

Sygn. akt: KIO/KU 24/19

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 4 kwietnia 2019 roku

Po rozpatrzeniu w dniu 4 kwietnia 2019 roku w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez Zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.**, w imieniu którego postępowanie prowadzi **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Centralny z siedzibą w Warszawie** dotyczących wyniku kontroli uprzedniej w zakresie poprawności zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych dla zamówienia sektorowego, wskazującej na naruszenie przez Zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Trakcja PRKiL S.A., pomimo braku związania ofertą przez tego wykonawcę przez cały okres oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz

Wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu
Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie**

UZASADNIENIE

Przeprowadzona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrola uprzednia zamówienia sektorowego dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego przy uwzględnieniu procedury odwróconej, na *Rewitalizację linii kolejowej nr 59 na odcinku granica państwa — Chryzanów (S) oraz Prac inwestycyjnych na przejściu granicznym Siemianówka — Swisłocz w ramach projektu pn. „Poprawa stanu technicznego infrastruktury kolejowej w rejonach przejść granicznych, w tym toru szerokiego” (IREZAll — 216-12/18)* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”).

Z akt postępowania kontrolnego wynika, że Zamawiający w określił ostatecznie termin składania ofert w postępowaniu na dzień 08.06.2018 r. oraz termin związania ofertą na okres 90 dni.

Przed upływem terminu związania ofertą, pismami z dnia 22.08.2018 r. Zamawiający zwrócił się na podstawie art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp do każdego z wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 04.11.2018 r.

Pismem z dnia 27.08.2018 r. (wpływ do Zamawiającego 27.08.2018 r.) wykonawca Trakcja PRKiL S.A. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 04.11.2018 r. Wykonawca złożył również aneks nr 1 do gwarancji wadialnej, przedłużający jej ważność do dnia 04.11.2018 r.

Następnie, pismem z dnia 31.10.2018 r. (wpływ do Zamawiającego 02.11.2018 r.) wykonawca Trakcja PRKiL S.A. oświadczył o przedłużeniu terminu związania ofertą o 30 dni, tj. do dnia 05.12.2018 r. Wykonawca złożył również aneks nr 2 do gwarancji wadialnej, przedłużający jej ważność do dnia 05.12.2018 r.

W dniu 19.11.2018 r. konsorcjum: INTOP Warszawa Sp. z o.o. (lider), TORKOL Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „RAJBUD” Sp. z o.o. wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności wykluczenia z postępowania. W dniu 03.12.2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok o sygn. akt KIO 2391/18.

W dniu 25.01.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę złożoną przez konsorcjum: INTOP Warszawa Sp. z o.o. (lider), TORKOL Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „RAJBUD” Sp. z o.o.

Prezesa UZP zauważył, iż uwzględniając zawieszenie terminu związania ofertą związane z przebiegiem postępowania odwoławczego (art. 182 ust. 6 ustawy Pzp) należy stwierdzić, iż wykonawca Trakcja PRKiL S.A. pozostawał związany ofertą do dnia 19.12.2018 r. W związku z tym wykonawca ten nie był związany ofertą przez cały okres oceny ofert, w tym również w terminie poinformowania przez Zamawiającego o wyniku badania i oceny ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zdaniem organu przeprowadzającego kontrolę związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą jest niezbędne dla istnienia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a konieczność przedłużenia tego terminu wynika wprost z przepisów ustawy Pzp i regulacji Kodeksu Cywilnego.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp przewiduje odrzucenie oferty w przypadku, gdy wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą. Przepis ten odsyła do art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, który wyraźnie stanowi, że wykonawca może, tak na wniosek zamawiającego, jak i samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą. Nieprzedłużenie tego terminu w obu przypadkach jest równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nieprzedłużenie przez Trakcję PRKiL S.A. terminu związania ofertą na okres po 19.12.2018 r., wypełnia przesłankę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, natomiast niedokonanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy Trakcja PRKiL S.A. w sytuacji nieprzedłużenia przez tego wykonawcę terminu związania ofertą stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Reasumując, w ocenie organu kontrolnego, Zamawiający naruszył wskazywany przepis ustawy Pzp jednak naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania

Zamawiający w ustawowym terminie wniósł pisemne zastrzeżenia do nadesłanej informacji i protokołu z kontroli.

W odniesieniu do stwierdzonego naruszenia, podkreślono, że Zamawiający podjął wszelkie czynności przewidziane w ustawie Pzp oraz SIWZ, mające na celu przedłużenie oraz utrzymanie biegu terminu związania ofertą przez poszczególnych wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Zamawiający wypełnił dyspozycję przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, a odpowiedzią na pismo wystosowane do wykonawców, była wyrażona przez nich (w tym przez Trakcję PRKiL S.A.) zgoda na wydłużenie terminu o wskazany okres. Następnie wykonawca Trakcja PRKiL S.A. z własnej inicjatywy wydłużył termin związania ofertą o kolejne 30 dni. Tym

samym potwierdził w sposób jednoznaczny, że zależy mu na dalszym uczestnictwie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Zamawiającego niezasadny jest pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyniku kontroli. Zarówno przepisy ustawy Pzp, jak również szereg orzeczeń sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowały niemalże w sposób jednoznaczny sposób interpretowania art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy Pzp, odmienny od zaprezentowanego w wystąpieniu Prezesa UZP.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: „wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą”. Literalne brzmienie przepisu wskazuje na jednoznaczne odniesienie do sytuacji, w której zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wydłużenie terminu związania ofertą zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 2 Ustawy.

