

WYROK

z dnia 5 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Marzena Ordysińska
Anna Osiecka

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2018 r. przez wykonawcę

Damovo Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Centrum Obsługi Administracji Rządowej

ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Centrum Obsługi Administracji Rządowej unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Damovo Polska Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością,

2. kosztami postępowania obciąża Centrum Obsługi Administracji Rządowej i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Damovo Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od

odwołania,

2.2. zasądza od Centrum Obsługi Administracji Rządowej na rzecz Damovo Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 307/18

Zamawiający - Centrum Obsługi Administracji Rządowej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „serwis pogwarancyjny centrali telefonicznej firmy Ericsson/Aastra typu MiVoice MXOne Telephony Switch” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 12 grudnia 2017 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 631794. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący - Damovo Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w następującym zakresie:

1. art. 85 ust. 2 poprzez jego niewłaściwą interpretację polegającą na przyjęciu, że niezłożenie przez wykonawcę, bez wezwania Zamawiającego, oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą skutkuje jej wygaśnięciem lub niemożnością dokonania wyboru tej oferty przez Zamawiającego,
2. art. 89 ust. 1 pkt 7a poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, wbrew treści tego przepisu, iż znajduje on zastosowanie nie tylko w przypadku niewyrażenia przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w warunkach określonych w art. 85 ust. 2, tj. w odpowiedzi na wniosek zamawiającego, ale także w przypadku niezłożenia przez wykonawcę, bez wezwania zamawiającego, oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, a w konsekwencji bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za podlegającą odrzuceniu i odrzuceniu tej oferty, tym bardziej, iż Odwołujący pismem z 14 lutego 2018 r. złożył oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą,
3. art. 93 ust. 1 poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na unieważnieniu postępowania, pomimo iż nie istniały żadne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego, tym bardziej, iż Odwołujący pismem z 14 lutego 2018 r. złożył oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą, zatem nie istniała także podstawa do zastosowania powyższego przepisu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia ofert, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

dokonania oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę w pełni spełniającą postawione przez Zamawiającego warunki oraz rzeczywistą i racjonalną kalkulację ceny ofertowej, pozwalającą na prawidłową realizację przedmiotowego zamówienia w ramach kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. W związku z nieprawidłowościami w zakresie wezwania przez Zamawiającego wykonawcy DIR W. R., Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z 17 stycznia 2018 r., sygn. KIO 34/18 nakazała Zamawiającemu ponowne wystąpienie do tego wykonawcy o przekazanie wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji

ceny oferty. Negatywna ocena tych wyjaśnień skutkować mogła zatem odrzuceniem tej oferty, a w konsekwencji Odwołujący mógł liczyć na wybór jego oferty w postępowaniu, zaś bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego oferty Odwołującego za podlegającą odrzuceniu oraz odrzucenie tej oferty, a następnie unieważnienie postępowania przetargowego pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Naruszenie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa przez Zamawiającego prowadzić może zatem do powstania po stronie Odwołującego szkody majątkowej z uwagi na pozbawienie zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia. Zatem uznanie przez Zamawiającego oferty Odwołującego za podlegającą odrzuceniu oraz odrzucenie tej oferty, a następnie unieważnienie postępowania przetargowego w sposób bezpośredni narusza interes Odwołującego pozbawiając go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że pismem z 14 lutego 2018 r., doręczonym Zamawiającemu przed doręczeniem Odwołującemu pisma Zamawiającego o unieważnieniu przetargu, złożył Zamawiającemu oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą. Okoliczność ta stanowi samodzielną przesłankę uwzględnienia odwołania w niniejszej sprawie. W chwili doręczenia Odwołującemu pisma Zamawiającego z 7 lutego 2018 r. Odwołujący związany był złożoną przez siebie ofertą, co niezależnie od przedstawionej niżej argumentacji wyłączało możliwość unieważnienia postępowania w niniejszej sprawie.

