ust. 2 Pzp stanowi, że w przypadku wszczęcia kontroli doraźnej przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego mają zastosowanie przepisy art. 169 ust. 3, art. 170 ust. 2 i 4 oraz art. 171 ust. 1, 3 i 5 Pzp.

Z przywołanych przepisów ustawy - wbrew twierdzeniom odwołującego - wynika, że wszczęcie postępowania wyjaśniającego nie powoduje zawieszenia biegu terminu związania ofertą, gdyż termin związania ofertą ulega zawieszeniu jedynie w razie wszczęcia kontroli. Stanowi o tym *expressis verbis* art. 170 ust. 4 Pzp. Postępowanie wyjaśniające nie jest częścią

kontroli, lecz stanowi fakultatywny etap poprzedzający kontrolę. Rezultatem postępowania wyjaśniającego może być wszczęcie kontroli albo odmowa jej wszczęcia. Regulacje art. 161 ust. 4 Pzp rozstrzyga tę kwestię w sposób nie budzący wątpliwości. Skoro wszczęcie postępowania wyjaśniającego nie powoduje zawieszenia terminu związania ofertą, to termin związania odwołującego złożoną ofertą nie uległ zawieszeniu. Dostrzeżenia wymaga ponadto, że przed upływem terminu związania ofertą odwołujący jedynie skierował wniosek do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęcie kontroli. Natomiast informacja o skierowaniu pisma do zamawiającego w celu ustosunkowania się do zarzutów nosi datę 23 września 2013 r. Trudno zatem przyjąć, że wszczęcie postępowania wyjaśniającego nastąpiło przed upływem terminu związania odwołującego złożoną ofertą.

Kolejno należało zbadać, czy odwołujący wyraził wolę przedłużenia terminu związania złożoną ofertą. Niespornie odwołujący nie złożył takiego oświadczenia wprost, jednak ustaleniu podlega, czy wola taka wynika z innych oświadczeń kierowanych do zamawiającego. W postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenia woli wykonawcy mogą być interpretowane z zastosowaniem dyrektyw wynikających z przepisów kodeksu cywilnego, w tym z art. 65 § 1 k.c., stosownie do odesłania zawartego w art. 14 Pzp. Izba po ocenie treści pism kierowanych do zamawiającego uznała, że nie można z ich treści wywieść woli odwołującego przedłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący dąży jedynie do unieważnienia umów przypuszczalnie zawartych przez dyrektorów szkół z Arriva Spółka z o.o. w Toruniu Oddział w Mielcu i zwrotu poniesionych przez siebie kosztów. Brak jest podstaw, wynikających z powołanych pism, do uznania, że odwołujący czuje się związany złożoną ofertą i jest gotowy do wykonania zamówienia na warunkach wynikających z oferty. Co do zasady, oświadczenia stron, które są doniosłe prawnie i mają znaczenie dla ich sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, powinny mieć charakter stanowczy i być jasno wyrażone. Oświadczenia woli wykonawcy składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia podlegają wykładni, jednak ich istnienie nie może być domniemywane, ani przez zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, ani przez Izbę w postępowaniu odwoławczym.

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w formie pisemnej i ma ono charakter sformalizowany. Odpowiada to naturze procedury oraz sprzyja jej przejrzystości oraz zachowaniu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Z uwagi na powołane zasady jest niedopuszczalne, aby zamawiający w sytuacji, gdy ustawa wymaga pisemnego oświadczenia wykonawcy, domyślał się z jego zachowania (per facta concludentia), że wymagane oświadczenie zostało złożone.

W konsekwencji, Izba zważyła, że termin związania odwołującego złożoną ofertą nie został przez niego przedłużony i skończył swój bieg 20 września 2013 r. W dacie dokonania przez zamawiającego czynności wykluczenia i unieważnienia postępowania odwołujący nie był związany złożoną ofertą.

W tym stanie sprawy Izba uznała, że odwołujący nie jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody mają charakter materialnoprawny i muszą być spełnione kumulatywnie, w przeciwnym razie odwołanie podlega oddaleniu.

Wymagania wynikające z art. 179 ust. 1 Pzp winny być spełnione na dzień wnoszenia odwołania i podlegają obligatoryjnemu badaniu przez Izbę. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i przez wniesienie odwołania dąży do przywrócenia możliwości jej wyboru. W dniu wniesienia odwołania odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia. Nie została natomiast spełniona przesłanka szkody, gdyż wobec upływu terminu związania ofertą przed dniem wniesienia odwołania odwołujący nie może uzyskać zamówienia, a złożona przez niego oferta nie może być uznana za najkorzystniejszą.

Wykonawca, który nie jest związany złożoną ofertą, nie może skutecznie domagać się od zamawiającego wybrania swojej oferty i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na gruncie ustawy prawo zamówień publicznych odróżnić należy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego będące udzieleniem zamówienia, od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W obecnym stanie prawnym zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest dopuszczalne po upływie terminu związania ofertą, jednak - zdaniem Izby - wybór oferty najkorzystniejszej musi nastąpić w terminie związania ofertą. Ponadto wykonawca winien być związany złożoną ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert.

Termin związania oferta ustalony przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków , zamówienia, stosownie do wymagań zawartych w art. 36 ust. 1 pkt 9 oraz art. 85 ust. 1 Pzp, nie może upłynąć, lecz winien być przedłużany, tak aby stan związania ofertą wykonawcy nie ustał.

Art. 85 ust. 2 Pzp stanowi, że wykonawca, samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej 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. Ustawodawca dając zamawiającemu uprawnienie do jednokrotnego wezwania wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą powierzył troskę o utrzymanie stanu związania ofertą przede wszystkim wykonawcy. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga należytej staranności wykonawcy obejmującej zapobiegliwość wyrażającą się w podjęciu czynności niezbędnych dla ochrony swoich praw w postępowaniu, w okolicznościach sporu - utrzymaniu stanu związania ofertą.

Zgodnie z postanowieniami art. 66 k.c. oświadczenie woli stanowi ofertę, jeśli zawiera istotne postanowienia umowy i ma charakter stanowczy. Oświadczenie wiąże oferenta przez czas przez niego wskazany, jeśli w tym okresie adresat oferty (oblat) złoży oświadczenie o przyjęciu oferty dochodzi do zawarcia umowy. Związanie jest koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty.