Zamawiający podkreślił, iż żaden z przepisów ustawy Pzp nie nakłada na wykonawców obowiązku samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą. Przeciwnie — z treści art. 85 ust. 2 wynika, że wykonawca „może” przedłużyć termin związania ofertą samodzielnie lub na wniosek zamawiającego, przy czym, sankcją w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a obwarowany jest jedynie przypadek, w którym wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stanął na tym stanowisku stwierdzając, iż: *„Zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją 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”* (postanowienie z dnia 13 lipca 2017 roku wydane w sprawie C-35/17).

Potwierdzeniem tego poglądu na gruncie krajowym jest chociażby wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.06.2015 r., sygn. XXIII Ga 729/15, stwierdzający, iż *„wykładnia językowa przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a prowadzi jednoznacznie do wniosku, że odrzucenie oferty (wcześniej wykluczenie) wykonawcy następuje wyłącznie w przypadku, kiedy nie zgodził się on na przedłużenie okresu związania ofertą a więc wówczas, gdy uprzednio zwrócono się do niego o wyrażenie takiej zgody”*.

Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Rzeszowie w postanowieniu z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. VI Ga 192/10, zwracając uwagę, iż skoro Ustawodawca w art. 85 ust. 2 wyraźnie rozróżnił dwa przypadki, w których dokonywane jest przedłużenie terminu związania ofertą (w odpowiedzi

na wezwanie zamawiającego lub samodzielnie przez wykonawcę), a sankcja odrzucenia oferty powiązana jest wyłącznie z odmową zgody na przedłużenie w odpowiedzi na wniosek zamawiającego, to stosowanie takiej sankcji w sytuacji, gdy wezwanie w ogóle nie było do wykonawcy skierowane (przenosząc na grunt przedmiotowego postępowania — dlatego, iż zamawiający już raz ze swego uprawnienia skorzystał), jest niezasadne.

W wyroku KIO 324/17 z dnia 07.03.2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż *„Próba wywodzenia z art. 89 ust. 1 pkt 7a — sytuacji, kiedy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, na sytuację kiedy wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą jest niezasadne, a wydaje się być możliwe tylko w sytuacji rozszerzającej interpretacji tej przesłanki, czy też wywodzenia podstawy do odrzucenia przez analogię sytuacji, gdy skutkiem w obu przypadkach jest brak związania ofertą. Izba w tym zakresie przyjmuje orzeczenia sądów i KIO z których wynika, że brak samodzielnego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą nie może być podstawą do odrzucenia oferty takiego wykonawcy, uznając je również jako stanowisko własne Izby w tej sprawie, bez potrzeby ponownego ich powielania. Podkreślić należy także fakt, iż w żadnym z cytowanych orzeczeń sądów nie zostało stwierdzone, że brak terminu związania ofertą jest podstawą do wykluczenia wykonawcy (obecnie odrzucenia oferty)”*.

W wyroku KIO 153/18 z dnia 12.02.2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła, że w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7a Ustawy odrzucenie oferty może nastąpić tylko i wyłącznie w sytuacji, w której wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie kierowane w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. *„Obowiązek odrzucenia oferty nie występuje, gdy wykonawca nie przedłuży samodzielnie terminu związania ofertą. Izba podziela pogląd, że przepisów sankcyjnych, do jakich bez wątplenia należy przepis art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszący się do odrzucenia ofert, nie można interpretować rozszerzająco. Izba orzekając miała na uwadze Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 roku wydane w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o., przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, które zapadło w odpowiedzi na zadane pytanie prejudycjalne. Z treści postanowienia wynika, że wykluczenie wykonawcy (lub odrzucenie jego oferty) może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy jednoznacznie wynika to z przepisów ustawy lub taka podstawa wykluczenia została wskazana w dokumentacji postępowania (ogłoszenie o zamówieniu lub specyfikacja istotnych warunków zamówienia). Jak wskazano powyżej, Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT sp. z o.o. nie odmówił wyrażenia zgody na*

przedłużenie związania ofertą, zatem nie jest możliwe odrzucenie jego oferty na podstawie tego przepisu”.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku KIO 1305/17 z dnia 11 lipca 2017 r.: „Odnosząc się do samej podstawy prawnej odrzucenia oferty art. 89 ust. 1 pkt 7a Ustawy należy przywołać zasadę, stosowania przepisów sankcyjnych w sposób dosłowny, to jest nie rozszerzający jego dyspozycji. W związku z tym, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a Ustawy przywołuje okoliczność braku zgody z innego przepisu, to jest z art. 85 ust. 2 Ustawy, definiując ją do zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, to Izba nie znajduje podstaw do szerszego stosowania tego przepisu to jest na okoliczności dalsze regulowane w art. 85 ust. 2 pzp. ”

W wyroku KIO 1912/17 z dnia 28 września 2017 r. w uzasadnieniu Izba przywołała stanowisko TSUE i w konsekwencji stwierdziła, że: „Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż brak jest podstawy prawnej w tym zakresie. Izba za słuszny przyjmuje pogląd, że biorąc pod uwagę literalną wykładnię przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a Ustawy, z treści jego wynika jednoznacznie w jakich sytuacjach Zamawiający może odrzucić ofertę Wykonawcy. Z uwagi na sankcję z niego wynikającą a więc wyeliminowanie Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozszerzająca wykładnia przepisu jest niedopuszczalna. Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 7a Ustawy dotyczy zatem jedynie tych przypadków kiedy Wykonawca, w odpowiedzi na wcześniejsze wezwanie Zamawiającego, nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą”.