Wbrew stanowisku Zamawiającego w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych brak jest przepisów dających podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy, który bez wezwania zamawiającego nie złożył oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą. Brak jest także podstaw do uznania, że upływ terminu związania ofertą powoduje jej nieważność lub niezgodność z ustawą albo czyni tę ofertę nieskuteczną - jedyną rozważaną konsekwencją takiego stanu może być bowiem brak istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia

umowy. W konsekwencji brak jest podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 1 lub pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wyroku z 11 lutego 2016 r., sygn. KIO 111/16 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o ważności i skuteczności oferty, lecz jedynie o braku po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Upływ terminu związania ofertą nie powoduje więc ani jej nieważności, ani jej niezgodności z ustawą.

Uznać należy zatem, iż przepisy art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych mają na celu wyłącznie zapewnienie wykonawcom możliwości uchylenia się od podpisania umowy w sytuacji, gdy na skutek upływu czasu mogą oni już nie być zainteresowani podpisaniem umowy na warunkach zaproponowanych w ofertach. Brak jest natomiast jakichkolwiek podstaw prawnych dla uznania, iż oferta taka nie może zostać wybrana w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub że powinna zostać odrzucona.

Zgodnie z treścią obecnie obowiązujących przepisów skutek odrzucenia oferty wykonawcy nie jest w żaden sposób związany z brakiem związania ofertą, ale z wyłącznie niewyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stanowisko takie wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 6 lutego 2017 r., sygn. KIO 151/17 oraz w wyroku z 7 marca 2017 r., sygn. KIO 324/17 wskazując, iż wobec faktu, że przesłanką odrzucenia oferty nie jest sam brak związania ofertą, nie można sytuacji, w której wykonawca nie przedłuży terminu związania ofertą samodzielnie traktować na równi z brakiem przedłużenia okresu związania na wezwanie zamawiającego. Sankcja odrzucenia oferty, zgodnie z treścią przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych związana jest bowiem wyłącznie z odmową przedłużenia terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego. Podobne stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z 17 stycznia 2014 r., sygn. IX Ga 392/13 stwierdzając, że nieprzedłużenie związania ofertą w sytuacji braku wezwania przez zamawiającego nie może być traktowane jako równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego. W uchwale z 11 sierpnia 2015 r., sygn. KIO/KD 43/15 Izba wskazała, że wykluczenie wykonawcy nie jest możliwe wówczas, gdy wykonawca samodzielnie nie przedłuży okresu związania ofertą (bez wniosku zamawiającego), lecz tylko wówczas, gdy na wezwanie zamawiającego nie wyrazi zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Zatem wykluczenie wykonawcy z postępowania może nastąpić tylko w odniesieniu do jednej z sytuacji określonych w art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w przypadku, gdy zamawiający uprzednio wezwał wykonawcę do przedłużenia okresu związania ofertą, lecz ten nie wyraził zgody na przedłużenie tego okresu. Przepisy ustawy nie wyłączają możliwości badania, oceny i wyboru oferty, której termin związania upłynął. Pomimo upływu terminu związania ofertą można zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego. Upływ terminu związania ofertą powoduje jedynie, że

wykonawca nie ma obowiązku zawarcia umowy, a co za tym idzie - nie ponosi negatywnych konsekwencji niezawarcia umowy.

Zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie

z dokumentacji przetargowej ani z przepisów obowiązującego prawa.

Skoro zatem żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewiduje sankcji odrzucenia oferty wykonawcy, co do której upłynął termin związania, zaś Zamawiający nie

dokonał wezwania do przedłużenia okresu związania ofertą, to brak jest podstaw do

zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie unieważnienia postępowania, jak miało to miejsce w niniejszym przypadku. Zamawiający może zatem dokonać wyboru takiej oferty w postępowaniu przetargowym, przy czym wykonawca w tym przypadku będzie miał możliwość skutecznego uchylenia się od jej zawarcia.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w całości, a w przypadku nieuwzględnienia

przez Krajową Izbę Odwoławczą argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego,

o oddalenie odwołania jako wniesionego przez podmiot, który nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku, o oddalenie odwołania w całości, jako całkowicie bezzasadnego.