Stan związania ofertą wyraża się tym, że po jej złożeniu oferent w zasadzie nie ma wpływu na dojście umowy do skutku. Zawarcie umowy następuje na skutek złożenia przez zamawiającego (oblata) jednostronnego oświadczenia woli o przyjęciu oferty, a więc zależy wyłącznie od jego decyzji. Jeśli termin związania ofertą upłynął zawarcie umowy według opisanych reguł nie jest możliwe również w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Termin związania ofertą przez odwołującego upłynął i nie podlega przywróceniu. Oferta złożona przez odwołującego nie może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaskarżył wyrok w całości, zarzucając w skardze Krajowej Izbie Odwoławczej naruszenie przepisów prawa materialnego oraz naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy tj.:

1. art. 179 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie jest uprawniony do wniesienia odwołania z tego powodu, że nie została spełniona materialnoprawna przesłanka szkody, ponieważ po dniu wniesienia odwołania upłynął termin związania ofertą, co w ocenie Izby skutkowało brakiem możliwości uzyskania zamówienia, podczas gdy z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynika zakaz wyboru oferty i zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą, co oznacza, że przesłanka szkody zaistniała, skoro można było udzielić Odwołującemu zamówienia publicznego w niniejszej sprawie,
2. art. 94 ust. 1 a contrario ustawy Pzp poprzez uznanie, że nie jest możliwy wybór najkorzystniejszej oferty po upływie terminu związania ofertą, a także niemożliwe jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia po upływie tego terminu, podczas gdy możliwość taka istnieje,
3. art. 85 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający nie jest zobligowany do wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, podczas, gdy z wykładni systemowej i celowościowej powyższych przepisów wynika, że zamawiający jako podmiot odpowiedzialny za profesjonalne przeprowadzenie postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zobowiązany jest wezwać wykonawców do takiego przedłużenia

Wskazując na powyższe zarzuty Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania wniesionego przez Dariusza Armatysa, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Przewóz Osób i Towarów Firma „Aramis” Dariusz Armatys i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia złożonej przez niego oferty,
- powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty wykonawcy Dariusza Armatysa, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Przewóz Osób i Towarów Firma „Aramis” Dariusz Armatys

Skarżący wniósł ponadto o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp i jednocześnie nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.),

W uzasadnieniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że wnosząc skargę nie działa w interesie żadnej ze stron sporu, ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.

Uzasadniając podniesione przeciwko skarżonemu wyrokowi zarzuty wskazał na

następującą argumentację:

W pierwszej kolejności podnieść należy, że nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Izby przedstawionym w skarżonym wyroku, że Odwołujący nie jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem nie została spełniona przesłanka szkody. Izba wskazała, że wobec upływu terminu związania ofertą przed dniem wniesienia odwołania, Odwołujący nie mógł uzyskać zamówienia, a złożona przez niego oferta nie może być uznana za najkorzystniejszą, przez co nie mógł on ponieść szkody.

Powyższy pogląd o braku możliwości zawarcia umowy z wykonawcą po upływie terminu związania ofertą, a także o braku możliwości wyboru oferty po upływie okresu związania ofertą uznać należy za błędny, ponieważ nie wynika on z obowiązujących przepisów. Wskazać również należy, że nie znajduje on uzasadnienia w świetle aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych. Uzasadniając powyższe wskazuję, co następuje:

Wbrew stanowisku Izby, wyrażonemu w uzasadnieniu skarżonego wyroku, przepisy ustawy Pzp dopuszczają możliwość zawarcia umowy z wykonawcą, który nie jest związany ofertą. Pogląd ten powszechnie prezentowany jest w piśmiennictwie oraz orzecznictwie i obecnie nie budzi wątpliwości systemowych i interpretacyjnych. Należy w tym miejscu przywołać postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r. wydane w sprawie oznaczonej sygnaturą akt SK 22/08, w którym wskazano, że z przepisu art. 94 ust.1 ustawy Pzp wynika, że w obecnym stanie prawnym upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych wskazuje się również, że przy obecnym brzmieniu art. 94 ustawy Pzp brak jest przeszkód prawnych do wyboru oferty, w odniesieniu do której upłynął termin związania ofertą. W wyroku z dnia 19 października 2009 r. (KIO/UPZ 1261/09) Izba wskazała, że: „W odróżnieniu od poprzednio obowiązującego przepisu art. 94 ust.1 Pzp, w którym unormowano zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego „nie później niż przed upływem terminu związania ofertą” (z uwzględnieniem sytuacji przewidzianej w ust. 1a), obowiązujący przepis art. 94 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga, by zawarcie umowy nastąpiło w terminie związania ofertą. Tym samym możliwy jest wybór jako najkorzystniejszej oferty, dla której upłynął termin związania, a w konsekwencji, zachowując określone w powołanym przepisie minimalne terminu liczone od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) W konsekwencji Izba nie podziela poglądu, jakoby zawarcie umowy z wybranym wykonawcą po okresie związania ofertą stanowiło naruszenie przepisu art. 94 ust.1 Ustawy i skutkowało nieważnością umowy z mocy prawa na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż przepis art. 94 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie pozostaje w żadnym związku z terminem związania ofertą”. Powyższy pogląd został zaaprobowany w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2010 r. (KIO/UPZ 1581/09), w którym wskazano, że „W obowiązującym stanie prawnym, (...), żaden przepis ustawy, w tym również art. 94 ust.1 ustawy, nie obliuguje stron postępowania do zawarcia umowy przed upływem terminu związania ofertą. Tym samym przekroczenie tego terminu nie może być ocenione jako wada postępowania umożliwiająca zawarcie ważnej umowy.” Stanowisko powyższe podzielone zostało również w innych wyrokach Izby, przykładowo można w tym miejscu wskazać na wyrok z dnia 15 czerwca 2010 r. wydany w sprawie oznaczonej sygnaturą akt KIO/UPZ 1070/10, a także w wyroku z dnia 19 marca 2012 r. sygn. akt KIO 459/12.

Powyższe stanowisko jest również prezentowane w doktrynie (tak: J. Pieróg „Prawo zamówień

»•

publicznych. Komentarz”, rok wydania 2012, wydanie 11).

Pogląd odmienny od przytoczonego powyżej nie zasługuje na uwzględnienie i nie sposób się z nim zgodzić. Wprawdzie doktryna prawa cywilnego, stosowanego pomocniczo w procedurze udzielania zamówienia na podstawie art. 14 ustawy Pzp uznaje, że okres związania ofertą wyznacza de facto okres ważności oferty, ale zasada związania ofertą sformułowana przez art. 66 k.c. doznaje poważnej modyfikacji na gruncie ustawy Pzp. To nie wykonawca formułuje treść zobowiązań wynikających z ewentualnego przyjęcia oferty przez zamawiającego, lecz jest ona wyznaczona postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a co za tym idzie, oferta składana przez wykonawcę stanowi rodzaj przyjęcia zaproszenia, niejako „oferty” zamawiającego w zakresie ustalenia przedmiotu zamówienia. Co więcej, w związku z upływem tego terminu przepis art. 85 ust.2 ustawy Pzp uprawnia, nie zaś obliuguje wykonawcę do przedłużenia terminu związania ofertą, poza przypadkami wezwania do przedłużenia skierowanego przez zamawiającego w trybie art. 85 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu oblatowi

(zamawiającemu) doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o skuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 719/13). W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, która nie wiąże wykonawcy straciła cechy oferty i w związku z tym musi być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu

Skoro możliwe jest zawarcie umowy z wykonawcą po upływie terminu związania ofertą, to brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że oferta, co do której okres związania upłynął nie może być poddana ocenie i nie może być wybrana jako najkorzystniejsza, skoro wykonawca wyraża wolę zawarcia umowy na zasadach określonych w swojej ofercie.