Potwierdza to również wyrok KIO 2181/17 z dnia 31 października 2017 r. w którym Izba w uzasadnieniu zwróciła uwagę, że orzeczenie TSUE stanowi potwierdzenie poglądu, że: „Przepis stanowi bowiem jednoznacznie, że odrzuca się ofertę tylko takiego wykonawcy, który nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Ustawy, na przedłużenie terminu związania ofertą. W art. 85 ust. 2 Ustawy zaś jest mowa o zgodzie, jaką wykonawca ma wyrazić w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Tylko i wyłącznie wtedy gdy wykonawca odmówi wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą aktualizuje się obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy. Obowiązek odrzucenia oferty natomiast nie występuje, gdy wykonawca nie przedłuży samodzielnie terminu związania oferty. Do przepisów sankcyjnych bez wątplenia należy przepis art. 89 ustawy odnoszący się do odrzucenia ofert, którego nie można interpretować rozszerzająco. W konsekwencji oferta odwołującego może być jeszcze wybrana jako najkorzystniejsza. Jedyna różnica jest taka, że z uwagi na upływ terminu związania ofertą wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy pod rygorem utraty wadium”.

Podobnie w uzasadnieniu wyroku KIO 1371/18 z dnia 2018-07-24 Izba orzekła, iż „Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż brak jest podstawy prawnej w tym zakresie. Próba wywodzenia z treści art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp - sytuacji, kiedy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, na sytuację kiedy wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą jest niezasadne, a wydaje się być możliwe tylko w sytuacji rozszerzającej interpretacji tej przesłanki, czy też wywodzenia podstawy do odrzucenia poprzez analogię sytuacji, gdyż skutkiem w obu przypadkach jest brak związania ofertą.

Zdaniem Izby brak terminu związania ofertą jest podstawą do odrzucenia oferty tylko w sytuacji, kiedy wykonawca wezwany przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie wyrazi na to zgody.

Zauważyć należy, iż żaden przepis ustawy nie wymaga permanentnego utrzymania przez wykonawcę stanu związania ofertą, a tylko to mogłoby być podstawą w razie upływu tego terminu do rozpatrywania niezgodności takiej oferty z ustawą. Jednocześnie de lege lata żaden z przepisów ustawy Pzp nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest. Izba stoi na stanowisku, że katalog przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy ma charakter zamknięty i nie można podstaw odrzucenia interpretować w sposób rozszerzający. Wszelkie postawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, jako wyjątki od zasady, iż złożona oferta podlega badaniu i wyborowi winny być interpretowane w sposób ścisły. Izba w tym zakresie podziela w pełni i przyjmuje za swoje stanowisko doktryny i orzecznictwa przywołane przez Odwołującego w odwołaniu, a także na rozprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i argumentację organów orzekających, z których wynika, że brak samodzielnego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą nie może być podstawą do odrzucenia oferty takiego wykonawcy, Izba uznaje, że brak jest podstaw, aby Zamawiający dokonał odrzucenia oferty, co do której termin związania upłynął. Tym samym Zamawiający dokonując odrzucenia ofert naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, gdyż przepis ten w tej sytuacji nie ma zastosowania.

Końcowo podkreślić należy, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, natomiast możliwość podpisania umowy z wykonawcą, który nie potwierdził na ten termin związania ofertą, jest w orzecznictwie możliwością niekwestionowaną.”

W wyroku KIO 151/17 z dnia 06.02.2017 słusznie zauważono, iż „(...) gdyby ustawodawca chciał zrównać sytuację, w której wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą czy to samodzielnie, czy też na wezwanie zamawiającego, to powodem odrzucenia oferty

uczyniłby brak związania ofertą. Ustawodawca jednak nie zdecydował się na takie rozwiązanie, szczególne znaczenie, biorąc pod uwagę sankcję, przypisując czynności dokonywanej na wezwanie zamawiającego w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą. ”

W zakresie, gdzie informacja o wyniku kontroli odnosi się do regulacji Kodeksu Cywilnego, Zamawiający zwrócił uwagę, iż w wyroku z dnia 16.07.2014 r. (sygn. Akt XXIII Ga 924/14) Sąd Okręgowy orzekł, iż *„nie można w prosty mechaniczny sposób przenosić rozwiązań prawa cywilnego na prawo zamówień publicznych w zakresie skutków i konsekwencji upływu terminu związania ofertą. Zasadniczą rozbieżnością w zakresie charakteru składanych ofert jest to, że oferta, o której mowa w art. 66 k.c., powoduje taki stan związania złożonym oświadczeniem, że samo przyjęcie oferty prowadzi do zawarcia umowy, natomiast w ofercie złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do zawarcia umowy nie wystarczy samo wybranie oferty, a konieczne jest dodatkowe oświadczenie woli w przedmiocie zawarcia umowy. Z uwagi na tak doniosłe skutki przyjęcia oferty z kodeksu cywilnego (automatyczne zawarcie umowy), upływ terminu związania ofertą powoduje automatyczny, bezpowrotny upadek oferty. Skutek wyboru oferty w rozumieniu prawa zamówień publicznych nie jest tak doniosły, brak jest zatem podstaw, aby tak doniosły był również skutek upływu terminu związania ofertą polegający na automatycznym, bezpowrotnym jej upadku”.*

Dalej Sąd Okręgowy reasumuje, że *„z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów pzp, należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesadza o nieskuteczności oferty a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy.”*