Zamawiający wskazał, że 29 stycznia 2018 r., zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu. W tym samym piśmie poinformował również o ponownym przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert. W tym samym dniu wezwał wykonawcę DIR W. R. do złożenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie kosztów świadczenia usług, o których mowa w rozdziale I opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca w wyznaczonym terminie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego. Jednak 4 lutego 2018 r. upłynął termin związania ofertami i żaden z wykonawców go nie przedłużył w terminie umożliwiającym Zamawiającemu przyjęcie oświadczenia o przedłużeniu terminu, co zostało szczegółowo wskazane w informacji o unieważnieniu postępowania. Wobec tego Zamawiający 14 lutego 2018 r., pismem z 7 lutego 2018 r., poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. 19 lutego 2018 r. zostało wniesione przedmiotowe odwołanie, w tym w zakresie unieważnienia przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania.

Wobec powyższego, w ocenie Zamawiającego, odwołanie podlega odrzuceniu. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W art. 180 ust. 2 zawarty jest zamknięty katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje, tj.:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu, 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, 4) odrzucenia oferty odwołującego, 5) opisu przedmiotu zamówienia, 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

W przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca wyłączył prawo zaskarżenia decyzji zamawiającego, tj. czynności unieważnienia postępowania. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdzić należy, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie powinno być odrzucone. Niezależnie zatem od okoliczności faktycznych stanowiących podstawę unieważnienia postępowania o wartości poniżej progów unijnych, ocena czynności Zamawiającego w tym względzie pozostaje poza właściwością KIO, co wynika wprost z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z ostrożności procesowej Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania z uwagi na to, że w odniesieniu do Odwołującego nie została spełniona przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. brak jest po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu termin związania ofertą upłynął 4 lutego 2018 r. Do upływu tego terminu żaden z wykonawców uczestniczących w postępowaniu nie złożył oświadczenia o jego przedłużeniu, co stanowi okoliczność bezsporną. Takie oświadczenia wpłynęły do Zamawiającego już po upływie pierwotnego terminu związania ofertą, tj. jedno 6 lutego 2018 r. (wykonawca DIR W. R.), drugie 14 lutego 2018 r. (Odwołujący). W ocenie Zamawiającego, w sytuacji prawnej, w jakiej znalazła się w niniejszym postępowaniu oferta Odwołującego, Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący nie może skutecznie domagać się od Zamawiającego zawarcia umowy, co skutkuje tym, że nie może również ponieść szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym powstania po stronie Odwołującego szkody majątkowej. Art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych ustanawia ogólną zasadę, że środki ochrony prawnej przysługują tylko tym uczestnikom postępowania, którzy mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia oraz ponieśli lub mogli ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny swojego interesu oraz możliwości poniesienia w stanie faktycznym niniejszej sprawy szkody w wyniku działań Zamawiającego, w tym powstania po stronie Odwołującego szkody majątkowej, z uwagi na pozbawienie zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, że uznanie przez Zamawiającego oferty Odwołującego za podlegającą odrzuceniu oraz odrzuceniu tej oferty, a następnie unieważnienie postępowania przetargowego, w sposób bezpośredni narusza interes Odwołującego pozbawiając go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Powyższe stanowisko Zamawiającego potwierdza również wyrok KIO, sygn. 828/17 z 16 maja 2017 r., zgodnie z którym w sprawie możliwości wyboru oferty wykonawcy, kiedy upłynął termin jej związania, Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, bowiem nie może skutecznie domagać się od Zamawiającego wyboru jego oferty i zawarcia z nim umowy. Dlatego też odwołanie podlega oddaleniu. Trzeba ponownie podkreślić, że celu odwołania należy upatrywać w poprawieniu sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotu, który z tego środka korzysta, a więc doprowadzenia do stanu, kiedy wykonawca może skutecznie domagać się, aby zamawiający jego ofertę ocenił i wybrał jako najkorzystniejszą. W konsekwencji nie została spełniona przesłanka dotycząca szkody, bowiem wykonawca, który nie może uzyskać zamówienia nie może tym samym ponieść uszczerbku majątkowego.