Należy podkreślić, że żaden obowiązujący przepis ustawy Pzp nie daje podstaw do twierdzenia o braku możliwości rozpatrywania, oceny i wyboru oferty, w tym także podstaw do odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy upłynął termin związania ofertą. Przyjęcie interpretacji przeciwniej prowadziłoby do uznania, że po upływie terminu związania oferta przestaje istnieć, a taki pogląd nie da się obronić w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp.

Powyższy pogląd prezentowany jest również w orzecznictwie. W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2011 r. wydanej w sprawie sygn. akt KIO/KD 44/11 wskazano, że

żaden przepis prawa nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który nie jest już związany swoją ofertą z powodu upływu terminu związania, zatem nie ma żadnych podstaw, aby nie dokonywać oceny tej oferty. W związku z powyższym zamawiający, na którym ciąży obowiązek wybrania oferty najkorzystniejszej wg kryteriów określonych w SIWZ i ogłoszeniu, powinien zwrócić się do wykonawcy niezwiązanego ofertą z zapytaniem, czy jest gotowy mimo związania ofertą zawrzeć umowę na warunkach wskazanych w tej ofercie. Gotowość wyrażona przez wykonawcę obliguje zamawiającego do zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę.

Również w wyroku z dnia 19 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1261/09 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „przepis art. 94 ust.1 ustawy Pzp nie wymaga, by zawarcie umowy nastąpiło w terminie związania ofertą. Tym samym możliwy jest wybór jako najkorzystniejszej oferty, dla której upłynął termin związania, a w konsekwencji zachowując określone w powołanym przepisie minimalne terminy liczone od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

W powyższym kontekście zwrócić należy uwagę na istotną okoliczność stanu faktycznego niniejszej sprawy, mianowicie na fakt, iż z akt postępowania wynika jednoznacznie, że Odwołujący uważał się za związanego złożoną ofertą i chciał zawrzeć umowę na zasadach określonych w swojej ofercie. Przemawia za tym okoliczność, iż Odwołujący kontaktował się z Zamawiającym w celu uzyskania informacji o przebiegu postępowania, a także złożył odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu i unieważnieniu postępowania. W tym kontekście wskazać również należy, że w niniejszej sprawie wadium zostało wpłacone przez Odwołującego w gotówce. Jak wynika z akt przedmiotowego postępowania, w niniejszej sprawie zamawiający nie zwrócił Odwołującemu wadium, ponieważ brak jest na ten temat jakiegokolwiek informacji, a informacja o zwrocie wadium zgodnie z zasadą pisemności powinna zostać udokumentowana. W tej sytuacji, skoro wadium przez cały czas pozostawało w dyspozycji Zamawiającego, to uznać należy, że jego interesy były zabezpieczone.

Z uwagi na fakt, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy możliwe było dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, a także zawarcie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowisko Izby odnośnie niewykazania przez Odwołującego przesłanki szkody nie może się ostać.

Szkoda w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie została zdefiniowana ani w ustawie Pzp, ani w ustawie Kodeks cywilny, jednak w świetle ugruntowanego poglądu doktryny i orzecznictwa należy uznać, że przez szkodę rozumieć należy uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 718/12 „w świetle art. 179 ust. 1 Pzp podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom Pzp.”

W niniejszej sprawie nie ma wątpliwości, że szkoda Odwołującego ma charakter majątkowy i wynika z niez uzyskania zamówienia w niniejszej sprawie. W kontekście przesłanki szkody warto przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2012 r. sygn. akt KIO 4-59/12, który wydany został w analogicznym stanie faktycznym, w którym Izba uznała, że

odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż w przypadku unieważnienia postępowania prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej przysługuje każdemu wykonawcy, który złożył w postępowaniu ważną ofertę i wyraża wolę zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższy pogląd Skarżący w pełni podziela i wskazuje, że gwarantuje on prawa wykonawców w postępowaniu poprzez zapewnienie im prawa poddania kontroli prawidłowości decyzji zamawiającego podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Również w świetle Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, procedura odwoławcza powinna przysługiwać co najmniej każdej osobie, która jest lub była zainteresowana uzyskaniem danego zamówienia i która poniosła szkodę lub jest zagrożona szkodą w wyniku domniemanego naruszenia (pkt 17). Ponieważ ani treść przywołanej wyżej Dyrektywy ani treść przepisów ustawy Pzp nie wyłączają uprawnień wykonawcy do korzystania ze środków ochrony ze względu na upływ terminu związania ofertą, stworzenie przez Izbę przeszkody w korzystaniu ze środków odwoławczych w oparciu o taką przyczynę narusza zarówno przepisy prawa krajowego, jak również jest niezgodne z ww. Dyrektywą. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że skarżone orzeczenie narusza zasady wyrażone w ww. Dyrektywie. Celem jej wdrożenia było bowiem wzmocnienie mechanizmów umożliwiających wykonawcom odwoływanie się od krzywdzących ich decyzji zamawiających, podejmowanych z naruszeniem prawa. Realizowane jest to przede wszystkim przez merytoryczną weryfikację prawidłowości czynności podejmowanych przez zamawiających. W tym kontekście oddalenie odwołania tylko z powodu przesłanki materialnoprawnej i nierozpoznanie go co do istoty nie realizuje powyższej zasady.

Wykładnia literalna przepisu art. 85 ust.2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że wystąpienie do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą jest uprawnieniem, ale nie obowiązkiem zamawiającego. Jednakże wykładnia systemowa i celowościowa ww. przepisu prowadzi do wniosku, że skoro celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty, to w świetle przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą w sytuacji, w której upływ terminu związania ofertą nastąpi w toku prowadzonej przez, zamawiającego procedury, a postępowanie nie zostało przez zamawiającego w tym terminie rozstrzygnięte. Stanowisko takie zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1469/10, w którym wskazano, ponadto że przyjęcie odmiennej interpretacji art. 85 ust. 2 ustawy Pzp mogłoby prowadzić do sytuacji, w której zamawiający w sposób nieuprawniony przerzucałby na wykonawców obowiązki związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Analogicznie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 16 lutego 2011 r. wydanym w sprawie sygn. akt VI Ga 192/10, w którym wskazano, że zamawiający odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne przeprowadzenie postępowania przetargowego. Przedłużenie terminu związania ofertą leży w interesie zamawiającego, to on bowiem dzięki temu ma pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu. (...) Albo zamawiający z możliwości przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 skorzysta chcąc zapewnić sobie pewność co do aktualności treści oferty i w przypadku braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą otworzy sobie możliwość wykluczenia oferenta - na zasadzie art. 24 ustęp 2 pkt 2, albo też zaniedbując upływ przedmiotowego terminu pozbawi się możliwości jego wykluczenia, a tym samym uznania oferty takiego wykonawcy za odrzuconą. Art. 24 Pzp stanowi bowiem katalog zamknięty, a ze względu na charakter zawartego w nim uregulowania wykluczonym jest jakkolwiek rozszerzająca jego interpretacja.

Z powyższego wynika że uznanie przez Izbę, że to na wykonawcy, a nie na zamawiającym ciąży obowiązek dbania o przedłużenie terminu związania ofertą nie ma oparcia w obowiązujących przepisach. Wskazać w tym kontekście należy, że wykonawca co prawda samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą, jednak jego zachowanie w toku postępowania prowadzi do wniosku, że czuł się tą ofertą związany. Bezsporne jest również to, że Zamawiający nie zwracał się do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą.