Reasumując, Zamawiający stoi na stanowisku, iż sytuację odrzucenia oferty należy traktować jako wyjątkową, a przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty należy interpretować w sposób ścisły. Odesłanie z art. 89 ust. 1 pkt 7a do art. 85 ust. 2 dotyczy wyłącznie udzielenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, tj. sytuacji, w której zamawiający w określonej cezurze czasowej wystąpi do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą, a ten zaniecha przedłużenia przedmiotowego terminu lub odpowie na wezwanie w sposób niezgodny z jego treścią. Zgodnie z powszechnie przyjętym w orzecznictwie poglądem, rozszerzenie przesłanek odrzucenia oferty poza granice wyznaczone przepisami ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie przecięto przywołane wyżej postanowienie TSUE (z dnia 13 lipca 2017 roku wydane w sprawie C-35/17). Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, iż skoro art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp odnosi się tylko do sytuacji, w której wykonawca na wniosek zamawiającego nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, to nie można przedmiotowej przesłanki odrzucenia rozciągać również

na inne, niewskazane w treści przepisu przypadku. Brak jest również jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu. W żadnym wypadku nie można zatem uznać, że z momentem upływu terminu związania ofertą wykonawca - Trakcja PRKil S.A. przestał być uczestnikiem postępowania. Wręcz przeciwnie — skoro w toku postępowania był wzywany do przedłużenia terminu związania ofertą i odpowiedział na wniosek zamawiającego pozytywnie, to brak kolejnego, samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez tego wykonawcę nie może rodzić w stosunku do niego negatywnych konsekwencji, a w szczególności stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty.

W ocenie Zamawiającego oferta Trakcja PRKil S.A. jest ważna, nie podlega odrzuceniu na jakiegokolwiek podstawie, w tym również art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, a uwzględnienie jej przy badaniu i ocenie ofert przez Zamawiającego było działaniem zasadnym i zgodnym z przepisami.

W opinii Zamawiającego wynik kontroli uprzedniej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest niezasadny i stoi w jaskrawej sprzeczności zarówno z literalnym brzmieniem ustawy Pzp, jak również z ugruntowanym w tym zakresie orzecznictwem. Mnogość wskazanych powyżej rozstrzygnięć na potwierdzenie argumentacji Zamawiającego nie może pozostać bez znaczenia dla prawidłowości podjęcia dalszych działań przez Prezesa UZP.

W konsekwencji poczynionych powyżej ustaleń, przedmiotowe zastrzeżenia Zamawiającego zasługiwać powinny na uwzględnienie.

Prezes UZP, odpowiadając na zastrzeżenia zgłoszone od wyniku kontroli doraźnej postępowania wskazał, że nie podziela argumentacji Zamawiającego i w całości podtrzymuje ustalenia zawarte w *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej*.

Na wstępie Prezes podkreślił, że związanie ofertą, zgodnie z istotą tej czynności i stanowiskiem przedstawianym w doktrynie i orzecznictwie, jest oświadczeniem wykonawcy potwierdzającym uczestniczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia i podporządkowanie się konsekwencjom wynikającym z tego faktu, a przede wszystkim wyrażającym gotowość zawarcia umowy na warunkach przedstawionych przez zamawiającego, w razie wybrania oferty tego wykonawcy. Wykonawca składa oświadczenie o związaniu ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ. Związanie ma charakter ciągły, a staranność wykonawcy polega na dbałości o aktualność związania ofertą. Gdyby miało być inaczej, ustawa Pzp wielokrotnie nie stawiałaby wymagania dotyczącego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, a przeciwnie - dla bytu oferty w postępowaniu wystarczyłoby jej złożenie w terminie składania

ofert. Ustawodawca przyjął jednak, że zainteresowanie wykonawcy uczestnictwem w postępowaniu ma charakter nie bezterminowy, a określony terminem. Na gruncie przepisów ustawy Pzp jest niewątpliwe, że wybór oferty najkorzystniejszej ma nastąpić w terminie związania ofertą, natomiast wykonawca powinien być związany złożoną przez siebie ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert.

Zauważono następnie, że art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wprowadza w postępowaniu o zamówienie publiczne zasadę zachowania równowagi pomiędzy działaniem zamawiającego, zainteresowanego sprawnym przebiegiem postępowania i wyborem najkorzystniejszej oferty, a działaniem profesjonalnego wykonawcy w celu realizacji jego interesu gospodarczego, jakim jest uzyskanie kontraktu. Przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wyraźnie rozkłada obowiązki zamawiającego i wykonawcy w kwestii zapewnienia ciągłości okresu związania ofertą wykonawcy. Przepis ten stanowi, że wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie takiej zgody. Przepis nakazuje zatem zamawiającemu zadbać o prawidłowy tok postępowania i wezwać wykonawcę do przedłużenia terminu związania ofertą, przy czym ustala tę możliwość jako jednorazową, co oznacza, że po wyczerpaniu tego instrumentu przez zamawiającego, dbałość o swoje interesy i przedłużenie terminu związania ofertą pozostaje w wyłącznej gestii wykonawcy. Wynika to z profesjonalnego charakteru postępowania i staranności wymaganej od wykonawcy.

W tej kwestii Sąd Okręgowy w Tarnobrzegu w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r., sygn. akt I Ca 495/13 stwierdził, że *„(...) powierzenie wykonawcy możliwości samodzielnego przedłużania okresu związania ofertą, przy nieograniczaniu 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 przedłużenia mogliby liczyć na pozostawanie ich oferty w postępowaniu.*

Nie ulega wątpliwości, że dokonana zmiana art. 85 ust. 2 ZamPublU 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 SO w Rzeszowie z 21.12.2010 r., W Ga 240/2010, wyrok KIO z 28.6.2013 r., KIO 1370/13)”.