Zamawiający nie znajduje też podstaw uzasadnienia twierdzenia Odwołującego, jakoby mógł on liczyć na wybór jego oferty w przedmiotowym postępowaniu. Oferta Odwołującego znajdowała się na drugim miejscu w rankingu ofert, a w wyniku wyroku KIO z 17 stycznia 2018 r. nie uzyskała w dalszym ciągu największej liczby punktów. Odwołujący twierdzi, że ocena wyjaśnień wykonawcy DIR W. R. mogła być negatywna, co rzekomo potwierdza interes Odwołującego we wniesieniu odwołania. Jednak na uwagę zasługuje, że wobec upływu terminu związania ofertą w stosunku do obu wykonawców Zamawiający nie dokonał oceny dokumentów i dowodów złożonych przez tego wykonawcę, a tym samym spekulacja Odwołującego o wyniku oceny jest przedwczesna i nie znajduje podstaw w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący zatem nie wykazał przesłanki, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Również zawarte w odwołaniu zarzuty są bezpodstawne i nie mogą podlegać uwzględnieniu. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, że okoliczność doręczenia Zamawiającemu oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą przed doręczeniem Odwołującemu pisma Zamawiającego z 7 lutego 2018 r., zawierającego zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, może stanowić przesłankę do uwzględnienia odwołania. Bezspornym bowiem jest, że w niniejszym postępowaniu termin związania ofertą minął 4 lutego 2018 r., czego Odwołujący nie kwestionuje. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą Odwołujący złożył dopiero 14 lutego 2018 r., dlatego twierdzenie Odwołującego, że w chwili doręczenia mu pisma z 7 lutego był on związany złożoną przez siebie ofertą mija się z prawdą, gdyż od 4 lutego do dnia 14 lutego Odwołujący związany swoją ofertą nie był.

W ocenie Zamawiającego o skutecznym przedłużeniu terminu związania ofertą można mówić jedynie wówczas, gdy oświadczenie w tym względzie zostanie przedłożone zamawiającemu przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą. Zgodnie z wyrokiem KIO, sygn. 2097/17 z 23 października 2017 r. wykonawcy, gdy są zainteresowani pozyskaniem zamówienia, mają instrument, z którego mogą, i z którego, zdaniem Izby, powinni korzystać w celu utrzymania stanu związania ofertą w sytuacji przedłużającego się postępowania. 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 Prawo zamówień publicznych 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 wola ustawodawcy było szersze rozumienie terminu „zgody” i dlatego wprowadził obecnie odesłanie do art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych 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. 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. Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że brak jest podstaw do uznania, że upływ terminu związania ofertą powoduje jej nieważność lub niezgodność z ustawą albo czyni tę ofertę nieskuteczną. Zdaniem Zamawiającego oferta wykonawcy wygasa wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym wykonawca był nią związany. Nieprzedłużenie tego okresu przez wykonawcę przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą albo złożenie oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą w terminie późniejszym należy ocenić jako złożenie nowej oferty, co nie jest dopuszczalne w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego okres, na jaki wykonawcy pozostają związani złożonymi ofertami, został uregulowany w art. 85 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie ustawodawca w ust. 2 tego przepisu dopuścił możliwość przedłużenia pierwotnego terminu związania ofertami w sposób nieograniczony co do ilości i okresu - samodzielnie przez wykonawców bądź jednokrotnie na wniosek zamawiającego. Tak szczegółowe uregulowania w zakresie możliwości

przedłużenia terminu związania ofertą wskazują na doniosłość prawną instytucji terminu związania ofertą i fakt, że jest ona immanentnym elementem złożonej oferty. Na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wybór oferty najkorzystniejszej musi

nastąpić w terminie związania ofertą, a wykonawca musi być związany złożoną przez siebie

ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują możliwości przywrócenia biegu terminu związania ofertą, a oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą musi wpłynąć do zamawiającego przed upływem tego terminu. Stanowisko przeciwne umożliwiałoby w praktyce w zasadzie niczym nie ograniczone możliwości manipulowania wynikiem postępowań przez wykonawców, w tym do uchylania się od zawarcia umowy, co z kolei wypaczałoby sens żądania określenia terminu związania ofertą, który stanowi gwarancję równości i uczciwej konkurencji dla każdego wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 31 stycznia 2013 r., sygn. KIO 109/13 wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym wykonawca był swoją ofertą związany, oferta wygasa. Tym samym staje się ona ofertą jedynie w znaczeniu historycznym lub substratem materialnym oferty, a nie wiążącym wykonawcę oświadczeniem woli o gotowości zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach. Także przyjęcie oferty, która wygasa, nie będzie zgodne z warunkami przetargu determinowanymi przez przepisy ustawy, ale będzie przyjęciem nowej, innej oferty.

Skoro więc w niniejszym postępowaniu przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej obaj wykonawcy przestali być związani złożoną przez siebie ofertą i nie przedłużyli terminu związania ofertą, ich oferty podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, a to z kolei determinowało unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest mowa wyraźnie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Zgodnie ze słownikowym rozumieniem słowa „przedłużyć”, co znaczy „sprawić, że coś trwa dłużej, niż przewidywano”, uznać należy, że zamiarem ustawodawcy było zobligowanie wykonawcy do podjęcia działań, które zmierzałyby do utrzymania stanu związania złożoną przez niego ofertą przez kolejny, określony przez tego wykonawcę (lub zamawiającego) okres. W celu utrzymania stanu związania ofertą koniecznym jest zapewnienie jego ciągłości. Nie można bowiem mówić o utrzymaniu stanu związania ofertą (skutecznym jego przedłużeniu), gdy wyznaczony pierwotnie termin związania ofertą upłyne, a wykonawca dopiero po jego upływie wyrazi wolę przedłużenia terminu związania go złożoną przez niego ofertą. W takim przypadku nie można mówić o przedłużeniu tegoż terminu, ale o podjęciu próby jego odnowienia na mocy później wyrażonego oświadczenia woli.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych dla uznania, iż oferta taka (której okres związania minął) nie może zostać

wybrana w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub że powinna zostać odrzucona, co potwierdza przywołane orzecznictwo wskazujące na wygaśnięcie oferty. Skoro ustawodawca przewidział w ustawie Prawo zamówień publicznych 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. W ocenie Zamawiającego badanie i ocena na równi wszystkich ofert, których termin związania został przedłużony i tych, których termin przestał wiązać, a następnie wybór jako najkorzystniejszej oferty, której termin związania wygaś, pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Inna jest bowiem sytuacja prawna wykonawcy wybranego w dacie związania ofertą i wykonawcy wybranego po upływie terminu związania ofertą, który bez negatywnych dla siebie konsekwencji (w tym finansowych) może uchylać się od zawarcia umowy i to także w sytuacji, gdy jego oferta nadal pozostaje zabezpieczona wadium. Prowadzi to do sytuacji, w której wyboru dokonuje się spośród ofert wykonawców, którzy muszą zawrzeć umowę lub tracą wadium i takich, którzy mogą, ale nie muszą zawrzeć umowy, bez negatywnych konsekwencji. Taka sytuacja nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp i narusza art. 7 ust. 1 tej ustawy. Powyższe potwierdzone zostało również przez Sąd Okręgowy w Tarnowie, który w wyroku z 13 lutego 2014 r., sygn. I Ca 495/13 przyjął, że konsekwencje upływu terminu związania ofertą należy oceniać przez pryzmat art. 66 Kodeksu cywilnego, 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. 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. Podobne stanowisko wyraża również Sąd Okręgowy w Gliwicach, który w postanowieniu z 10 listopada 2016 r., sygn. X Ga 458/16 uznał, że z chwilą upływu dnia, do jakiego wyznaczono termin związania ofertą, oferta ta przestaje wiązać wykonawcę. Nadto wskazał, że za nieuprawniony należy uznać pogląd, zgodnie z którym wywodzi się, że skoro dopuszczalne jest zawarcie umowy po upływie terminu związania ofertą, to dopuszczalny jest także wybór oferty, której termin związania wygaś.