Skarżący stwierdził, że z uwagi na fakt, iż Izba nie zbadała merytoryczne zarzutów odwołania uznając, że Odwołujący nie jest uprawniony do jej wniesienia, z czym nie sposób się zgodzić, to Sąd orzekający w przedmiocie skargi badał będzie zasadność podniesionych w odwołaniu zarzutów. Odnosnie powyższego wskazano, co następuje:

Podniesiony w odwołaniu zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w stanie faktycznym niniejszej sprawy uznać należy za uzasadniony.

Przesłanki odrzucenia oferty określone zostały w art. 89 ustawy Pzp. Przepis ten nie daje podstawy do odrzucenia złożonej w postępowaniu oferty z powodu upływu terminu związania

ofertą. Jedyną podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu upływu terminu związania ofertą jest przepis art. 24 ust.2 pkt.2 ustawy Pzp, który nie ma zastosowania w niniejszym przypadku, ponieważ przesłanką do jego zastosowania jest niewyrażenie przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W stanie faktycznym niniejszej sprawy nie może być mowy o braku zgody Odwołującego na przedłużenie związania ofertą, ponieważ Zamawiający z takim wnioskiem do Odwołującego nie wystąpił. Brak wyraźnego zakomunikowania o podtrzymaniu stanu związania ofertą przez Odwołującego nie może być utożsamiany z oświadczeniem o niewyrażeniu zgody na dalsze związanie ofertą. Braku zgody na przedłużenie związania ofertą nie można domniemywać. W stanie faktycznym niniejszej sprawy nie budzi wątpliwości, że intencją Odwołującego było ubieganie się o udzielenie zamówienia w niniejszej sprawie.

Katalog przesłanek wskazanych w art. 24 ustawy Pzp skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco, ponieważ skutkiem takiej czynności jest wyeliminowanie wykonawcy z postępowania i uniemożliwienie mu uzyskania zamówienia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że zamawiający może wykluczyć z postępowania na ww. podstawie tylko wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą co oznacza, że zamawiający musi wykazać, że występował do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Dopiero brak zgody wykonawcy bądź nieprzedłużenie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie Zamawiającego powoduje, że istnieją przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Z powyższego wynika, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić wyłącznie po uprzednim wezwaniu go przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Inna interpretacja przywołanego wyżej przepisu umożliwiałaby omijanie przepisów ustawy i prowadziłaby do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (por. wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1469/10, z dnia 4 września 2013 r. sygn. akt KIO 2019/13, 5 lutego 2013 r. KIO 124/13, 2 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 655/13, 17 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 719/13.).

Pogląd taki prezentowany jest również w orzecznictwie sądów powszechnych, przykładowo można w tym miejscu wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt VI Ga 192/10., w którym Sąd wskazał, co następuje: „Stosownie do treści art. 24 ustęp 2 punkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy (...) nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez

Zamawiającego do wykonawcy o wzięcie takiej zgody. W przypadku zaś kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody, nie zgodził się, na przedłużenie okresu związania ofertą. Za powyższym przemawia również dokonana przez Sąd Okręgowy wykładnia systemowa, to jest odczytanie treści art. 24 ustęp 2 pkt 2 Pzp w świetle powoływanego zresztą przez skarżącego art. 85 ustęp 2 Pzp. Zgodnie z tą normą wykonawca samodzielnie lub na wniosek Zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że Zamawiający może tylko raz, co najmniej na trzy 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 (...)”

Sąd Okręgowy wskazał ponadto, że „tylko więc jeżeli chodzi o przyczyny, których dotyczy art. 24 Pzp, to tylko w przypadku spełnienia przesłanek przewidzianych właśnie w art. 24 Pzp możliwym jest odrzucenie oferty. Konkretnie rzecz biorąc, w przypadku upływu okresu związania ofertą możliwe jest odrzucenie tej oferty tylko w przypadku, kiedy zostaną spełnione przesłanki z art. 24 ustęp 2 punkt 2, a więc w przypadku braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, a więc - jak wskazano powyżej w wywodzie prawnym - po uprzednim wezwaniu. W braku wezwania, pomimo upływie tego terminu, brak jest podstaw dla odrzucenia oferty”.

Z uwagi na powyższe okoliczności, konsekwentnie uznać należy, że wadliwa była również czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, która była skutkiem wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu. W powyższym kontekście wskazać także należy, że skoro brak jest podstaw do wykluczenia lub odrzucenia oferty Odwołującego z powodu braku związania ofertą, to tym bardziej brak jest podstaw do uznania, że po stronie Odwołującego nie zaistniała przesłanka szkody warunkująca dopuszczalność odwołania.

Odwołujący w odpowiedzi na skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od

wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 23 października 2013 r., sygn. akt KIO 2390/13 wniósł jak w skardze, a ponadto zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu

uzasadnionych kosztów postępowania, w tym kosztów poniesionych tytułem wpisu od odwołania

oraz kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący podał, że w pełni popiera zarzuty i wnioski zawarte w skardze oraz w odpowiedzi na nią, podnosi co następuje. W pierwszej kolejności wskazano, iż wyrok Krajowej izby Odwoławczej, w dniu 23 października 2013 r., w „wersji ustnej” znacząco różnił się w swej treści od jego pisemnej wersji doręczonej Odwołującemu w dniu 13 listopada 2013 r.

Uzasadnienie ustne orzeczenia wskazywało, iż Krajowa Izba Odwoławcza oddala

Odwołanie z tego względu, iż w złożonych dokumentach nie znajduje się żadne pisemne oświadczenie Odwołującego które (cyt.) „w sposób transparentny wyrażałoby wolę realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawcę”. Jak zaś wynika z treści pisemnego uzasadnienia orzeczenia, Krajowa Izba Odwoławcza kwestionuje w związku z tym prawo wykonawcy do wniesienia przedmiotowego odwołania, z uwagi na okoliczność, iż w opinii Izby nie posiada on interesu w jego wniesieniu.

Z konkluzją tą nie sposób się zgodzić. Wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego, które z niezrozumiałych przyczyn nie zostało zakończone niezwłocznym wyborem złożonej przez niego oferty, jako oferty najkorzystniejszej, następnie zaś został poinformowany, iż zamówienie - pomimo niezakończenia postępowania prowadzonego przez Zamawiającego - jest już realizowane przez inny podmiot, sam zaś zostaje wykluczony z postępowania wyłącznie z tej przyczyny, iż pomimo niewzwania go przez Zamawiającego do przedłużenia okresu związania swoją ofertą sam nie złożył takiego oświadczenia, niewątpliwie posiada interes we wniesieniu odwołania, tak prawny jak i majątkowy.

Wykonawca Dariusz Armatys, jako jedyny złożył ofertę na realizację przedmiotu zamówienia w prowadzonym w formie przetargu nieograniczonego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Świadczenie usług w zakresie transportu dzieci szkolnych i młodzieży gimnazjalnej z terenu gminy Lisia Góra do szkół podstawowych i gimnazjalnych na terenie gminy w roku szkolnym 2013/2014. Jako jedyny wykonawca uczestniczący w postępowaniu, odwołujący liczył na udzielenie zamówienia publicznego. Brak wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty czy też jej uzupełnienia czynił oczywistym, iż zamówienie winno zostać mu udzielone.

Z uwagi na okoliczność, iż z dniem 2 września 2013 r., pomimo braku rozstrzygnięcia przetargu, usługi transportowe będące jego przedmiotem, zaczęła świadczyć inna firma - Arriva Sp. z o.o. w Toruniu, która nie składała oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w formie przetargu nieograniczonego, zaś z informacji uzyskanych od pracowników Urzędu Gminy odwołujący powziął wiadomość, iż z firmą tą podpisano umowę na świadczenie usług przez cały okres roku szkolnego 2013/2014, odwołujący pozostawał w uzasadnionym przekonaniu, iż postępowanie prowadzone przez zamawiającego, w którym złożył swoją ofertę, zostało zakończone bez poinformowania go o tym fakcie, zaś firmie faktycznie świadczącej usługi, udzielono zamówienia z wolnej ręki.

Z tego względu odwołujący domagał się udzielenia wyjaśnień co do terminu i sposobu zakończenia postępowania, o którym nie został powiadomiony, jak również udzielenia informacji co do trybu udzielenia zamówienia innemu podmiotowi, pozostając w przekonaniu, iż ewentualne udzielenie mu zamówienia, będzie musiało zostać poprzedzone unieważnieniem

umowy (a jak się następnie okazało - wielu umów) zawartych z firmą Arriva sp. z o.o. w Tpruniu.

Z tej przyczyny, dążąc ostatecznie do osiągnięcia celu jakim jest udzielenie mu zamówienia, na którego realizację złożył ofertę, odwołujący zawiadamiał Zamawiającego, iż w przypadku potwierdzenia informacji, iż Zamawiający udzielił zamówienia podmiotowi, który nie złożył oferty w postępowaniu, będzie domagał się rozwiązania takiej umowy.

W tych okolicznościach, nie sposób podzielić stanowiska Izby, jakoby odwołujący nie wyrażał w sposób transparentny woli realizacji zamówienia. Nie sposób również zrozumieć jaki inny cel miałby przyświecać odwołującemu przy domaganiu się rozwiązania umów zawartych z innym podmiotem, z naruszeniem Ustawy prawo zamówień publicznych, jak nie powierzenie właśnie jemu realizacji przedmiotu zamówienia.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, w jej ocenie odwołujący nie był uprawniony do wniesienia odwołania, gdyż nie będąc związanym ofertą w dniu jego wniesienia, nie mógł skutecznie domagać się od zamawiającego uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Jak wynika z uzasadnienia skarżonego wyroku, zdaniem izby o braku związania odwołującego ofertą przesądzał fakt, iż odwołujący nie wskazał Zamawiającemu w sposób transparentny, iż czuje się

związany swoją ofertą, pomimo upływu okresu związania nią.

W tym miejscu należy wskazać iż żaden przepis ustawy prawo zamówień publicznych nie nakłada na wykonawcę obowiązku złożenia oświadczenia o tym, iż czuje się on związany ofertą. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 uPzp wskazuje jednoznacznie, iż wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. Aby wykonawca mógł nie zgodzić się na przedłużenie okresu związania ofertą, musiałby złożyć w tym zakresie stosowne oświadczenie o braku zgody, bądź, nie złożyć żadnego oświadczenia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do jego złożenia, pod rygorem uznania, że zgody takiej nie wyraża. Skoro jednak w okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający w ogóle nie zwracał się do Wykonawcy z żądaniem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, zaś Wykonawca z własnej inicjatywy o braku takiej zgody nie informował Zamawiającego, a jednocześnie żaden przepis ustawy nie wskazuje, aby Wykonawca zobowiązany był do potwierdzania woli związania ofertą w okresie dłuższym niż zastrzeżony w SIWZ ani by brak oświadczenia wykonawcy poczytywany był za brak zgody na przedłużenie tego okresu, ustalenie przez Izbę, iż brak jednoznacznego oświadczenia w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą jest jednoznaczny z oświadczeniem o odmowie jego przedłużenia, nie znajduje podstawy prawnej.

Jak słusznie wskazała KIO w wyroku z dnia 19 marca 2012 r., sygn. akt KIO 459/12: Do momentu upływu końcowego terminu związania chroni oblata (zamawiającego) i przysługują mu prawo przyjęcia oferty i prawo żądania zawarcia umowy, zaś w przypadku uchylenia się składającego ofertę (wykonawcy) uprawnienia oblata do zatrzymania wadium. Po upływie terminu związania ofertą instytucja ta chroni składającego ofertę, tj. daje mu prawo do

a

uchylenia się od zawarcia umowy bez możliwości poniesienia tego negatywnych konsekwencji - nawet w przypadku przyjęcia oferty przez jej adresata i istnienia po jego stronie woli zawarcia umowy.

Upływ terminu związania ofertą nie czyni więc oferty „niewiążącą”, ale powoduje, iż wykonawca ma prawo bez żadnych konsekwencji odmówić zawarcia umowy. To, czy wykonawca z przysługującego mu prawa skorzysta czy też nie, zależy wyłącznie od niego. Ustawa nie nakłada na Wykonawcę obowiązku dokonywania z własnej inicjatywy żadnych czynności, zmierzających do wyartykułowania istnienia po jego stronie woli realizacji zamówienia, pomimo upływu okresu związania ofertą. Wręcz przeciwnie, wymaga od niego wyłącznie jednoznacznej odpowiedzi na ewentualne wezwanie do złożenia oświadczenia w przedmiotowym zakresie, w przypadku, gdyby takiego oświadczenia zażądał sam Zamawiający. Skoro jednak zamawiający nie wystąpił do Wykonawcy z żądaniem wyrażenia zgody, to niezłożenie go z własnej inicjatywy przez Wykonawcę nie może być poczytane za brak takiej zgody.

Stanowisko odmienne, zaprezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą stoi w oczywistej sprzeczności nie tylko z literalnym brzmieniem przepisów uPzp, ale również z historyczną ewaluacją tej ustawy. Należy zwrócić uwagę, iż w pierwotnym brzmieniu art. 94 uPzp nie dopuszczał możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, po upływie terminu związania ofertą. Nowelizacją, która weszła w życie w dniu 11 czerwca 2007 r., do przedmiotowego artykułu dodano ust. 1a, zgodnie z którym ustawodawca dopuścił możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie okresu związania ofertą w sytuacji, gdy zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przesłane do wykonawców przed upływem tego terminu. Tym samym nowelizacja wskazywała a contrario, iż ewentualny upływ tego terminu przed doręczeniem zawiadomień o wyborze najkorzystniejszej oferty, musiał skutkować brakiem możliwości zawarcia umowy. Treścią tego artykułu ustawodawca jednoznacznie wskazał, iż upływ terminu związania ofertą przed dokonaniem rozstrzygnięcia postępowania i zawiadomienia o nim wykonawców, stoi na przeszkodzie do zawarcia umowy.

Jednak nowelizacja z 2008 r. doprowadziła do całkowitej zmiany treści powołanego przepisu. Ustawodawca zdecydował o usunięciu z jego treści wszelkich ograniczeń możliwości zawarcia umowy płynących z faktu upływu terminu związania ofertą. Gdyby więc wola ustawodawcy upływ tego terminu przed wyborem najkorzystniejszej oferty miał mieć jakikolwiek wpływ na możliwość zawarcia umowy, np. jak twierdzi Izba, poprzez utratę mocy wiążącej oferty, dałby temu wyraz w treści nowelizowanego przepisu. Jeśli jednak zawarcie umowy po upływie okresu związania ofertą jest w świetle obowiązujących przepisów dopuszczalne, to tym bardziej za dopuszczalne należy uznać dokonanie wyboru, oferty Wykonawcy, z którym umowa zostanie zawarta.

W zaistniałych okolicznościach, biorąc pod uwagę, iż fakt złożenia oświadczenia w przedmiocie istnienia po stronie wykonawcy woli związania własną ofertą nie może mieć wpływu na ważność i skuteczność złożonej oferty, należy wskazać, iż odwołujący niewątpliwie

posiadał interes w uzyskaniu zamówienia, oraz iż w wyniku czynności wykluczenia go z postępowania doznał szkody w postaci braku zysku z realizacji zamówienia (utracone korzyści), jak również szkody w postaci nieuzasadnionej inwestycji w dodatkowe środki transportu, niezbędne do jego realizacji (szkoda rzeczywista).

Skoro więc Wykonawcy służyło prawo wniesienia odwołania, jego oddalenie należy uznać za bezzasadne. W okolicznościach niniejszej sprawy nie zaistniała żadna z wymienionych przez ustawę w sposób enumeratywny przyczyn wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. W tej sytuacji bezpodstawne wykluczenie i w konsekwencji uznanie złożonej oferty za odrzuconą, które stało się podstawą do unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, narusza przepisy Ustawy prawo zamówień publicznych w stopniu decydującym o nieprawidłowości tego postępowania. Zamawiający unieważnił prowadzone przez siebie postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 uPzp, tj. z tej przyczyny, iż rzekomo nie została w postępowaniu złożona żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Biorąc pod uwagę, iż odrzucenie jedynej złożonej w postępowaniu oferty było bezpodstawne, zasadnym jest wniosek, iż również unieważnienie postępowania nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd na podstawie analizy przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych, a także argumentacji zawartej w złożonych pismach i środkach odwoławczych, zauważa, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtowały się dwa nurty odmiennie interpretujące możliwość dokonania, w postępowaniu w sprawie zamówień publicznych, wyboru najkorzystniejszej oferty po upływie terminu związania ofertą.

Poza sporem pozostaje kwestia dopuszczalności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą. W tej materii jednoznacznie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 24 lutego 2010 roku sygn. akt SK 22/08, wskazując, że przepis art. 94 Pzp reguluje termin zawarcia umowy o wykonanie zamówienia publicznego, przy czym określa on terminy minimalne, jakie muszą upłynąć od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty do dnia jej zawarcia. Trybunał wyraził również przekonanie, które jest zgodne z obecnym stanem prawnym, iż upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podstawą tak sformułowanego poglądu była zmiana dokonana w art. 94 Pzp polegająca na rezygnacji przez ustawodawcę z obowiązku zawarcia umowy w okresie ważności związania ofertą. Przy czym orzeczenie Trybunału zapadło w stanie faktycznym sprawy, w której wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił przed upływem terminu jej związania.

Zdecydowanie odrębną czynnością od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej poprzedzające udzielenie zamówienia i tak poszczególne składy Krajowej Izby Odwoławczej odmiennie zapatrują się na kwestię konieczności pozostawiania w związaniu ofertą na datę wyboru.

Jeden z prezentowanych w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej poglądów, wskazuje że, upływ ustawowo określonego w art. 85 Pzp okresu związania wykonawcy ofertą nie stanowi przeszkody do dokonania oceny takiej oferty, a także - w przypadku uznania jej za najkorzystniejszą - do jej wyboru oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wynika to z faktu, że upływ terminu związania ofertą skutkuje tym, że po stronie wykonawcy nie istnieje obowiązek zawarcia umowy na warunkach podanych w ofercie, a jedynie przysługuje mu prawo do jej zawarcia. Podkreśla się przy tym, że na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o ważności i skuteczności złożonej oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Oferta nie traci bowiem cech oferty i waloru stanowczości.

Częstokroć w ramach omawianej linii orzeczniczej podnoszone są argumenty natury celowościowej, przypominające, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego ma służyć wyborowi najkorzystniejszej oferty i zawarciu z wybranym wykonawcą umowy o zamówienie publiczne. Skoro żaden przepis prawa nie zakazuje wyboru oferty, którą wykonawca nie jest związany, nie ma podstaw, aby nie dokonać rozpatrzenia i oceny takiej oferty. Tym samym przedłużenie terminu związania ofertą wykonawców leży przede wszystkim w interesie zamawiającego, aby profesjonalnie i sprawnie przeprowadzić postępowanie przetargowe. Dzięki temu ma on pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo wpływającego czasu. Wskazuje się, że zamawiający powinien wystąpić do wykonawcy z zapytaniem, czy jest gotowy mimo braku związania ofertą zawrzeć umowę na warunkach wskazanych w ofercie. Gotowość wyrażona przez wykonawcę obliguje zamawiającego do

zawarcia umowy, jeśli oferta ta jest najkorzystniejsza. Tymczasem terminy związania ofertą wskazane w art. 85 Pzp jedynie chronią wykonawcę, zapewniając mu możliwości uchylenia się od zawarcia umowy w przypadku utraty zainteresowania realizacją treści oferty. Powyżej opisane stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza przedstawiła w wyrokach z dnia 5 lutego 2013 r. KIO 124/13, LexPolonica nr 5139857, z dnia 4 września 2013 roku KIO 2019/13, LexPolonica nr 8172228, z dnia 19 marca 2012 r. Legalis nr KIO 459/12, z dnia 2 kwietnia 2013 r. KIO.655/13 Legalis nr 742217, z dnia 17 kwietnia 2013 r. KIO 719/13, Legalis nr 742225, z dnia 24 maja 2011 r. KIO/KD 44/11, Legalis nr 750216.

Odnosić należy również poglądy przeciwne, wyrażone w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2012 r. KIO 1924/12, Legalis nr 586541, z dnia 31 stycznia 2013 r. KIO 109/13, Legalis nr 734450, z dnia 4 października 2012 r. KIO 2020/12, Legalis nr 640898, w myśl których skutki wygaśnięcia związania ofertą należy definiować i rozpoznawać na gruncie norm kodeksu cywilnego, których przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w tym zakresie nie modyfikują, ale pozostają z nimi w pełnej zgodności i korelacji. Przede wszystkim konsekwencje upływu terminu związania ofertą należy oceniać przez pryzmat art. 66 k.c., na podstawie którego stan związania ofertą jest istotnym, konstytutywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy, stanowiącego ofertę. Oferta wygasa wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym oferent był swoją ofertą związany. Wskazuje się, że ustawa Prawo zamówień publicznych [art. 85] nie stanowi *expressis verbis* o konieczności utrzymania stanu związania ofertą przez wykonawcę, jednakże wymóg ten w zestawieniu z regulacjami kodeksu cywilnego statuuje, co powoduje konieczność przedłużenia terminu związania ofertą w czasie związania ofertą. W konsekwencji uznano, że o ile ustawa dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, to wybranie oferty, którą wykonawca nie jest związany, narusza prawo.

W ocenie Sądu, drugi z zaprezentowanych poglądów należy uznać za słuszny. Niewątpliwie postępowanie przetargowe jest prowadzone na gruncie przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych, jednak nie można rozpatrywać go w oderwaniu od zasad jakimi kieruje się prawo cywilne. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych należy traktować jako *lex specialis* w stosunku do regulacji zawartych w kodeksie cywilnym, a w przypadku braku unormowania konkretnej kwestii w ustawie Pzp, zgodnie z art. 14, znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Zarówno doktryna jak i orzecznictwo sądów powszechnych potwierdza cywilistyczny charakter przepisów zawartych w ustawie prawo zamówień publicznych. Wskazuje się, że ustawa o zamówieniach publicznych, będąca w przeważającej części aktem funkcjonalnym, nie tylko nie wyłącza stosowania przepisów kodeksu cywilnego, ale wręcz nakazuje je stosować. Regulacja zawarta w art. 14 pozwala na bezpośrednie przeniesienie przepisów kodeksu cywilnego do postępowania, co w sprawach wątpliwych czy wręcz nieuregulowanych jednoznacznie, przesądza o kierunku interpretacji czy o sposobie dokonywania czynności (tak: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 14, Wyd. 12, Warszawa 2013, P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art.14 Wyd.

3, Warszawa 2012 oraz powołane tam: wyrok SO w Warszawie dnia z 20 stycznia 2004 r., V Ca 2344/03, niepubl., wyrok SO we Wrocławiu z 15 czerwca 2005 r., 11 Ca 512/05, niepubl.).

Ponieważ czynności dokonywane w toku postępowania, jak i umowy będące rezultatem postępowania mają charakter cywilnoprawny, ofertę wykonawcy oraz materię związaną z wygaśnięciem związania ofertą rozpatrywać należy na gruncie art. 66 k.c. W oparciu o ten przepis, ofertą stanowi każde oświadczenie woli stanowiące skierowaną do innej osoby stanowczą propozycję zawarcia umowy wraz z określeniem istotnych dla przyszłej umowy postanowień. Związanie zaś ofertą, polega na tym, że adresat oferty (oblat) może przez przyjęcie oferty doprowadzić do zawarcia umowy o treści określonej w ofercie. W czasie, w którym oferta wiąże oferenta, zawarcie umowy zależy wyłącznie od decyzji jej adresata. Oferent nie ma więc wpływu na zawarcie umowy, choćby jego zamiar uległ po złożeniu oferty zmianie. Przedstawiciele doktryny prezentują przy tym jednoznaczne stanowisko, że istnienie stanu związania ofertą jest koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty (por: Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do art. 66 pod red. M. Pyziak-Szafnicka), a „najczęściej” związanie oferenta trwa tylko przez oznaczony czas, po upływie którego oferta wygasa. Termin związania ofertą jest najczęściej oznaczany przez samego oferenta. W braku takiego oznaczenia określają go właściwe przepisy (art. 66 § 2)” (K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. T. 1, art. 66 Wyd. 7, Warszawa 2013). Piotr Machnikowski podkreśla, że „po nowelizacji kodeksu cywilnego z 14 lutego 2003 r. istnienie stanu związania jako koniecznego skutku złożenia oferty nie jest wyrażone wprost w ustawie (przed nowelizacją art. 66 § 1 wyraźnie stanowił, że oferent jest ofertą związany). Nie ulega ono jednak wątpliwości, gdyż na związanie oferenta jednoznacznie wskazuje art. 66 § 2 i art. 69 KC („oferta [...] przestaje wiązać”) oraz art. 661 § 1 KC („oferta [...] wiąże składającego”). Kommentator stwierdza równocześnie, że propozycja zawarcia umowy, w której składający ją uchylałby stan związania, nie byłaby ofertą (E. Gniewek,

Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych art. 85 ust. 1-4 nie wyłącza stosowania ogólnych zasad związania ofertą wynikających z przepisów kodeksu cywilnego. Czyni to jedynie ust. 5 tego przepisu, który odmiennie od uregulowań kodeksu cywilnego wskazuje sposób liczenia rozpoczęcia biegu terminu związania ofertą, a mianowicie od upływu terminu składania ofert. Natomiast w art. 85 ust. 1 przewidziana jest modyfikacja, zmieniająca regułę z art. 66 jedynie w ramach podmiotu wyznaczającego pierwotny okres związania ofertą. Następuje tu przesunięcie obowiązku oznaczenia terminu związania ofertą ze składającego ofertę na jej adresata (zamawiającego). Przewidziana została również możliwość przedłużenia terminu związania ofertą na wniosek zamawiającego jak i samodzielnie przez wykonawcę. Zakres zmian w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego i art. 66 k.c. został jednak jasno i klarownie wskazany, a w pozostałym zakresie ogólna zasada związania ofertą wynikająca z przepisów kodeksu cywilnego pozostała bez zmian. W ramach procedury przetargowej pozostaje zatem aktualne, że istnienie stanu związania ofertą jest immamentnym elementem konstrukcyjnym oferty, a skutki wygaśnięcia związania ofertą należy definiować i rozpoznawać w oparciu o normy kodeksu cywilnego.

W tym kontekście słuszne jawi się stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 24 września 2012 r., sygn. akt KIO 1924/12, że „rt. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi *expressis verbis* o konieczności utrzymania stanu związania ofertą przez wykonawcę, jednakże wymóg ten w zestawieniu z regulacjami KC statuuje, co powoduje konieczność przedłużenia terminu związania ofertą w czasie związania ofertą”. W przeciwnym razie wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym oferent był swoją ofertą związany, oferta wygasa. Wybór oferty najkorzystniejszej musi zatem nastąpić w terminie związania ofertą, a wykonawca winien być związany złożoną ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert.

Zwrócić również trzeba uwagę na zmiany ustawodawcze, które zachodziły na przestrzeni ostatnich lat w art. 85 Pzp. Do czasu nowelizacji z roku 2008 przepis art. 85 ust. 2 Pzp przewidywał możliwość przedłużenia terminu związania ofertą jedynie z inicjatywy zamawiającego. W obecnym brzmieniu wykonawca również samodzielnie może przedłużyć termin związania ofertą, a zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak, niż 60 dni. Ustawodawca dostrzegł, że dotychczas jedynie od woli zamawiającego zależało czy faktycznie wykonawca będzie związany ofertą po upływie pierwotnie określonego terminu związania i mogące z tego tytułu pojawić się komplikacje, w postaci braku występowania z inicjatywą przez zamawiającego, w celu wyeliminowania wykonawcy z udziału w postępowaniu przetargowym. Dokonana zmiana przepisu art. 85 i powierzenie wykonawcy możliwości samodzielnego przedłużania okresu związania ofertą, przy nieograniczeniu liczby tej czynności wskazuje, że ustawodawca dostrzega prawną doniosłość i potrzebę występowania elementu związania ofertą w momencie dokonywania wyboru przez zamawiającego. W przeciwnym razie wprowadzenie regulacji przedłużania okresu związania byłoby zbędne, skoro wykonawcy i bez takiego przedłużania mogliby liczyć na pozostawanie ich oferty w postępowaniu.

Nie ulega wątpliwości, że dokonana zmiana art. 85 ust. 2 Pzp przerzuca obowiązek zadbania o ważność oferty na wykonawcę, który, nie czekając na wezwanie zamawiającego, powinien złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Opieszałość i bierność wykonawcy w tym zakresie będzie traktowana jako rezygnacja z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 grudnia 2010 r. VI Ga 240/2010, LexPolonica nr 2810178, Wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2013 r. KIO 1370/13, Legalis nr 738282). W przedmiotowej sprawie wykonawca jako profesjonalista winien, dochować należytej staranności i zadbać o to by jego oferta wiązała w określonym czasie, co determinowało jego dalsze uczestnictwo w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca uchybił przepisowi art. 85 ust. 2 Pzp, albowiem mógł złożyć oświadczenie, że czuje się związany ofertą, miał ku temu czas i sposobność, a wbrew ustawie tego nie uczynił. Termin związania ofertą wynosił 30 dni i kończył bieg 20 września 2013 r. Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i nie zwracał się do odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a odwołujący nie przedłużył samodzielnie terminu związania ofertą. Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należało, że odwołujący należytej staranności nie dochował i w rezultacie nie mógł być brany pod uwagę przy wyborze przez zamawiającego oferty.

Ponadto podkreślić należy, że ani wniesienie przez odwołującego odwołania, ani skierowanie pism z 5 i 18 września 2013 r. nie stanowi przesłanki do uznania, że wykonawca miał wolę przedłużenia okresu związania z ofertą, albowiem oświadczenia woli wykonawcy w tym zakresie nie może mieć charakteru dorozumianego, ale winno być wyrażone wprost. „Oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą winno być złożone w

sposób wyraźny i jasny, w formie w SIWZ przewidzianej i dopuszczanej wart. 27 Pzp. Nie podlega ono ustaleniu na podstawie innych czynności w wykonawcy - korespondencji z zamawiającym, wnoszenia środków ochrony prawnej, wykonywania czynności faktycznych lub prawnych związanych z przedłużaniem ważności wadium" (por. wyrok KIO z dnia 4 września 2012 r. KIO 1924/12, Legalis nr 586541).

Nie sposób podzielić stanowiska skarżącego, iż z wykładni systemowej i celowościowej przepisów art. 85 ust. 2 i art. 7 ust. 1, wynika obowiązek zamawiającego, jako podmiotu odpowiedzialnego za profesjonalne przeprowadzenie postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, do wezwania wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą. Takie wezwanie nie jest bowiem obowiązkiem zamawiającego jak literalnie wynika z art. 85 ust. 2 Pzp. Na brak obligatoryjności w tym zakresie jednoznacznie wskazuje, użycie słowa „może” w treści przepisu. Świadczy o tym, również zmiana tego przepisu na mocy której, wykonawca może samodzielnie złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, bez obowiązku oczekiwania na stosowne wezwanie ze strony zamawiającego. W tym zakresie ustawodawca wyposażył wykonawców w odpowiednie uprawnienie do ochrony swoich interesów w postępowaniu i przerzucił na nich ciężar podejmowania aktywności w zakresie pozostania uczestnikiem postępowania poprzez niedopuszczenie do wygaśnięcia terminu związania ofertą. Na zamawiającego natomiast nie

nałożono żadnego obowiązku w tym zakresie, a nawet ograniczono do jednokrotnego wezwania

4

jego możliwość wystąpienia do wykonawcy o przedłużenie terminu.

Sąd zauważa przy tym, że powołane przez skarżącego, orzeczenie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie sygn. akt VI Ga 192/10, nie przesądza, o tym, że art. 85 ust. 2 Pzp statuuje po stronie zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą. Orzeczenie dotyczyło bowiem zarówno innego stanu faktycznego jak i problemu prawnego, a mianowicie niemożności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 Pzp bez zastosowania instytucji wezwania wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą.

W ocenie Sądu, przeciwnie do stanowiska zajętego przez autora skargi, wybór oferty, której termin związania wygaś, pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Prowadzi bowiem do nieuprawnionego zrównania sytuacji wykonawców, którzy znajdują się w okresie związania ofertą i są zobligowani do zawarcia umowy, a w przeciwnym wypadku zagrożeni utratą wadium czy też roszczeniem odszkodowawczym, z wykonawcami, którym przysługuje jedynie prawo do zawarcia umowy i nie ponoszą żadnego ryzyka w związanego z ewentualną odmową.

W niniejszej sprawie podstawę odrzucenia oferty wykonawcy stanowi art. 89 ust. 1 Pzp, albowiem oferta złożona przez odwołującego z racji nieprzedłużenia terminu związania jest nieważna i w związku z tym niezgodna z ustawą, a w rezultacie wykonawca nie powinien ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty wykonawcy wskazał art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wykluczenie wykonawcy na podstawie tego przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody, a w niniejszej sprawie nie miało to miejsca. Błędna podstawa odrzucenia oferty wskazana przez zamawiającego, a to art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, nie wpływa jednak na skuteczność dokonanej czynności odrzucenia złożonej oferty oraz czynności unieważnienia przetargu na podstawie przepisu art. 93 ust 1 pkt 1 Pzp. Trzeba jednak przyznać, że istnieją również poglądy, iż niefortunna konstrukcja art. 85 pzp może nastroczać pewne wątpliwości interpretacyjne, szczególnie w kontekście dokonanych nowelizacji tego przepisu, o których była powyżej mowa. Zdaniem niektórych autorów (tak: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 85, Wyd. 12, Warszawa 2013,) art. 24 ust 2 pkt 2 może znaleźć zastosowanie w sytuacjach gdy wykonawca z własnej inicjatywy nie przedłużył okresu związania ofertą. W konsekwencji, zarzut naruszenia art. 179 pzp. nie mógł także się ostać. Skoro bowiem składający ofertę został wykluczony z postępowania przetargowego, to nie miał interesu prawnego w tym aby ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Tym samym odwołanie wykonawcy nie mogło zostać merytorycznie rozstrzygnięte poprzez kontrolę czy spełnił on wszelkie niezbędne warunki ku temu aby jego oferta w postępowaniu przetargowym została przyjęta i w rezultacie doszłoby do zawarcia umowy, ' / .daniem sądu okręgowego wykonawca posiadał wyłącznie interes prawny w ustaleniu czy zamawiający uchybił przepisom ustawy o zamówieniach publicznych poprzez wykluczenie go z postępowania

przetargowego. Dalsze czynności zamawiającego pozostawały w konsekwencji poza koniecznością ich kontroli w postępowaniu wywołanym złożonym odwołaniem.

W tym stanie rzeczy, mając na względzie powołane przepisy, należało orzec jak w sentencji wyroku.