W świetle przepisów ustawy Pzp niedopuszczalne jest dokonywanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, wśród których znajdują się oferty pozostające w terminie

związania ofertą i takich, wobec których termin związania ofertą upłynął. Inna jest bowiem sytuacja prawna wykonawcy wybranego w dacie związania ofertą i wykonawcy wybranego po upływie terminu związania ofertą, który to bez negatywnych dla siebie konsekwencji finansowych może uchylać się od zawarcia umowy i to także w sytuacji, gdy jego oferta nadal pozostaje zabezpieczona wadium. Po wyczerpaniu przez zamawiającego uprawnienia do zwrócenia się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą, obowiązek utrzymania związania złożoną ofertą leży po stronie samego wykonawcy. Nieprzedłużenie tego terminu, zarówno w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, jak i w dalszej kolejności — z własnej inicjatywy wykonawcy, jest równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też, używając terminologii ustawy, niewyrażeniem przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Powyższe stanowisko znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 23.10.2017 r., sygn. akt KIO 2097/17 stwierdziła: *„Jakkolwiek ZamPublU nie zawiera jednoznacznego przepisu wskazującego, iż na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty, wykonawcy muszą być związani swoimi ofertami, to jednak można to wywieść m.in. z art. 85 ust. 2 ZamPublU i 182 ust. 6 ZamPublU. W ocenie Izby, gdyby to czy wykonawca jest związany ofertą nie miało znaczenia dla czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ustawa nie zawierałaby uregulowań dotyczących przedłużania terminu związania ofertą (art. 85 ust. 2 ZamPublU) czy zawieszenia tego terminu (art. 182 ust. 6 ZamPublU).*

W ocenie Izby, na gruncie zamówień publicznych, nie jest dopuszczalna sytuacja, w której w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty niektórzy z wykonawców byłiby związani ofertą i ich oferta byłaby zabezpieczona wadium (tam gdzie jest to przewidziane), a niektórzy z wykonawców nie byłiby związani ofertą i ich oferta nie byłaby zabezpieczona wadium. Oznaczałoby to, bowiem przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców, a w konsekwencji naruszałoby podstawową zasadę zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ZamPublU.

Przepis art. 85 ust. 2 ustawy przewiduje ograniczenie do jednokrotnego przedłużenia terminu związania ofertą do 60 dni wyłącznie dla zamawiającego. W związku z tym wykonawca może złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą więcej niż jednokrotnie, nadto również o większą liczbę dni. Oznacza to, iż wykonawcy, gdy są zainteresowani pozyskaniem zamówienia, mają instrument, z którego mogą, i z którego, zdaniem Izby, powinni korzystać w celu utrzymywania stanu związania ofertą w sytuacji przedłużającego się postępowania.)

W ocenie Izby należy zatem przyjąć, że odesłanie przepisie art. 89 ust. 1 pkt 7a ZamPublU do zgody, o której mowa art. 85 ust. 2, oznacza intencję ustawodawcy, aby termin „zgoda” rozumieć jako zgodę wykonawcy na to, co wynika z żądania zamawiającego, jak również na to, co wynika z dokonanej przez wykonawcę oceny stanu, w jakim aktualnie znajduje się postępowanie i własnych możliwości czy potrzeb z tym związanych. W konsekwencji, przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy, jeśli cel jego wprowadzenia miałby być osiągnięty, winien znaleźć zastosowanie również do oferty, którą wykonawca nie jest związany, bo np. tak, jak w przedmiotowym przypadku, po wyczerpaniu przez zamawiającego uprawnienia do jednokrotnego wezwania wykonawców w tym zakresie, z własnej inicjatywy nie złożył oświadczenia w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą. Inaczej, należałoby akceptować sytuację, w której w danym postępowaniu, w pierwszej fazie występują oferty którymi wszyscy wykonawcy są związani, a w kolejnej, np. po wyczerpaniu przez zamawiającego możliwości do jednokrotnego wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, występują jednocześnie oferty, którymi wykonawcy są związani i takie, którymi wykonawcy nie są związani, co by oznaczało sprzeczne z ustawą przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców”.

Również w stanie prawnym przed nowelizacją ustawy Pzp dokonaną ustawą z dnia 22.06.2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) w orzecznictwie KIO prezentowane było analogiczne stanowisko, które odnosiło się wówczas do interpretacji przesłanki wykluczenia z postępowania określonej w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2014 r., sygn. akt KIO 1737/14, „Izba w rozpoznawanej sprawie stanęła na stanowisku, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ZamPublU upoważnia zamawiającego do wykluczenia również tego wykonawcy, który nie będąc wezwany do tego przez zamawiającego, nie przedłużył samodzielnie terminu związania go złożoną przez niego ofertą. Innymi słowy, zamawiający ma prawo wykluczyć nie tylko tego wykonawcę, który będąc do tego wezwanym, nie wyraził wyraźnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, ale również tych wykonawców, którzy nawet bez odrębnego wezwania nie uczynili tego w odpowiednim terminie samodzielnie”. Podobnie, w wyroku z dnia 24 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 454/14), Izba wskazała: „Wykonawca przedłużył termin związania ofertą przez wyrażenie zgody na wniosek zamawiającego lub samodzielnie składając stosowne oświadczenie. Należy zwrócić uwagę, iż z brakiem zgody ustawodawca wiąże skutek w postaci wykluczenia

wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 907). Kwestia stwierdzenia wystąpienia przesłanki wykluczenia z postępowania nie może zatem pozostawać w sferze domniemania. Brak zgody oznacza, iż wykonawca nie złożył oświadczenia zawierającego zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, bądź odmówił takiej zgody, lub nie podjął własnych działań w celu przedłużenia terminu związania ofertą. Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ww. ustawy obejmuje zatem okoliczności objęte dyspozycją art. 85 ust. 2 ww. ustawy. Czyli zarówno brak reakcji na wezwanie zamawiającego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, jak też zaniechanie przedłużenia tego terminu z inicjatywy własnej wykonawcy”.