Odwołujący nie sprostął obowiązкови działania z należytą starannością i nie zabezpieczył swoich interesów w dostateczny sposób.

Zamawiający wskazał też, że Odwołującego termin związania ofertą przedłużył do 28 lutego 2018 r., a wykonawca DIR W. R. o 60 dni od 6 lutego 2018 r. Przyjmując nawet zatem zawieszenie biegu terminu z uwagi na wniesione odwołanie, terminy związania w obu przypadkach są różne, a to z kolei powoduje, że dokonując oceny ofert i wyboru spośród nich najkorzystniejszej w okolicznościach faktycznych niniejszego postępowania, Zamawiający naruszyłby art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak jest bowiem w obowiązujących przepisach mechanizmów dla zamawiającego prowadzących do zrównania terminów związania ofertą po ich upływie. To z kolei powoduje, że oferty w postępowaniu byłyby nieporównywalne, a zatem zaistniałyby okoliczności, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec tego i tak w efekcie Zamawiający zmuszony zostałby do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Mając powyższe na uwadze podjęte przez Zamawiającego czynności należy uznać za słuszne i zgodne z prawem.

III Ustalenia Izby

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

Wnosząc o odrzucenie odwołania Zamawiający powołał się na przesłankę wskazaną w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w ustawie Prawo zamówień publicznych.

W art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie - jak w niniejszej sprawie - odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu, 3) wykluczenia odwołującego

z postępowania o udzielenie zamówienia, 4) odrzucenia oferty odwołującego, 5) opisu przedmiotu zamówienia, 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba zgadza się ze stwierdzeniem Zamawiającego, że powyższy katalog czynności rzeczywiście nie obejmuje czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zauważa jednak, że obejmuje czynność odrzucenia oferty Odwołującego, której to czynności odwołanie w pierwszej kolejności dotyczy. Samo zaś unieważnienie postępowania nie jest czynnością samoistną, lecz będącą konsekwencją innych czynności lub stanu faktycznego zaistniałych w postępowaniu.

Zamawiający unieważnił postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3 (zastrzeżenie to dotyczy trybu zapytania o cenę i licytacji elektronicznej i nie dotyczy niniejszej sprawy). Tym samym unieważnienie postępowania było automatyczną konsekwencją odrzucenia przez Zamawiającego wszystkich złożonych ofert. W przypadku zaś stwierdzenia, że w postępowaniu istnieje przynajmniej jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, przyczyna unieważnienia postępowania odpada i - również automatycznie (choć poprzez dokonanie czynności) Zamawiający powinien unieważnić czynność unieważnienia postępowania (co zresztą Izba - dla porządku - nakazała mu w sentencji wyroku, jako że czynność ta, jak wskazano, była jedynie automatyczną konsekwencją pozostałego rozstrzygnięcia wyroku).