W treści zastrzeżeń Zamawiający podważał również, opierając się na orzecznictwie, zasadność odniesienia się do przepisów Kodeksu cywilnego. Zamawiający podkreślał odmiennność regulacji kodeksowej dotyczącej terminu związania ofertą i jego skutków, względem przepisów ustawy Pzp. Prezes UZP zwrócił jednak uwagę, że w wyroku Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu z dnia 13 lutego 2014 r., sygn. akt I Ca 495/13 stwierdzono: „Niewątpliwie postępowanie przetargowe jest prowadzone na gruncie przepisów ZamPublU, jednak nie można rozpatrywać go w oderwaniu od zasad, jakimi kieruje się prawo cywilne. Przepisy ZamPub/U należy traktować jako lex specialis w stosunku do regulacji zawartych w KC, a w przypadku braku unormowania konkretnej kwestii w ZamPublU, zgodnie z art. 14, znajdują zastosowanie przepisy KC. Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo sądów powszechnych potwierdza cywilistyczny charakter przepisów zawartych w ZamPublU. Wskazuje się, że ZamPublU, będąca w przeważającej części aktem funkcjonalnym, nie tylko nie wyłącza stosowania przepisów KC, ale wręcz nakazuje je stosować. Regulacja zawarta w art. 14 pozwala na bezpośrednie przeniesienie przepisów KC do postępowania, co w sprawach wątpliwych czy wręcz nieuregulowanych jednoznacznie przesądza o kierunku interpretacji czy o sposobie dokonywania czynności”.

W świetle tej dyrektywy interpretacyjnej celowe jest podkreślenie znaczenia przepisów Kodeksu cywilnego mających odniesienie do kwestii. W przepisach Kodeksu cywilnego istotę oferty określa art. 66 § 1, zgodnie z którym ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy. Natomiast w myśl art. 66 § 2 Kodeksu cywilnego, jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie, zaś oferta złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym

składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia.

Kodeks cywilny przewiduje zatem związanie oferenta treścią złożonej oferty. Związanie jest koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty jako instytucji prawa cywilnego. Stanowi to jeden z najważniejszych skutków prawnych oferty i oznacza obowiązek pozostawania w gotowości do zawarcia zaproponowanej umowy. Po złożeniu oferty decyzja o jej przyjęciu i zawarciu umowy należy wyłącznie do drugiej strony (oblata). Właśnie ze względu na stan związania, w razie przyjęcia oferty oblat będzie mógł domagać się od oferenta wykonania zawartej umowy (zob. Wojewoda M. Komentarz do art. 66 Kodeksu cywilnego lw:) Księżak P. (red.), Pyziak-Szafnicka M. (red.), Giesen B., Katner W.J., Lewaszkiwicz-Petrykowska B., Majda R., Michniewicz-Broda E., Pajor T., Promińska U., Robaczyński W., Serwach M., Świdorski Z., Wojewoda M. „Kodeks cywilny. Komentarz, Część ogólna”, LEX, 2014). Natomiast bezskuteczny upływ terminu związania ofertą przed jej przyjęciem jest równoznaczny z końcem bytu oferty jako takiej.

Przenosząc powyższe na grunt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą oznacza obowiązek pozostawania w gotowości do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji do zawarcia proponowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po złożeniu oferty decyzja o jej przyjęciu i zawarciu umowy należy do zamawiającego. Właśnie ze względu na stan związania, w razie przyjęcia oferty, zamawiający będzie mógł domagać się od wykonawcy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie ulega zatem wątpliwości, że instytucja związania ofertą określona w ustawie Pzp ma swoje oparcie w przepisach Kodeksu cywilnego. Potwierdzają one, że związanie jest niezbędnym elementem konstrukcyjnym oferty. W postępowaniu przetargowym opartym na przepisach ustawy Pzp skutkuje to koniecznością utrzymania stanu związania ofertą do terminu wyboru oferty najkorzystniejszej.

W treści zastrzeżeń Zamawiający kładzie również nacisk na treść Postanowienia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 roku wydanego w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o. o. i Saferoad Kabex sp. z. o. o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu. W wydanym postanowieniu Trybunał uznał, że art. 2 dyrektywy 2004/18/WE 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. Postanowienie Trybunału oznacza zatem, że nie jest dopuszczalne wykluczenie wykonawcy z udziału

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli podstawa wykluczenia nie wynika z przepisów prawa ani warunków zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 25 uzasadnienia Postanowienia).

Należy jednak zauważyć, że powyższe ustalenie Trybunału w świetle obowiązujących w polskim porządku prawnym przepisów nie ma jednak zastosowania do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą. Powyższa przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania (aktualnie odrzucenia jego oferty) została bowiem wprost przewidziana w przepisach ustawy Pzp. Co więcej, istota konstrukcji związania ofertą określona jest również w przytoczonych wyżej przepisach Kodeksu cywilnego. Nie można zatem w sposób zasadny twierdzić, że odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu upływu terminu związania ofertą nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Tymczasem pytania zadane przez sąd odsyłający opierały się na takim błędnym założeniu. Nie można zatem przyznać racji opinii Zamawiającego, iż *„Wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie przecięło przywołane wyżej postanowienie TSUE (z dnia 13 lipca 2017 roku wydane w sprawie C-35/17)”*.

Opisany wyżej stan prawny wskazuje, że związanie ofertą stanowi element konstytutywny oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przywołane przepisy Kodeksu cywilnego, jak i ustawy Pzp przekonują, że nie jest możliwe złożenie oferty niewiążącej danego wykonawcy. Stan związania ofertą powinien zachować ciągłość i trwać przez cały tok postępowania. Ustawodawca określając w przepisie art. 85 ust. 1 ustawy Pzp terminy związania ofertą, niejako zobowiązał w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego do tego, żeby w ramach tych terminów zadbał o to, by oferta złożona w postępowaniu wiązała przez cały okres trwania postępowania. Wykonawca winien samodzielnie zapewnić, by jego oferta wiązała w określonym czasie, aby mogła zostać ewentualnie wybrana jako najkorzystniejsza.

W kontrolowanym postępowaniu wykonawca Trakcja PRKil S.A. pozostawał związany ofertą do dnia 19.12.2018 r. W związku z tym wykonawca ten nie był związany ofertą przez cały okres oceny ofert, w tym również w terminie poinformowania przez Zamawiającego o wyniku badania i oceny ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej, co miało miejsce w dniu 25.01.2019 r. Wykonawca skorzystał w dniu 31.10.2018 r. z możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą i oświadczył o jego przedłużeniu do dnia 05.12.2018 r. Jednakże postępowanie nie zostało w tym terminie zakończone i trwało dalej, co wymagało ze strony wykonawcy dalszego przedłużenia terminu związania ofertą w przypadku woli

podtrzymania swojego udziału w postępowaniu. Wykonawca nie dokonał tej czynności i termin związania ustał przed zakończeniem procedury oceny ofert. Nieprzedłużenie tego terminu z własnej inicjatywy przez Trakcję PRKil S.A. na okres po dniu 05.12.2018 r. było równoznaczne z rezygnacją tego wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też, używając terminologii ustawy, niewyrażeniem przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W konsekwencji, tak jak stwierdzono w *Informacji o wyniku kontroli*, wypełniała się przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, natomiast niedokonanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy Trakcja PRKil S.A. w sytuacji nieprzedłużenia przez tego wykonawcę terminu związania ofertą stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Podsumowując, Prezes UZP podtrzymał wyrażone w *Informacji o kontroli* stanowisko i poinformował, że zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp. zastrzeżenia przekazane zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone wobec informacji o wyniku kontroli, uznała, iż zasługują one na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie wyznaczonym do rozpatrzenia zastrzeżeń, wskazuje, że nie podziela stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonego w *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej* oraz odpowiedzi na złożone przez Zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający w sposób wyczerpujący dokonał przedstawienia i analizy bieżącego orzecznictwa, tak Izby, jak i sądów w odniesieniu do zagadnienia będącego przedmiotem kontroli. Z zestawienia tego wynika, że przeważającym zdaje się pogląd, iż nie jest możliwe odrzucenie oferty przy zastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w związku z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp w sytuacji tożsamej do ustalonej w kontroli, ponieważ przepisy te dotyczą wyłącznie braku udzielenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, tj. sytuacji, w której zamawiający w określonej cezurze czasowej wystąpi do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą, a ten zaniecha przedłużenia przedmiotowego terminu lub odpowie na wezwanie w sposób niezgodny z jego treścią.

Poglądy wyrażone w orzeczeniach przywołanych przez Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli Izba w składzie wydającym niniejszą uchwałę podziela i przyjmuje za własne.

Jedynie w ramach podsumowania tych twierdzeń, podkreślenia wymaga kilka kwestii.

Sama kwestia dotycząca możliwości zawarcia umowy z wykonawcą, którego okres związania ofertą po wyborze upłynął, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie. W tej materii Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08) uznał, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wymaga ważności terminu związania ofertą - dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą.

Próba wywodzenia z treści art. 89 ust.1 pkt 7a ustawy Pzp i tym samym zrównania w zakresie skutku czynności prawnej, sytuacji, kiedy wykonawca *nie wyraził zgody* na przedłużenie terminu związania ofertą, na sytuację kiedy wykonawca *samodzielnie nie przedłużył* terminu związania ofertą jest niezasadna. Zrównanie obu opisanych stanów wydaje się być możliwe tylko w sytuacji rozszerzającej interpretacji tej przesłanki, czy też wywodzenia podstawy do odrzucenia poprzez analogię sytuacji, gdyż skutkiem w obu przypadkach jest brak związania ofertą. W ocenie składu orzekającego Izby istotne jest jednak, że do tego samego skutku, rozumianego jako brak związania treścią oferty, prowadzą zupełnie odmienne działania lub zaniechania strony ubiegającej się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby brak terminu związania ofertą jest podstawą do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7 a ustawy Pzp tylko w sytuacji, kiedy wykonawca wezwany przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie wyrazi na to zgody. W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca Trakcja PRKil S.A. taką zgodę wyraziła w sposób stanowczy, na piśmie, w terminie określonym przez Zamawiającego. Co ciekawe, taka zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą była wyrażana dwukrotnie, raz na wezwanie Zamawiającego, raz samodzielnie przez Wykonawcę. Sam zaś upływ obu terminów spowodowany był przedłużającym się czasem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca w takiej sytuacji nie może być „karany” za brak prawidłowej organizacji pracy po stronie Zamawiającego lub korzystanie ze środków ochrony prawnej przez innych wykonawców. To Zamawiający jako gospodarz postępowania powinien dążyć do na tyle sprawnego prowadzenia postępowania, aby ukończyć je w terminie związania ofertą, ewentualnie w terminie jednokrotnie przedłużonym. W tym postępowaniu termin był aż dwukrotnie przedłużany. Wykonawca nie może natomiast w bliżej nieokreślonym czasookresie pozostawać w stanie niepewności, co do wyniku postępowania.

Izba uważa, że katalog przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy ma charakter zamknięty i nie można podstaw odrzucenia interpretować w sposób rozszerzający. Wszelkie postawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, jako wyjątki od zasady, iż złożona oferta podlega badaniu i wyborowi winny być interpretowane w sposób ścisły. Takie też przesłanie płynie z orzeczenia TSUE (*Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 roku wydane w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o., przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu*), co trafnie podkreślił Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach. Tymczasem Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia polemizuje z treścią pytań zadanych przez sąd odsyłający, jakoby opierały się one na błędnym założeniu. Dostrzeżenia wymaga, iż nie jest to miejsce i czas na taką dyskusję. Postanowienie TSUE ma charakter ostateczny, a wątpliwości i własne stanowisko należało przedstawić przed Trybunałem. Treść postanowienia wskazuje, że pogląd przeciwny do wyrażonego w uzasadnieniu postanowienia, a ujęty w odesłaniu prejudycjalnym, nie znalazł uznania w oczach organu. Postanowienie TSUE jest klarowne, stanowi, że przesłanek wykluczenia wykonawcy/ odrzucenia jego oferty nie należy interpretować w sposób rozszerzający, odnosi się do również do przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, gdzie mowa jest o niewyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie Zamawiającego. Zatem niewyrażenie zgody ma przyjąć postać odmowy, innymi słowy czynnego działania wykonawcy. Przepis nie odnosi się do bierności wykonawcy, a tym bardziej do sytuacji, gdy możliwość przedłużenia terminu związania ofertą leży w gestii tylko wykonawcy, ponieważ zamawiający jednokrotną możliwość wezwania już wyczerpał. W sytuacji jak w postępowaniu kontrolowanym nie mamy do czynienia z wezwaniem Zamawiającego, na które Wykonawca musi zareagować. Tym samym obowiązku braku reakcji nie można utożsamiać z zaistnieniem przesłanki do odrzucenia oferty i niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania. Zgoda w rozumieniu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nie może mieć charakteru dorozumianego. Wszystkie przywołane przez Prezesa UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia orzeczenia sądów okręgowych pochodzą z daty przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał. I co warte dostrzeżenia, już wówczas orzecznictwo sądowe miało dychotomiczny charakter. Nie wskazano jednak jakiegokolwiek orzeczenia krajowego sądu, które zapadło po wydaniu postanowienia TSUE.

Przechodząc do argumentacji dotyczącej zastosowania przepisów KC w odniesieniu do zagadnienia trwałości terminu związania ofertą, to odmiennosc regulacji KC względem Pzp, przedstawił Zamawiający, popierając swoje stanowisko stosownym orzecznictwem SO.

Zamawiający odwołał się do treści orzeczenia wprost dokonującego analizy zagadnienia związania wykonawcy treścią oferty. Natomiast orzeczenie przywołane w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa UZP dotyczy bezpośredniego przeniesienia przepisów KC do postępowania Pzp, „w sprawach wątpliwych czy wręcz nieuregulowanych jednoznacznie w ustawie Pzp”. Zasady i sposób przedłużania terminu związania ofertą zostały natomiast w ustawie Pzp opisane, co więcej w sposób niejednokrotnie bardziej szczegółowy niż w kodeksie cywilny. Żadna z tych zasad nie odnosi się konieczności odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli samodzielnie nie dokonał on przedłużenia okresu związania ofertą bez wezwania zamawiającego. Co warto także podkreślić, żaden z przepisów ustawy Pzp nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest. A jak zaznaczył w zastrzeżeniach Zamawiający upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Upływ terminu nie decyduje o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku obowiązku po stronie wykonawcy do zawarcia umowy na wcześniej obowiązujących warunkach.

Powody, dla których TSUE pominął we własnych rozważaniach odwołania do doktryny prawa cywilnego prezentuje wyrok KIO z dnia 5 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 307/18), gdzie wskazano: *„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: <https://www.uzp.gov.pl/kio/orzecznictwo/odeslania-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 ujednoczenie 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.”*

Wspomniany wyrok KIO 307/18 trafnie także zauważa dokonaną przez Ustawodawcę nowelizację kodeksu cywilnego z 2003 roku (Dz.U. 2003 Nr 49, poz. 408), zgodnie z którą obecnie termin związania ofertą nie stanowi już kluczowej cechy oferty zawartej w treści art. 66 § 1 Kodeksu, przy czym w § 2 tego artykułu wpisano dyspozytywnie skutki nieoznaczenia terminu - tylko w postaci dookreślenia tego terminu.

Reasumując, stwierdzić można, że gdyby Ustawodawca chciał, aby podstawa odrzucenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ust. 2 Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 89 ust. 1 pkt 7a nie zastosowałby odnośnika do wyrażenia „*nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą*”, ale zastosowałby określenia typu „*nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą*”, „*nie przedłużyli okresu związania ofertą*” i tym podobne. Ustawodawca użył natomiast wyraźnego określenia „*nie wyraził zgody*” odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 Pzp skorelowanej z odpowiedzią na wezwanie zamawiającego.

Podsumowując ocenę stanu faktycznego i prawnego przedmiotowego zamówienia publicznego Zamawiający wykazał, że nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli*.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej w sprawie sygn. akt KIO/KD 24/19 zasługują na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....