Izba stwierdziła również, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania i w tym zakresie, odmiennie od Zamawiającego, uznała argumentację Odwołującego zawartą w odwołaniu (przywołaną powyżej) za słuszną, logiczną i zgodną ze stanem prawnym i faktycznym. Izba zwraca też uwagę, że już samo odrzucenie oferty danego wykonawcy z postępowania w sposób oczywisty uzasadnia jego interes w przywróceniu do tego postępowania. Dotyczy to także sytuacji w stanie faktycznym niniejszego postępowania, gdyż, jak już wskazano, owo przywrócenie zmieniałoby losy postępowania, czyli skutkowałoby unieważnieniem czynności unieważnienia postępowania. Zaś to, czy podniesione zarzuty są słuszne, czy też nie, jest już przedmiotem odrębnej oceny.

Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny pomiędzy Stronami - został on opisany powyżej w stanowiskach Stron.

Oceniając postawiony przez Odwołującego zarzut dotyczący nieuprawnionego odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uznała zarzut za słuszny, a tym samym odwołanie za zasługujące na uwzględnienie.

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w ustawie Prawo zamówień publicznych, na przedłużenie terminu związania ofertą.

Art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Jak wynika z historii brzmienia art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, pierwotnie wskazywał on tylko na możliwość wezwania wykonawców do przedłużenia oferty przez

zamawiającego, na co wyrażali oni zgodę lub nie (i dlatego też tylko do tej okoliczności braku zgody odwoływał się dawny art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który notabene nie uległ zmianie mimo późniejszej zmiany art. 85 ust. 2). Zmiana dotycząca

możliwości złożenia przez wykonawców takiego oświadczenia bez wezwania zamawiającego wynikała z faktu, że zamawiający często tego wezwania nie stosowali, a część wykonawców

przedłużała terminy z własnej inicjatywy, co budziło wątpliwości prawne, choć zasadniczo było akceptowane - zmiana ta miała uporządkować ww. sytuację.

Również artykuł 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, odsyłając do art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odnosi się do niewyrażenia zgody, o której mowa w tym przepisie. Jak wynika z przywołanego powyżej art. 85 ust. 2, w swojej treści rzeczywiście mówi on o „zgodzie” - w jednym miejscu - a mianowicie, że zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu o oznaczony okres. Tym samym przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych bezspornie odnosi się do tej części przepisu.

To, czy zawarte w art. 87 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych pojęcie braku „zgody” można rozszerzyć także na czynność samoistnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę, która - jak słusznie wskazał Odwołujący - de facto nie jest „zgoda”, ale samoistnym oświadczeniem, było sporne od lat. Spór ten toczył się jeszcze na gruncie dawnego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który również używał sformułowania „nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą”. Każdorazowo pogląd ten można jednak uznać za mniejszościowy - zwłaszcza wobec zasady, że przepisów o charakterze sankcyjnym, którym jest również odrzucenie oferty, nie można traktować rozszerzająco i w sposób w nim niewskazany.

Toczący się od lat spór interpretacyjny spowodował wystąpienie przez Krajową Izbę Odwoławczą z zapytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w wyniku którego zostało wydane przywołane w odwołaniu postanowienie z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17. W postanowieniu tym (dotyczącym stanu prawnego i faktycznego istniejącego w Polsce) Trybunał wskazał jako rzecz oczywistą, że artykuł 2 dyrektywy

2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (będący odpowiednikiem polskiego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej (orzeczenie to odnosi się jeszcze do dawnego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale, jak wskazano powyżej, zawarta w nim przesłanka była analogiczna do przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych i spór dotyczył tej samej kwestii). Trybunał zwrócił tu uwagę, że mimo występujących od wielu lat sporów dotyczących Prawa zamówień publicznych, a w szczególności kwestii wpływu terminu związania ofertą, polskie orzecznictwo wypracowało dwie równoległe linie rozumowania, co spowodowało brak pewności prawnej zarówno dla wykonawców, jak i instytucji zamawiających. W tym względzie Trybunał orzekł już, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk (wyrok z 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15). Zasady te tym bardziej stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania, gdy z powodu rozbieżnych stanowisk w orzecznictwie krajowym warunek, którego przestrzeganie jest wymagane, nie wynika nawet z wykładni właściwych uregulowań dokonywanej przez właściwe sądy. Trybunał podkreślił tu też, że warunek dotyczący wpływu terminu związania ofertą wynikający z wykładni w orzecznictwie prawa krajowego oraz z praktyki jednego z organów jest szczególnie niekorzystny dla oferentów mających siedzibę w innych państwach członkowskich, gdyż ich poziom znajomości prawa krajowego i jego wykładni, a także praktyki organów krajowych, nie może być porównywany z poziomem oferentów krajowych. Trybunał pominął przy tym całkowicie wszystkie rozważania cywilistyczne dotyczące m.in. wygaśnięcia oferty czy znaczenia związania ofertą, które zawarła w swoim postanowieniu Izba (tekst postanowienia dostępny na stronie internetowej UZP w zakładce Izby, pod adresem: odesłania-prejudycjalne/kio-215516). Jest to o tyle zrozumiałe, że każde z państw członkowskich ma własne regulacje prawa cywilnego, które w swoich szczegółach nie muszą być zbieżne, natomiast ujednolicenie procedur zamówieniowych musi obejmować całą Unię Europejską; poza tym zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości są naczelnymi zasadami systemu zamówień publicznych i tym samym muszą mieć pierwszeństwo przed przepisami szczególnymi, które zresztą każdorazowo należy interpretować przez pryzmat ww. zasad.

Tym samym nie ma podstaw prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego nawet pomimo upływu terminu związania ofertą, a tym samym i przeszkód prawnych do ewentualnego uznania jej za ofertę najkorzystniejszą i zawarcia z tym wykonawcą umowy.

Wobec powyższego nie ma znaczenia, czy, kiedy i o jaki okres wykonawcy przedłużyli ten termin.

Odpowiadając na wątpliwości Zamawiającego należy jednak zauważyć, że fakt, iż każdy z nich określił inny okres związania ofertą, nie jest podstawą do stwierdzenia braku równego traktowania - jest to wręcz naturalne i wpisuje się w instytucję samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą, gdyż, skoro każdy z nich działał z własnej inicjatywy i niezależnie od innych wykonawców (bez uzgodnienia), trudno wymagać, by wszyscy wskazali identyczny okres. Tylko zamawiający, tak samo wzywając wszystkich wykonawców, wskazuje im ten sam żądany okres.

Na marginesie można też zaznaczyć, że termin związania ofertą od nowelizacji Kodeksu cywilnego w roku 2003 (Dz.U. 2003 Nr 49, poz. 408) nie stanowi już kluczowej cechy oferty zawartej w art. 66 § 1 Kodeksu. W pierwotnej wersji definicja oferty brzmiała bowiem następująco: „Kto oświadczył drugiej stronie wolę zawarcia umowy, określając w oświadczeniu jej istotne postanowienia (oferta), i oznaczył termin, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, ten jest ofertą związany aż do upływu oznaczonego terminu.” Obecnie zaś to jedynie: „Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”. Tylko w § 2 tego artykułu wpisano dyspozytywnie skutki nieoznaczenia tego terminu - i to wyłącznie w postaci dookreślenia tego terminu.

Także w art. 70⁴ § 2 Kodeksu cywilnego została przewidziana możliwość uchylecia się od zawarcia umowy i jej skutki (utrata wadium), i to pomimo związania ofertą, analogiczne jak występujące w ustawie Prawo zamówień publicznych (art. 46 ust. 5 oraz 94 ust. 3 - utrata wadium i wybór kolejnej oferty). Tym samym brak związania ofertą na gruncie prawa cywilnego nie jest aż tak znaczący, jak wywodził Zamawiający.

Izba przypomina także Zamawiającemu, że z zasady równego traktowania wykonawców wynika, że wszystkich wykonawców w postępowaniu, będących w tej samej sytuacji, Zamawiający powinien traktować jednakowo, nawet jeśli nie skorzystali ze środków ochrony prawnej.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: