

POSTANOWIENIE
z dnia 16 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 listopada 2016 r. przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek i SAFEROAD KABEX Sp. z o.o. ul. Betoniarzy 32, 80-298 Gdańsk

w postępowaniu prowadzonym przez

Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu
ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań

na „całoroczne, kompleksowe utrzymanie w systemie Utrzymaj Standard drogi ekspresowej S11 na odcinku Węzeł Poznań Północ-Węzeł Poznań Zachód km 0+000-km 25+694 (S11c), km 0+000-km 1+605 (S5e) oraz na odcinku Węzeł Poznań Krzesiny-Węzeł Kórnik Południe od km 0+000 do km 14+810 (S11a) wraz ze wszystkimi jej elementami”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 22 lipca 2015 r. pod numerem 2015/S 139-257004,

przy udziale wykonawców:

- A. **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. ul. Noskowska 3-5, 62-800 Kalisz,**
- B. **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej skierować do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujące pytania prejudycjalne dotyczące wykładni przepisów prawa unijnego:

Pytanie 1.: Czy art. 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, przy zastosowaniu również zasady proporcjonalności, należy interpretować w ten sposób, że:

1) przepis ten zezwala na wykluczenie wykonawcy z postępowania lub odrzucenie jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą w przypadku, gdy sankcja taka nie wynika wprost i bezpośrednio z przepisów prawa ani warunków udzielenia zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawca jest zainteresowany zawarciem umowy,

2) pomimo niedokonania oficjalnej czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, o której mowa w punkcie 1), przepis ten zezwala na uznanie, że oferta wykonawcy wygaśa z powodu upływu terminu związania ofertą i tym samym przestała istnieć w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zatem nie można zawrzeć z nim umowy (istnieje zakaz zawarcia umowy), choć wykonawca jest takim zawarciem umowy zainteresowany, gdy uznanie wygaśnięcia oferty i zakaz zawarcia umowy nie wynika wprost i bezpośrednio z przepisów prawa ani warunków udzielenia zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia?

Pytanie 2: Czy art. 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, z zastosowaniem również zasady proporcjonalności, należy interpretować w ten sposób, że zezwala on na żądanie przez zamawiających utrzymania przez wykonawców ważności wniesionego wadium zabezpieczającego ofertę, bez możliwości przerwy, aż do chwili zawarcia umowy, bez określenia w przepisach, ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia maksymalnego, racjonalnego okresu, w którym wykonawcy zobowiązani są do utrzymania ważności wniesionego wadium?

UZASADNIENIE

I Ramy prawne

Regulacje unijne (stan prawny dla przedmiotowego postępowania)

1) Art. 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:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.

Regulacje krajowe (stan prawny dla przedmiotowego postępowania)

1) Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”

2) Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„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;”

3) Art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.”

4) Art. 45 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych:

- „1. Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.
2. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium.
3. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.”

5) Art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„1. Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.

1a. Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano. (...)

3. Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego. (...)

4a. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy."

6) Art. 82 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„1. Wykonawca może złożyć jedną ofertę.

2. Ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.”

7) Art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„1. Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż:

- 1) 30 dni – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
- 2) 90 dni – jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług – 10.000.000 euro;
- 3) 60 dni – jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2.

2. 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.

3. Odmowa wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 2, nie powoduje utraty wadium.

4. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

5. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.”

8) Art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) jest niezgodna z ustawą;
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;
- 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny;
- 7) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3;
- 8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.”

9) Art. 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

- 1) 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;
- 2) w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu;

3) w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej albo nie została złożona żadna oferta;

4) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty;

5) w przypadkach, o których mowa w art. 91 ust. 5, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie;

6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;

7) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

10) Art. 94 ustawy Prawo zamówień publicznych

„1. Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183, w terminie:

1) nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo 15 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób

– w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

2) nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo 10 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób – w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

2. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminów, o których mowa w ust. 1, jeżeli (...)

3. Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1.”

11) Art. 139 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.”

12) Art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„W przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia.”

13) Art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych (dotyczy postępowania odwoławczego):

„Zamawiający, nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Jeżeli odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwanie kieruje się jedynie do wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.”

14) Art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.”

15) Art. 66 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny:

„§ 1. Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.

§ 2. Jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie; złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia.”

15) Art. 66¹ § 1 ustawy Kodeks cywilny:

„Oferta złożona w postaci elektronicznej wiąże składającego, jeżeli druga strona niezwłocznie potwierdzi jej otrzymanie.”

16) Art. 66² ustawy Kodeks cywilny:

„§ 1. W stosunkach między przedsiębiorcami oferta może być odwołana przed zawarciem umowy, jeżeli oświadczenie o odwołaniu zostało złożone drugiej stronie przed wysłaniem przez nią oświadczenia o przyjęciu oferty.

§ 2. Jednakże oferty nie można odwołać, jeżeli wynika to z jej treści lub określono w niej termin przyjęcia.”

17) Art. 68 ustawy Kodeks cywilny:

„Przyjęcie oferty dokonane z zastrzeżeniem zmiany lub uzupełnienia jej treści poczytuje się za nową ofertę.”

18) Art. 68¹ ustawy Kodeks cywilny:

„§ 1. W stosunkach między przedsiębiorcami odpowiedź na ofertę z zastrzeżeniem zmian lub uzupełnień niezmiennających istotnie treści oferty poczytuje się za jej przyjęcie. W takim wypadku strona wiąże umowa o treści określonej w ofercie, z uwzględnieniem zastrzeżeń zawartych w odpowiedzi na nią.

§ 2. Przepisu paragrafu poprzedzającego nie stosuje się, jeżeli w treści oferty wskazano, że może ona być przyjęta jedynie bez zastrzeżeń, albo gdy oferent niezwłocznie sprzeciwił się włączeniu zastrzeżeń do umowy, albo gdy druga strona w odpowiedzi na ofertę uzależniła jej przyjęcie od zgody oferenta na włączenie zastrzeżeń do umowy, a zgody tej niezwłocznie nie otrzymała.”

19) Art. 70⁴ ustawy Kodeks cywilny:

„§ 1. W warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium).

§ 2. Jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy, której ważność zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. W pozostałych wypadkach zapłacone wadium należy niezwłocznie zwrócić, a ustanowione zabezpieczenie wygasa. Jeżeli organizator aukcji albo przetargu uchyla się od zawarcia umowy, ich uczestnik, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody.”

II Stan faktyczny – stanowiska stron postępowania odwoławczego

Odwołujący

Odwołujący, korzystając z przysługujących mu zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych środków ochrony prawnej, wniósł, w przysługującym mu terminie i zgodnie z innymi wymogami formalnymi, odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: Izba lub KIO) dotyczące czynności podjętych przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania, zarzucając Zamawiającemu m.in.:

- 1) zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny ofert w ramach kryterium „Jakość”,

3) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia: 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „GNOM” Sp. z o.o., „N.R.” Sp. z o.o.; 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BADER-DROG Sp. z o.o. sp.k. i Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa „BADERA” Tadeusz Badera; 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FBSerwis S.A. i Ferroser Infraestructuras S.A. z uwagi na upływ terminu związania ich ofertami, a tym samym brak uznania ich ofert za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców z uwagi na upływ terminu związania ich ofertami.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu m.in.:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. jako najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z powodu niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, względnie nakazanie dokonania ponownego badania i oceny oferty wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. i Odwołującego, z uwzględnieniem wszystkich zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących sposobu oceny ofert w ramach kryterium „Jakość” i w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
3. wykluczenia wykonawców: 1) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „GNOM” sp. z o.o. i „N.R.” Sp. z o.o.; 2) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BADER-DROG Sp. z o.o. sp. k., Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa „BADERA” Tadeusz Badera; 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. oraz 4) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FBSerwis S.A. i Ferroser Infraestructuras S.A., względnie odrzucenie ofert tych wykonawców i tym samym nieuwzględnienie ich ofert w ramach rankingu ofert (ich oceny i punktacji), a co za tym idzie dokonanie stosownej zmiany punktacji wykonawcom, których oferty nie podlegają odrzuceniu, w ramach kryterium „Jakość” przez przyznanie poszczególnym ofertom punktacji w sposób zgodny z zasadami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ramach zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wyżej wymienionych wykonawców, względnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców z uwagi na upływ terminu związania ich ofertami Odwołujący uzasadnił swoje odwołanie w sposób następujący.

W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający poinformował wykonawców również o wykluczeniu wykonawcy KBU Sp. z o.o. ze względu na przerwanie okresu związania ofertą oraz wykonawcy Mota-Engil Central Europe S.A. ze względu na brak wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą. Podstawą wykluczenia obu tych wykonawców był art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uznanie w kontekście art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ich ofert za odrzucone. Powyższe działanie Zamawiającego skutkowało nieuwzględnieniem tych wykonawców w rankingu ofert pod względem kryteriów oceny ofert.

Jednak Zamawiający pozostaje niekonsekwentny, gdyż jednocześnie w rankingu ofert uwzględnił innych wykonawców, którzy także nie dopełnili obowiązku zachowania ciągłości związania ofertą. Na ten fakt wskazał sam Zamawiający w treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej informując, że wykonawcom: 1) wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia „GNOM” Sp. z o.o. i „N.R.” Sp. z o.o.; 2) wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia BADER-DROG Sp. z o.o. sp.k. i Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa „BADERA” Tadeusz Badera; 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. oraz 4) wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A. „upłynął termin związania ofertą”, przywołując stosowne daty, w których to nastąpiło (odpowiednio: 19 sierpnia 2016 r.; 8 marca 2016 r.; 10 marca 2016 r.; 30 września 2016 r.).

Jednak fakt, że np. wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. upłynął termin związania ofertą, nie przeszkodził Zamawiającemu w sklasyfikowaniu tego wykonawcy na drugim miejscu w rankingu ofert, pomimo że przy uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy KBU Sp. z o.o. Zamawiający wskazywał, iż skorzystał ze swojego uprawnienia z art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i 22 grudnia 2015 r. wezwał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. Ponadto Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych może jedynie raz wezwać wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą. W przypadku, gdy zaistnieje konieczność dalszego przedłużania tego terminu, to na wykonawcy spoczywa obowiązek należytego dotrzymania terminu stosownego i złożenia stosownego oświadczenia wraz z zabezpieczeniem wadium.

Uszło uwadze Zamawiającego, że w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest dopuszczalny wybór jako najkorzystniejszej oferty, której upłynął termin związania (zob. KIO 109/13, KIO 776/13, KIO 1669/14, XIII Ga 392/13, I Ca 495/13). Stąd też nie jest zasadne uwzględnianie w rankingu ofert i punktowanie w ramach kryteriów oceny ofert takich ofert. Jak stwierdziła Izba w wyrokach z 28 października 2010 r., sygn. akt KIO 2276/10 oraz z 20 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1655/10 „okres związania ofertą musi pozostawać ciągły i nieprzerwany. Nie jest natomiast dopuszczalne przerwanie okresu związania ofertą i po przerwie jego ponowne ustanowienie (...). Przepisy nie dopuszczają potwierdzenia takiego

faktu po upływie wyznaczonego terminu, a ciągłość związania ofertą warunkuje wprost możliwość jej wyboru w danym postępowaniu. W przeciwnym razie zachodziłby przypadek (...) złożenia nowej oferty o takiej samej treści (...).”

W wyroku KIO 635/12 Izba stanęła na stanowisku, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych „upoważnia zamawiającego do wykluczenia również tego wykonawcy, którzy 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. Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła poglądu reprezentowanego przez odwołującego, że jedynie stanowcze oświadczenie wezwanego wykonawcy, że nie wyraża on zgody na przedłużenie terminu związania ofertą pozwala Zamawiającemu wykluczyć wykonawcę”.

O konieczności wykluczenia wykonawcy, którzy nie skorzystał z samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przesądza również Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku XIII Ga 379/12. Analogiczny pogląd wyraziła Izba w wyroku sygn. KIO 2204/10, w którym stwierdziła, że „przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, w każdym przypadku nieprzedłużenia okresu związania ofertą. Dotyczy to zarówno sytuacji, gdy wykonawca odmawia przedłużenia tego okresu, składając na piśmie oświadczenie tej treści, jak też, gdy wykonawca takiej zgody nie wyraża, nie składając stosownego oświadczenia w sytuacji, gdy to zamawiający zwraca się do wykonawców o przedłużenie tego okresu, a także w przypadku, gdy z uwagi na brak takiej inicjatywy ze strony zamawiającego wykonawca – nie wyraża takiej zgody samodzielnie. Ustawa, zdaniem Izby, stanowiąc o braku zgody – nie ogranicza tej przesłanki do zgody wykonawcy z wniosku zamawiającego, lecz również – mając na uwadze przepis art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p. – odnosi się do braku samodzielnie wyrażonej zgody przez wykonawcę. Jednocześnie Izba stwierdza, że na podstawie literalnego brzmienia art. 85 ust. 2 P.z.p. nie można przypisać zamawiającemu obowiązku kierowania do wykonawców wniosku o przedłużenie terminu związania ofertą. Wskazany przepis art. 85 ust. 2 P.z.p. nie formułuje bowiem nakazu, lecz zezwala zamawiającemu na zwrócenie się z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą, ograniczając to uprawnienie do jednorazowego wezwania w ściśle określonym terminie. Izba podkreśla, że uprawnionym do przedłużenia terminu związania ofertą jest także wykonawca, który taką zgodę, co do zasady powinien wyrazić z upływem tego terminu. Izba podkreśla także, że taka zgoda nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być oświadczeniem wykonawcy.”

Podobne stanowisko wyraziła Izba w wyroku KIO 276/14; KIO 302/14, stwierdzając, że „można zastanawiać się także, czy oferta, co do której upłynął bezskutecznie termin związania ofertą (nie wiążąca), nadal jest ofertą, a także czy po upływie tego terminu jest ofertą ważną. Ustawa nie rozstrzyga wyraźnie tej kwestii, przewidując w art. 24 ust. 2 pkt 2 podstawę do wykluczenia wykonawcy, który nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą, a także wykonawcy, który nie wniósł wadium na przedłużony termin związania ofertą. Można znaleźć argumenty przemawiające za słusnością każdego z tych stanowisk, niezależnie jednak od przyjętej koncepcji, czy taka sytuacja stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy, czy odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy, czy też może taką ofertę należałoby traktować, jako wygasłą wobec upływu terminu związania nią, zamawiający nie ma możliwości rozpatrywania takiej oferty w momencie rozstrzygania postępowania. Zgodzić się jednak trzeba, że formalny wyraz, za pomocą którego zamawiający winien zakomunikować uczestnikom postępowania, że nie wybrał oferty, co do której wykonawca nie jest związanym, stwarza problemy. Biorąc przy tym okoliczności sprawy, a także obowiązujące w tej mierze regulacje, właściwym wydaje się wykluczenie takiego wykonawcy z postępowania, skoro ustawodawca potraktował w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy kwestie związane z nieprzedłużeniem tego terminu, jako kwalifikowane wykluczeniem wykonawcy”.

W orzecznictwie reprezentowany jest również pogląd, zgodnie z którym wykonawcy, który w przypadku, gdy zamawiający nie skierował do niego wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą, samodzielnie takiego terminu nie przedłużył, nie można wykluczyć z udziału w postępowaniu, ale należy w takiej sytuacji odrzucić złożoną przez niego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podlegałby jedynie ten wykonawca, który wezwany przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie oświadczy stanowczo, że wyraża zgodę na przedłużenie tegoż terminu. Takie stanowisko wyraził m. in. Sąd Okręgowy w Tarnowie w wyroku I Ca 495/13.

W zakresie terminu związania ofertą i skutków związanych z jego upływem, Odwołujący stoi na stanowisku, że stan związania ofertą to element konstytutywny oferty. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, w szczególności wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt. VI Ga 240/10 z dnia 21 grudnia 2010 r., gdzie sąd wskazał, że nie może budzić wątpliwości, wobec literalnego brzmienia art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, iż to wykonawca, chcąc uczestniczyć w dalszym ciągu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poza terminem określonym jako termin związania ofertą, winien złożyć w związku z tym jednoznaczne i niebudzące wątpliwości oświadczenie. W podobnym sposób wypowiedział się Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 21 września 2012 r. sygn. akt XIII Ga 379/12

wskazując, iż wykonawca, chcąc być nadal uczestnikiem postępowania, winien przedłużyć termin związania ofertą. Zaniechanie tej czynności rodzi bowiem skutek w postaci upływu terminu związania ofertą. Sąd Okręgowy w Tarnowie w wyroku z dnia 13 lutego 2013 r. sygn. akt I Ca 495/13 podkreślił, że w ramach procedury przetargowej pozostaje nadal aktualne, że istnienie stanu związania ofertą jest immanentnym elementem konstrukcyjnym oferty.

Wobec powyższego należy uznać, że Zamawiający zaniechał wykluczenia wskazanych wykonawców i odrzucenia ich ofert. Fakt natomiast uwzględniania ofert tych wykonawców w klasyfikacji ofert w kontekście wykluczenia innego wykonawcy na tej samej podstawie (braku zachowania ciągłości związania ofertą) wskazuje na różnicowanie przez Zamawiającego wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert wyżej wymienionych wykonawców, choć jedynymi ofertami niepodlegającymi odrzuceniu i ocenianymi powinna pozostać oferta wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. (o ile nie zostałaby odrzucona) oraz Odwołującego.

Jako że oferty odrzucone nie podlegają ocenie i punktacji w ramach kryterium oceny ofert, Zamawiający dokonał nieprawidłowego przyznania punktów w ramach podkryterium nr 3. Zgodnie bowiem z punktem 17.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Skuteczność działań w zakresie zimowego utrzymania drogi (15 pkt)”, Zamawiający wskazał, że koncepcja przedstawiająca najlepszy z punktu widzenia Zamawiającego program działań (Program działań Nr 3) efektywności identyfikacji i likwidacji zagrożeń na drodze otrzyma 15 pkt. Jeśli więcej niż jedna koncepcja oceniona zostanie na porównywanym poziomie, wszystkie one otrzymają taką samą liczbę punktów. Zamawiający przyznał 15 punktów wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia BADER-DROG Sp. z o.o. sp.k. i Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa „BADERA” Tadeusz Badera, tymczasem mając na uwadze tylko oferty niepodlegające odrzuceniu, oferta Odwołującego i oferta wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. zostały ocenione na takim samym poziomie i przyznano im 10 punktów, podczas gdy ofercie najlepszej przysługiwało 15 punktów.

Zamawiający

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie spornego zarzutu Zamawiający wskazał, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców szczegółowo tam wskazanych z uwagi na upływ terminu związania ich ofertami, a tym samym brak uznania ich ofert za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców z uwagi na upływ terminu związania ich ofertami, w ocenie Zamawiającego nie znajduje podstaw w stanie faktycznym i prawnym niniejszej sprawy.

Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy: 1) nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert; 2) nie wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą; 3) nie wnieśli wadium w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. w terminie określonym przez Zamawiającego w przypadku, w którym wykonawcy temu zwrócono wadium w wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej, a w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza; 4) nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

W ocenie Zamawiającego żadna z opisanych okoliczności nie miała miejsca w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do ofert będących przedmiotem zarzutu.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie z wybranym wykonawcą umowy o zamówienie publiczne. Sama instytucja związania ofertą służy temu, aby wykonawca, który złoży ofertę, nie mógł się z niej wycofać i uchylić się od zawarcia umowy, nie ponosząc żadnych materialnych konsekwencji z tego tytułu. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera przepisu, który by wprost stanowił o tym, że wybranie oferty, co do której zamawiający nie posiada aktualnego oświadczenia o związaniu jej treścią, jest nieważne, a umowa zawarta z takim wykonawcą jest nieważna lub podlega unieważnieniu. Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o ważności i skuteczności złożonej oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, która nie wiąże wykonawcy, straciła cechy oferty i w związku z tym winna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu. Jedyną przesłanką, na podstawie, której można by odrzucić ofertę wykonawcy z powodu upływu terminu związania ofertą, jest art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten jednak mówi, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania m.in. jeśli nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a w konsekwencji w oparciu o przepis art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ofertę takiego wykonawcy uznaje się za odrzuconą.

W niniejszej sprawie nie można jednak mówić o zaistnieniu stanu faktycznego w którym wykonawcy: 1) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „GNOM” Sp. z o.o. i N.R Sp. z o.o.; 2) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia BADER-DRÓG Sp. z o.o. sp.k i Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa BADERA Tadeusz Badera, 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. oraz 4) wspólnie ubiegający się o

udzielenie zamówienia FBSerwis S.A. i Ferroser Infraestructuras S.A. nie wyrazili zgody na przedłużenie związania ofert, co mogłoby skutkować ich wykluczeniem.

Zamawiający, mając na względzie brzmienie art. 85 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z takim wnioskiem do wykonawców wystąpił jeden raz w trakcie trwania postępowania w dniu 22 grudnia 2015 r. Wówczas wszyscy wykonawcy oprócz Mota-Engil Central Europe S.A. i KBU Sp. z o. o. wyrazili zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Tak jak podano w rozstrzygnięciu – wykonawca KBU Sp. z o.o. w terminie złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz jednocześnie przedstawił aneks do gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej zabezpieczenie wadium obowiązujący do 31 marca 2016 r.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może jedynie raz wezwać wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą. W przypadku, gdy zaistnieje konieczność dalszego przedłużania tego terminu, to na wykonawcy spoczywa obowiązek dotrzymania terminu i złożenia stosowanego oświadczenia wraz z zabezpieczeniem wadium. W niniejszej sprawie termin związania ofertą przez KBU Sp. z o.o. upływał 31 marca 2016 r. Wykonawca najpóźniej w tym dniu mógł złożyć oświadczenie o dalszym przedłużeniu terminu związania ofertą z równoczesnym przedłożeniem aneksu gwarancji bankowej. KBU Sp. z o.o. takiej czynności jednak nie dokonał. Dopiero 7 czerwca 2016 r. dotarła do Zamawiającego korespondencja – oświadczenie oraz aneks do gwarancji, z których wynika, że intencją wykonawcy jest przedłużenie terminu związania ofertą. Takie działanie nie wypełnia jednak dyspozycji art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedłużenie terminu związania ofertą może nastąpić wyłącznie w trakcie trwania stanu związania ofertą. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje procedury przywrócenia terminu związania ofertą, a jedynie jego przedłużenie.

Zgodnie z art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest uznane za złożone dopiero z chwilą, kiedy doszło do niej w taki sposób, aby ta osoba mogła się z nim zapoznać. Nawet w sytuacji, kiedy wykonawca udowodni, że wprowadził oświadczenie o przedłużeniu i samo zabezpieczenie wniósł po upływie terminu związania ofertą, lecz dysponował nimi w chwili upływu tego terminu, nie zmienia postaci rzeczy. Wykonawca poprzez bezczynność i brak ujawnienia swej woli przedłużenia terminu związania ofertą względem Zamawiającego podejmuje ryzyko „wygaśnięcia” oferty.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazujący wykluczyć wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie związania ofertą, dotyczy także tych wykonawców, którzy zgody na przedłużenie nie wyrazili w takim czasie, aby została zachowana ciągłość związania ofertą. Zaznaczyć przy tym należy, że brzmienie art. 85 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na to, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo,

jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli zaś przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. KBU Sp. z o.o. przedłużając termin związania z ofertą już po upływie dotychczasowego terminu związania ofertą i po upływie ważności wadium, postąpiła wbrew dyspozycji zawartej w przytoczonym przepisie. Zamawiający był zatem zmuszony do wykluczenia tego wykonawcy.

Wskazać należy, że rozstrzygnięcie tej samej treści zostało wydane przez Zamawiającego w pierwotnym rozstrzygnięciu. Wówczas, podobnie jak i obecnie wykonawca KBU Sp. z o.o. nie zakwestionował czynności Zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca ten nie ma już intencji dalszego uczestnictwa w postępowaniu i zamiaru zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Warte podkreślenia jest to, że w niniejszym postępowaniu zostały złożone 3 odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, co na mocy art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych spowodowało wielokrotne zaistnienie stanu zawieszenia biegu terminu związania ofertami, a co za tym idzie, przesunięcia dat granicznych obowiązywania tych ofert.

Zamawiający, mając na względzie brzmienie art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie miał prawnej możliwości, by ponownie zwrócić się do wykonawców z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą. Brak takiej inicjatywy Zamawiającego skutkuje tym, że wykonawcy nie mają pretekstu, by poinformować zamawiającego, że nie wyrażają zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Oświadczenie takie można bowiem uzyskać wyłącznie w wyniku skierowania stosownego zapytania, skoro jednak Zamawiający nie zapytał, to wykonawcy nie mieli okazji do odmówienia przedłużenia terminu. Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Rzeszowie, który w postanowieniu z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10), dokonał w uzasadnieniu wykładni treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Sądu wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś, kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody/nie zgodził się, na przedłużenie okresu związania ofertą. Za powyższym przemawia również dokonana przez Sąd Okręgowy wykładnia systemowa, to jest odczytanie treści art. 24 ustęp 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w świetle art. 85 ustęp 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby bowiem ustawodawca chciał, aby podstawa wykluczenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ustęp 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc zarówno, co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 24

ust. 2 pkt 2 zastosowałby z pewnością inne określenie, niż nawiązujące do wyrażenia zgody przez wykonawców.

Mając na względzie powyższe i biorąc pod uwagę zakres zaskarżenia czynności Zamawiającego, wskazany w podniesionym zarzucie w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należy stwierdzić, że brak jest podstaw do uznania zarzutu w tym zakresie, gdyż wykluczenie wykonawcy z postępowania jest możliwe tylko w przypadku, kiedy wykonawca zostanie wezwany do wyrażenia zgody na propozycję zamawiającego na przedłużenie okresu związania ofertą i takiej zgody nie wyrazi, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Działanie Zamawiającego nie naruszyło zatem normy prawnej, wskazanej przez Odwołującego.

Zamawiający przedstawił następujący przebieg zdarzeń w zakresie terminu związania ofertą oraz wniesienia wadium.

Zgodnie z punktem 15.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia termin związania ofertą wynosił 90 dni. Termin składania ofert upłynął 11 września 2015 r. Oferty w postępowaniu złożyli następujący wykonawcy:

- 1) KBU Sp. z o.o.,
- 2) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Saferoad Grawil Sp. z o.o. i Saferoad Kabex Sp. z o.o.,
- 3) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „GNOM” Sp. z o.o. i „N.R.” Sp. z o.o.,
- 4) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A.,
- 5) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FBSerwis S.A. i Ferroser Infraestructuras S.A.
- 6) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. Komandytowa i Firma-Produkcyjno-Handlowo-Usługowa „BADERA” Tadeusz Badera,
- 7) Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A.
- 8) Mota-Engil Central Europe S.A.

Zamawiający 22 grudnia 2015 r., zgodnie z art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni. Zamawiający jednocześnie poinformował, że zgoda na przedłużenie okresu związania jest dopuszczalna tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

- 1) Wykonawca KBU Sp. z o.o. w terminie złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz jednocześnie przedstawił aneks do gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej zabezpieczenie wadium obowiązujący do 31 marca 2016 r. Przedłużony termin związania ofertą przez KBU Sp. z o.o. upływał 31 marca 2016 r. Do tego dnia wykonawca

nie złożył ponownego oświadczenia o dalszym przedłużeniu terminu związania ofertą z równoczesnym przedłożeniem aneksu gwarancji bankowej. Dopiero 7 czerwca 2016 r. do Zamawiającego dotarło oświadczenie oraz aneks do gwarancji, z których wynika, że intencją wykonawcy było przedłużenie terminu związania ofertą.

2) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Saferoad Grawil Sp. z o.o. i Saferoad Kabex Sp. z o.o.:

- przedstawili gwarancję wadialną obowiązującą od 11.09.2015 r. do 9.12.2015 r.,
- 7.12.2015 r. przedłużyli termin związania ofertą do 8.03.2016 r. wraz z przedłużeniem ważności wadium do 8.03.2016 r.,
- 24.12.2015 r. w odpowiedzi na pismo z 22.12.2015 r. poinformowali, iż pismem z 4.12.2015 r. przedłużyli termin związania ofertą,
- 2.03.2016 r. przedłużyli termin związania ofertą do 8.06.2016 r. wraz z przedłużeniem terminu ważności wniesionego wadium (aneks nr 2 – termin ważności gwarancji wydłużony do 8.06.2016 r.),
- 6.06.2016 r. przedłużyli termin związania ofertą do 8.08.2016 r. wraz z przedłużeniem terminu ważności wniesionego wadium (aneks nr 3 – termin ważności gwarancji wydłużony do 8.08.2016 r.),
- 1.08.2016 r. przedłużyli termin związania ofertą do 30.09.2016 r.,
- 23.09.2016 r. przedłużyli termin związania ofertą do 30.11.2016 r.,
- 24.11.2016 r. przedłużyli termin związania ofertą do dnia 31.01.2017 r.,

3) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „GNOM” Sp. z o.o. i „N.R.” Sp. z o.o.

- wnieśli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej ważnej od 11.09.2015 r. do 09.12.2015 r.,
- 9.12.2015 r. wyrazili zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do 7.02.2016 r. oraz przedstawili aneks do gwarancji (ważność gwarancji od 11.09.2015 r. do 7.02.2016 r.),
- 23.12.2015 r. wyrazili zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do 8.03.2016 r. oraz przedstawili aneks nr 2 do gwarancji (ważność gwarancji od 11.09.2015 r.),

4) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A.:

- wykonawca wniósł gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium – okres ważności wadium od 11.09.2015 r. do 28.12.2015 r.,
- 24.12.2015 wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. Jednocześnie przedłużył okres ważności wadium do 4.03.2016 r. (aneks nr 1 z 23.12.2015 r.),
- 29.02.2016 r. przedłużył termin związania ofertą do 29.04.2016 r. oraz poinformował, że wniósł wadium w formie pieniądza, aby zachować ciągłość wniesionego wadium,
- 29.04.2016 r. przedłużył termin związania ofertą do 31.05.2016 r.,
- 30.05.2016 r. przedłużył termin związania ofertą do 30.06.2016 r.,

- 29.06.2016 r. przedłużył termin związania ofertą do 29.07.2016 r.

5) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia FB Serwis S.A. i Ferroser Infraestructuras S.A.

- wnieśli wadium w formie gwarancji bankowej ważnej od 11.09.2015 r. do 23.12.2015 r.,

- 21.12.2015 r. przedłużyli termin związania ofertą o 60 dni oraz okres ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą wraz z aneksem nr 1 z 18.12.2015 (termin ważności gwarancji został przedłużony do 29.02.2016 r.),

- 17.02.2016 r. przedłużyli termin związania ofertą do 31.05.2016 r. oraz okres ważności wadium wraz z przedłożeniem aneksu nr 2 z 17.02.2016 r. (termin ważności gwarancji został przedłużony do dnia 06.06.2016 r.),

- 30.05.2016 r. przedłużyli termin związania ofertą do 06.06.2016 r.,

- 3.06.2016 r. przedłużyli termin związania ofertą do 12.08.2016 r. oraz przedłużyli okres ważności wadium do 12.08.2016 r. wraz z przedłożeniem aneksu nr 3 z 31.05.2016 r.,

- 10.08.2016 r. przedłużyli termin związania ofertą do 30.09.2016 r.

6) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BADER-DRÓG Sp. z o.o. Sp. Komandytowa i Firma-Produkcyjno-Handlowo-Usługowa „BADERA” Tadeusz Badera

- wnieśli gwarancję bankową ważną od 11.09.2015 r. do 11.12.2016 r.,

- 24.12.2015 r. wyrazili zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni oraz poinformowali, że oryginał aneksu z 8.12.2015 przedłużający okres ważności gwarancji wadialnej został przekazany do siedziby Zamawiającego (gwarancja ważna do 10.03.2016 r.),

7) Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A.:

- wniósł wadium w postaci kilku gwarancji ubezpieczeniowych: z 9.09.2015 r. od obowiązującą od 11.09.2015 r. do 10.12.2015 r., z 10.09.2015 r. obowiązującą od 11.09.2015 r. do 10.12.2015 r., z 9.09.2015 r. obowiązującą do 11.09.2015 r. do 10.12.2015 r.,

- 9.12.2015 r. samodzielnie przedłużył termin związania ofertą do 10.03.2016 r. wraz z przedłużoną ważnością wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowych – wszystkich trzech ważnych do 10.03.2016 r.,

- 9.03.2016 r. przedłużył termin związania ofertą do 10.05.2016 r. wraz z wadium z okresem ważności gwarancji od 11.03.2016 r. do 10.05.2016 r.,

- 10.05.2016 r. przedłużył termin związania ofertą do 9.08.2016 r. wraz z wadium z okresem ważności od 11.05.2016 r. do 09.08.2016 r.,

- 8.08.2016 r. przedłużył termin związania ofertą do 7.11.2016 r. oraz przedłużył gwarancje ubezpieczeniowe do 7.11.2016 r.,

- 3.11.2016 r. przedłużył termin związania ofertą wraz z gwarancją wadialną do 5.02.2017 r.

8) MOTA-ENGIL CENTRAL Europe S.A.

Na wezwanie Zamawiającego wykonawca nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą oraz nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą.

5 lipca 2016 r. Zamawiający zwrócił wadium wszystkim wykonawcom za wyjątkiem wykonawcy wybranego, a 2.08.2016 r. zwrócił wadium Przedsiębiorstwu Budownictwa Drogowego S.A.

Przystępujący Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A.

Również przystępujący po stronie zamawiającego Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawca podniósł, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania m.in. jeśli nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy może nastąpić jedynie w przypadku, kiedy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza konieczność aktywnego sprzeciwu wykonawcy, w sytuacji, w której zamawiający zwrócił się do niego o wyrażenie takiej zgody.

Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.:

1) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 maja 2014 r. sygn. KIO 871/14: „W każdym razie należy przyznać rację odwołującemu, iż powszechny pogląd sytuację, w której wykonawca złożył zamawiającemu przedłużoną gwarancję wadium, a nie wystosował oświadczenia, w którym deklaruje przedłużenie terminu związania ofertą, kwalifikuje jako dostateczne wyrażenie woli przedłużenia terminu związania ofertą. Izba nie widzi powodu, dla którego obecnie miałyby ten ustalony pogląd negować.”

2) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 września 2013 r. sygn. KIO 2019/13 „Krajowa Izba Odwoławcza podziela ugruntowane już orzecznictwo Izby w zakresie braku możliwości zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w stosunku do wykonawcy, który nie był wzywany do przedłużenia terminu związania ofertą.”

3) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 lutego 2013 r., sygn. KIO 124/13: „Jedyną przesłanką, na podstawie której można by odrzucić ofertę wykonawcy z powodu upływu terminu związania ofertą, jest art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten mówi, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania m.in. jeśli nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a w konsekwencji w oparciu o przepis art. 24 ust. 4 ofertę takiego wykonawcy uznaje się za odrzuconą. W niniejszej sprawie nie można jednak mówić o braku zgody odwołującego na przedłużenie związania ofertą, która mogłaby skutkować jego wykluczeniem, albowiem zamawiający z takim wnioskiem do wykonawców w ogóle nie wystąpił i tym samym wykonawców o taką zgodę nikt nie pytał. W tym zakresie zasadne jest przywołanie stanowiska Sądu Okręgowego w Rzeszowie, który

w postanowieniu z dnia 16 lutego 2011 r. VI Ga 192/10 (Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 8 poz. 198), dokonał wykładni treści art. 24 ust. 2 pkt 2 w zakresie możliwości wykluczenia wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, z którą to interpretacją Izba w tym składzie się utożsamia. Sąd w uzasadnieniu stwierdził, że „Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost, iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody – nie zgodził się, na przedłużenie okresu związania ofertą. Za powyższym przemawia również dokonana przez Sąd Okręgowy wykładnia systemowa, to jest odczytanie treści art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w świetle powoływanego zresztą przez skarżącego art. 85 ust. 2 Pzp. Zgodnie z tą normą wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na trzy dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Norma ta wskazuje więc na dwie możliwości. Pierwsza to kiedy wykonawca samodzielnie przedłuża termin związania ofertą, druga kiedy to zamawiający zwróci się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu. W korelacji właśnie z drugą z tych możliwości, posługując się zresztą dokładnie tym samym określeniem (odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie terminu) pozostaje możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego. Gdyby bowiem ustawodawca chciał, aby podstawa wykluczenia 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. 24 ust. 2 pkt 2 nie zastosowałby z pewnością odnośnika do wyrażenia zgody, a do określenia nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, ale określenia typu nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą, nie przedłużyli okresu związania ofertą i tym podobne. Ustawodawca użył natomiast wyraźnego określenia nie zgodzili się odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 Pzp.”

4) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 listopada 2014 r., sygn. KIO 2416/14: „Zamawiający podniósł, że odwołujący nie dokonał przedłużenia terminu związania ofertą, a był związany ofertą do 14.11.2014 r. natomiast złożył odwołanie 17.11.2014 r. Z tego względu odwołujący nie ma interesu nawet gdyby zapadło orzeczenie niekorzystne dla zamawiającego to i tak zamawiający nie będzie mógł zawrzeć umowy z odwołującym. Jednak, jak stwierdziła Izba, zamawiający nie wystąpił do odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą i odwołujący nie wypowiedział się odnośnie zgody na przedłużenie

okresu związania ofertą. Przepis art. 22 ust. 2 pkt 2 Pzp brzmi: »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«. Z treści tego przepisu wynika, że zamawiający może [i jednocześnie jest obowiązany] wykluczyć wykonawcę, który nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, a więc nie dotyczy to sytuacji, w jakiej się znalazł odwołujący. Zamawiający nie wnioskował do odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą i w związku z tym odwołujący nie złożył oświadczenia o niewyrażeniu zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Wynika z tego, że zamawiający nie może zastosować do zaistniałej sytuacji art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i wykluczyć odwołującego z postępowania. Nadto odwołujący ma możliwość zawarcia ważnej umowy z zamawiającym. Podobnie bogate orzecznictwo wyrok sygn. akt KIO/UZP 1261/09, wyroki sygn. akt KIO 459/12, KIO 467/12, KIO 483/12, KIO 1768/12, KIO 655/13, KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13, KIO 1410/14, uchwały sygn. akt KIO/KD 46/10, KIO/KO 46/10, KIO/KD 44/11, KIO/KD 85/12, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 16 lutego 2011 r. sygn. akt VI Ga 192/10, wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 17 stycznia 2013 r. sygn. akt IX Ga 392/13. Zwłaszcza wyrok z 23.07.2014 r. (sygn. akt 1410/14), cyt. »Izba podziela pogląd reprezentowany w [...] orzeczeniu Sądu Okręgowego w Rzeszowie jak również wyrażony w Wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z 17 stycznia 2013 roku sygn. akt IX Ga 392/13. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, zawierającego zamknięty katalog przesłanek wykluczenia – przesłanek wykluczenia z postępowania nie można interpretować rozszerzająco – można wykluczyć wykonawcę z postępowania, gdy w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie wyraził on [odwołujący] zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Nie można przyjąć, w oparciu o ten przepis, że nieprzedłużenie związania ofertą w sytuacji braku wezwania przez zamawiającego, jest równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego. Zaznaczyć należy, że upływ terminu związania ofertą w żadnym przypadku, sam przez się, nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, bowiem nie stanowi przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy.»

5) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2013 r., sygn. KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13: „w zakresie wykluczenia Odwołującego, to jest braku oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą na okres po 12 kwietnia 2013 r., uznano, że powyższe także nie może być podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania. Podzielono w powyższym zakresie pogląd, jaki jest wyrażany w orzecznictwie oraz doktrynie, że upływ terminu związania ofertą bez jego wyraźnego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany jako nie

skutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z tego postępowania. Wskazuje się również, że upływ terminu związania ofertą, rodzi ten skutek, że wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy na warunkach podanych w ofercie, a jedynie jest do tego uprawniony. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje bowiem utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty lub o tym, że nie mamy już do czynienia z ofertą, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy (w takiej sytuacji wykonawca staje się uprawniony jedynie do zawarcia umowy). W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, albo że wykonawca powinien w takiej sytuacji zostać wykluczony.”

6) uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 24 maja 2011 r. sygn. KIO/KD 44/11: „upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany, jako nieskutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z tego postępowania. Wskazuje się, że po upływie terminu związania ofertą, oferta nadal pozostaje ofertą, a to nie uprawnia zamawiającego do automatycznego nierozpatrywania takiej oferty i uważa się, że brak związania ofertą oznacza tylko brak obowiązku zrealizowania treści oferty po stronie wykonawcy, ale nie oznacza braku prawa tegoż wykonawcy do zrealizowania treści oferty”. Zdaniem Przystępującego upływ okresu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie dokonaniu wyboru oferty uczestnika postępowania jako oferty najkorzystniejszej i zawarcia z nim umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. Upływ okresu związania ofertą oznacza wyłącznie, iż wykonawca taki ma prawo, bez ponoszenia negatywnych konsekwencji w postaci utraty wadium, odmówić zawarcia umowy z Zamawiającym. W żaden sposób nie niweczy to prawa wykonawcy do wyboru jego oferty i zawarcia umowy, jeżeli tylko wyraża on taką wolę. W niniejszym przypadku, działania i oświadczenia

uczestnika postępowania jednoznacznie potwierdzają jego wolę uzyskania zamówienia i zawarcia umowy z Zamawiającym.

Niedopuszczalna jest wykładnia przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w świetle której przepis ten miałby powodować „wygaśnięcie” oferty wykonawcy w przypadku, w którym oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą nie dotrze do Zamawiającego przed momentem upływu poprzedniego terminu związania ofertą. Taka interpretacja wprowadziłaby bowiem sankcję nie znaną przepisom ustawy, a mianowicie sankcję „wygaśnięcia oferty”.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych „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.” Regulacja ta stanowi przejaw specyfiki postępowania o zamówienia publiczne i w konsekwencji, zgodnie z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych regulacja Kodeksu cywilnego nie ma tu zastosowania.

Zamawiający może więc wezwać do przedłużenia okresu związania ofertą jednokrotnie i musi to uczynić przed upływem okresu związania ofertą, natomiast wykonawca może dowolnie często składać oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą i nie musi tego czynić w okresie związania ofertą, ponieważ taki obowiązek nie wynika z treści przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odmienność charakteru oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego od oferty w rozumieniu Kodeksu cywilnego potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 lipca 2014 r., sygn. XXIII Ga 924/14, w którym wskazano: „Co do specyfiki ofert składanych w reżimie p.z.p. należy wskazać, iż zgodnie z treścią art. 82 ust. 1 p.z.p. każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, a zamawiający obowiązany jest do zbadania i oceny oferty (art. 87 ust. 1 p.z.p.). Dodatkowo terminy związania ofertą są wyraźnie określone w art. 85 p.z.p. Zasadniczą jednak 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 istotne różnice w zakresie doniosłości skutków przyjęcia oferty na gruncie przepisów kodeksu cywilnego (samoistne, automatyczne zawarcie umowy) i wyboru oferty najkorzystniejszej na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych (wstępny etap poprzedzający zawarcie umowy) nie można w prosty mechaniczny sposób przenosić rozwiązań prawa cywilnego na prawo zamówień publicznych w zakresie skutków i konsekwencji upływu terminu związania ofertą. Z uwagi na tak doniosłe

skutki przyjęcia oferty z kodeksu cywilnego (automatyczne zawarcie umowy) upływ terminu związania ofertą powoduje automatyczny, bezpowrotny upadek oferty. Jej przyjęcie po upływie terminu związania nie rodzi skutku w postaci zawarcia umowy, może być jedynie rozważane jako nowa oferta zamawiającego. Skutek wyboru oferty w rozumieniu prawa zamówień publicznych nie jest tak doniosły, tj. nie powoduje automatycznego zawarcia umowy, brak jest zatem podstaw, aby tak doniosły był również skutek upływu terminu związania ofertą polegający na automatycznym, bezpowrotnym jej upadku. Zaznaczyć przy tym należy, że w reżimie przepisów p.z.p. przyjęcie przez zamawiającego propozycji zawarcia umowy nie może być uznane, tak jak ma to miejsce w przypadku reżimu kodeksowego, jako nowa oferta, czy kontroferata, w sytuacji złożenia oświadczenia po upływie terminu związania, albowiem ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może złożyć jedynie wykonawca, a ponadto, jak już wskazano powyżej, może to uczynić tylko raz.

Wypada podkreślić, że zasadniczą funkcją związania ofertą na gruncie zamówień publicznych jest ochrona interesu zamawiającego, dzięki czemu ma on pewność, co do stabilności i stałości treści złożonej oferty mimo upływu czasu. Przedłużenie terminu związania ofertą leży więc przede wszystkim w interesie zamawiającego, aby sprawnie i profesjonalnie przeprowadzić postępowanie przetargowe. Z drugiej strony terminy związania ofertą wskazane w art. 85 p.z.p. mają na celu ochronę wykonawcy, zapewniając mu możliwość uchylenia się od zawarcia umowy w przypadku utraty zainteresowania zawarciem umowy. Podnieść należy, iż uznanie, że w sytuacji upływu terminu związania ofertą zamawiający nie może już zawrzeć umowy z wykonawcą, który wyraża chęć podpisania umowy, stałoby w sprzeczności z funkcją, dla jakiej zostały wprowadzone do p.z.p., przepisy dotyczące związania ofertą, albowiem zamiast realizować podstawowy cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który sprowadza się do wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy, w istocie uniemożliwiałyby to. Reasumując tą część rozważań wskazać należy, że z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów p.z.p., należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W ocenie Sądu Okręgowego brak jest również podstaw do przyjęcia, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zaszyły przesłanki wskazane w art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. uzasadniające odrzucenie przez zamawiającego oferty w sytuacji jej niezgodności z ustawą. Skarżący z treści przepisu art. 85 ust. 2 p.z.p., który stanowi, 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, wywodzi obowiązek wykonawcy złożenia oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą przed upływem okresu związania ofertą. W ocenie Sądu Okręgowego z takim stanowiskiem nie można się zgodzić, albowiem z treści przepisu wynika bezpośrednio, że ograniczenie „przed upływem terminu związania ofertą” odnosi się jedynie do zamawiającego, który może się zwrócić do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu, na co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą i może uczynić to tylko raz. Ograniczenie to nie dotyczy wykonawców, którzy mogą takie oświadczenie składać wielokrotnie bez ograniczenia upływającym terminem związania ofertą. W ocenie Sądu Okręgowego, w realiach niniejszej sprawy nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy (...) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p., który stanowi, że 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. W przedmiotowej sprawie, nie budzi wątpliwości fakt, że wadium zabezpieczało ofertę. Okoliczność ta nie była także kwestionowana przez skarżącego. Zdaniem Sądu Okręgowego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie można przyjąć, iż wykonawca (...) nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wykonawca (...) wielokrotnie składał oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i nawet w przypadku wystąpienia ewentualnych kilkudniowych przerw w związaniu ofertą nie można przyjąć, że wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. W takim stanie rzeczy nie można mówić o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji, czy równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 p.z.p.). Zdaniem Sądu Okręgowego wola wykonawcy (...) co do przedłużenia okresu związania ofertą oraz chęci zawarcia umowy, nie budziła w realiach przedmiotowej sprawy żadnych wątpliwości. Kilkakrotne pisemne oświadczenia, powiązane z faktycznym zabezpieczeniem oferty wadium, jednoznacznie wskazują wolę wykonawcy zawarcia umowy i nic ma tu miejsca na interpretację tego stanu faktycznego w kierunku uznania braku wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą. Dodatkowo należy zauważyć, że wykładnia językowa art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. prowadzi do wniosku, że wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się on na przedłużenie okresu związania ofertą, co należałoby rozumieć w ten sposób, że zastosowanie tego przepisu, w tym zakresie, możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś, kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pyta, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody (nie zgodził się), na przedłużenie okresu związania ofertą. W ocenie Sądu Okręgowego przedstawione powyżej okoliczności, a przede wszystkim niezaprzeczalna gotowość zawarcia umowy przez wykonawcę (...) sprawia, że w realiach przedmiotowej

sprawy możliwy jest zarówno wybór jak i zawarcie umowy z tym wykonawcą, nawet w przypadku przyjęcia ewentualnych przerw w związaniu ofertą.”

Na słusność też zawartych w przywołanym wyroku wskazuje też regulacja zawarta w art. 94 ust. 3 w zw. z art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż jeżeli wybrany wykonawca uchyla się od zawarcia umowy lub wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, to zamawiający może wybrać najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. Zatem bez względu na to, czy upłynął okres związania taką ofertą czy też nie. Przepis art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na przesłanki unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne – upływ okresu związania w odniesieniu nawet do wszystkich ofert nie jest przesłanką do unieważnienia postępowania. Skoro przepis art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości odrzucenia oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, to także nie będzie to stanowiło podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji zamawiający może dokonać wyboru oferty i następnie zawrzeć umowę z wykonawcą, którego oferta złożona w toku postępowania przestała – z punktu widzenia Kodeksu cywilnego – wiązać. Przyjęcie w konsekwencji propozycji zawarcia umowy nie jest złożeniem przez wykonawcę nowej oferty czy też kontroferty, bowiem nie ma wyjątków od zasady wyrażonej w art. 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i w toku jednego postępowania o zamówienie publiczne wykonawca ma prawo złożyć tylko jedną ofertę. Zgodnie z orzecnictwem KIO, a przede wszystkim Sądów Okręgowych orzekających w przedmiocie skarg na wyroki KIO, formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie. Skoro zatem Uczestnik postępowania wyraża wolę zawarcia umowy z Zamawiającym, to wybór złożonej przez niego oferty byłby w pełni uprawniony.

Wyrok KIO z 5 lutego 2013 r., sygn. KIO 124/13: „Odnosząc się do ewentualnych skutków prawnych braku związania ofertą przez wykonawcę stwierdzić należy, że ustawa Pzp nie zawiera przepisu, który wprost by stanowił o tym, że wybranie oferty, co do której wykonawca nie posiada aktualnego oświadczenia o związaniu jej treścią, jest nieważne, a umowa zawarta z takim wykonawcą jest nieważna lub podlega unieważnieniu. Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o ważności i skuteczności złożonej oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, która nie wiąże wykonawcy, straciła cechy oferty i w związku z tym winna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu.”

Wyrok KIO z 28 sierpnia 2013 r., sygn. KIO 1953/13: „Niezależnie jednak od powyższego Izba stwierdziła, że w obecnie obowiązującym stanie prawnym nie istnieje zakaz zawierania

umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą. (...) Niezasadnym było powoływanie się przez przystępującego na przepis art. 66 KC. Podkreślenia wymagają różnice pomiędzy instytucją związania ofertą na gruncie KC i na gruncie ustawy Pzp. Oferta, o której mowa w art. 66 kodeksu cywilnego, jest oświadczeniem wyrażającym stanowczą wolę oferenta dotyczącą zawarcia umowy. Stan związania ofertą powoduje, że oblat może przez samo przyjęcie oferty doprowadzić do zawarcia umowy o treści określonej w ofercie. Z uwagi na znaczną uciążliwość związania dla oferenta, stan ten został ograniczony terminem – po upływie którego związanie ofertą wygasa. W konsekwencji, po upływie tego terminu oferta w rozumieniu art. 66 Kodeksu cywilnego traci swoją podstawową właściwość, jaką jest stanowczość woli zawarcia umowy skutkująca automatycznym zawarciem umowy w przypadku przyjęcia oferty przez oblata, a zatem nie może już być uznawana za ofertę skuteczną i ważną. Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego waloru stanowczości, w rozumieniu wskazanym powyżej, nie posiada. Należy bowiem zauważyć, że dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej nie powoduje powstania pomiędzy nim a wykonawcą stosunku umownego (automatycznego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego), a jedynie uprawnia go do żądania od wykonawcy złożenia kolejnego oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy. Związanie ofertą na gruncie prawa zamówień publicznych oznacza zatem jedynie powstanie po stronie wykonawcy obowiązku złożenia – w przypadku wyboru jego oferty – oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku, gdy wykonawca obowiązku tego nie dopełni, umowa nie zostanie zawarta. Z tego względu na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o skuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Powyższa odrębność, w ocenie Izby, przesądza, że odwołujący, pomimo, iż nie jest już związany ofertą, to jednak legitymuje się wciąż interesem w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.”

Wyrok KIO z 17 kwietnia 2013 r., sygn. KIO 719/13: „Odwołujący zdaje się też pomijać okoliczność (a także Zamawiający, dokonując odrzucenia ofert innych niż Odwołujący wykonawców), że sam fakt upływu terminu związania ofertą nie musi wywoływać skutku w postaci odrzucenia tych ofert. (...) Wskazuje się również, że upływ terminu związania ofertą, rodzi ten skutek, że wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy na warunkach podanych w ofercie, a jedynie jest do tego uprawniony. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje bowiem utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty, ale

o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III Powody wystąpienia Krajowej Izby Odwoławczej z pytaniem prejudycjalnym

Uwagi ogólne

Wobec przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej, na podstawie Traktatu Akcesyjnego, prawo unijne stało się od tej daty częścią obowiązującego porządku prawnego, mając, w przypadku kolizji z prawem krajowym, pierwszeństwo ze względu na treść art. 91 ust. 3 Konstytucji RP w związku z art. 2 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia, stanowiącego część Traktatu Akcesyjnego. Zasada pierwszeństwa prawa unijnego ma również oparcie w ugruntowanym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Izba doszła do przekonania, że ocena zasadności zarzutów odwołania wiąże się z koniecznością dokonania wykładni przepisów prawa unijnego.

Przy tym, zdaniem Izby, jedynie wskazanie przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej poglądu w zakresie znaczenia i sposobu stosowania wskazanych przepisów, jest w stanie w największym stopniu zagwarantować stałość i jednolitość praktyki w zakresie objętym sporem. Należy też zwrócić uwagę, że ze względu na brak w dyrektywach konkretnych regulacji dotyczących kwestii formalnych związanych z ważnością ofert oraz szcątkowych regulacji w tym zakresie w prawie krajowym, rozstrzygnięcie podniesionej kwestii właściwie w całości pozostawiono orzecznictwu. Ze względu zaś na to, że, pomimo kilkunastu lat sporów w tej kwestii, orzecznictwo krajowe wypracowało dwa równoległe, odmienne poglądy, powoduje to stan niepewności prawnej zarówno po stronie wykonawców, jak i zamawiających, a tym samym również stan braku przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wątpliwości co do równego traktowania wykonawców. Każdorazowo bowiem sytuacja wykonawców w różnych postępowaniach zależy od tego, który pogląd będzie reprezentował dany zamawiający, a następnie poszczególne składy orzekające czy to Izby, czy sądów okręgowych.

Należy też zauważyć, że do grupy zasad ogólnych obowiązujących w prawie Unii Europejskiej zalicza się m.in. zasadę pewności prawa i ochrony zaufania, zasadę proporcjonalności i zasadę jawności (przejrzystości). Zasada pewności prawa i ochrony zaufania oznacza m.in., że chroniona powinna być pewność prawa (orzeczenie TSUE w sprawie 1/73). Podobnie zasada jawności wymaga zapewnienia wykonawcy możliwości

uzyskania swobodnego dostępu do potrzebnych informacji. Tym samym nie może być tak, że wykonawca nie wie, jak w danym postępowaniu zostanie potraktowany on oraz jego konkurenci, a w różnych postępowaniach w tej samej sytuacji wykonawcy będą traktowani inaczej.

Zasada proporcjonalności oznacza m.in., że akty państw członkowskich wydane w ramach legislatywy, egzekutywy i sądownictwa muszą być „odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do zamierzonych celów” (orzeczenie TSUE w sprawie 265/87).

Podkreślić również trzeba, że pomimo iż sporne kwestie należą do sfery prawa cywilnego i mogą być różnie uregulowane w różnych krajach członkowskich, to mają bezpośredni wpływ na procedurę udzielania zamówień publicznych i wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli materię uregulowaną dyrektywami 2004/18/WE i 2004/17/WE oraz odpowiadającymi im dyrektywami z roku 2014, a więc także na prawidłowość ich implementacji. Przy tym należy zauważyć, że praktyka orzecznicza również jest elementem implementacji przepisów unijnych.

Stosownie do art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w przypadku, gdy pytanie związane z wykładnią Traktatów jest podniesione przed sądem jednego z państw członkowskich, sąd ten może, jeśli uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku, zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o rozpatrzenie tego pytania.

Ze względu na wątpliwości zaistniałe przy wykładni powyżej wskazanych przepisów przywołanych dyrektywy, uwzględniając przytoczone postanowienia art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Izba uznała, że celowe jest skierowanie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact Krajowej Izbie Odwoławczej przysługuje prawo zadawania pytań prejudycjalnych Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Charakter zagadnień poruszanych w niniejszym zapytaniu ma istotne znaczenie również dla transgranicznej wymiany towarów i usług, ponieważ powyższy problem pojawia się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i dotyczy wykonawców niezależnie od kraju ich pochodzenia – przy czym wykonawcy zagraniczni mogą mieć o tyle utrudnioną sytuację, że w naturalny sposób są mniej zaznajomieni z prawem obcego kraju,

w szczególności w sytuacji, gdy prawo to wynika nie bezpośrednio z treści przepisów, ale z przyjętych interpretacji.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie rozstrzygał dotychczas przedmiotowej kwestii prawnej, tj. nie wskazywał prawidłowej interpretacji powyżej wskazanych przepisów w poruszonym zakresie.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

Określone w dyrektywie 2004/18/WE zasady udzielania zamówień publicznych wskazują w sposób jednoznaczny, że zamawiający zobowiązani są do równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także postępowania w sposób przejrzysty. Zamawiający powinni działać także w zgodzie z innymi przywołanymi powyżej zasadami, jak w szczególności zasadą proporcjonalności.

Jak wskazał Trybunał w wyroku z 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 Wall AG v. Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungsbund Service (FES) GmbH „obowiązek przejrzystości wynika wprost z art. 43 WE i 49 WE, które są bezpośrednio skuteczne w wewnętrznym porządku prawnym państw członkowskich, z pierwszeństwem przed wszelkimi przepisami prawa krajowego, które byłyby z nimi niezgodne”.

Z kolei w orzeczeniu z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. Trybunał podkreślił, że instytucja zamawiająca ma obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny tak, aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, wykonawcy nie odnieśli wrażenia, że instytucja zamawiająca w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów. Tym bardziej, zdaniem składu orzekającego, takiego wrażenia nie powinna sprawiać sama procedura udzielania zamówień wynikająca z przepisów prawa.

W przedmiotowej sprawie rozpatrywanej przez Izbę kwestią sporną są skutki dla oferty wynikające z upływu terminu związania nią wykonawcy przed zawarciem umowy.

Należy zauważyć, że ustawa Prawo zamówień publicznych kilkakrotnie posługuje się pojęciem terminu związania ofertą. Ze względu na brak w tej ustawie odmiennej definicji pojęcie to przywoływane jest w znaczeniu przyjętym w art. 66 § 2 Kodeksu cywilnego, czyli wykonawca jest związany swoją ofertą, a przestaje ona go wiązać po upływie oznaczonego w niej terminu, w ciągu którego „oczekiwać będzie na odpowiedź” zamawiającego.

Jednak w ustawie Prawo zamówień publicznych występuje kilka różnic w stosunku do wskazanej regulacji, gdyż to nie wykonawca (oferent) określa termin związania ofertą, ale zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w granicach przepisów ustawy

– zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje maksymalny termin podawany w specyfikacji. Oferent zaś musi ten wyznaczony przez zamawiającego termin zaakceptować. Takie rozwiązanie, zdaniem składu orzekającego, wynika z faktu, że specyfikacja kierowana jest najczęściej do wielu podmiotów, których działania trzeba ujednoclić. Jest ono także znane na gruncie innego rodzaju przetargów i aukcji i zostało wspomniane w art. 70² § 1 i art. 70³ § 1 Kodeksu cywilnego.

Z treści art. 85 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym stwierdzono wprost, że „wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, można wnioskować, iż jedynie upływ tego terminu zwalnia wykonawcę od związania ofertą. Tym samym wybór innej oferty czy odrzucenie oferty wykonawcy, a nawet unieważnienie postępowania, nie powodują ustania stanu związania oferenta ofertą – jest to uzasadnione tym, że każda z tych czynności zamawiającego może zostać zmieniona, czy to z inicjatywy wykonawców, czy samego zamawiającego.

Kwestia przedłużania terminu związania ofertą została uregulowana w art. 85 ust. 2–4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z przepisów tych wynika, że wykonawca może przedłużyć termin związania ofertą samodzielnie lub na wniosek zamawiającego, z tym że zamawiający z takim wnioskiem może zwrócić się tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą i na oznaczony okres, nie dłuższy niż 60 dni. Wskazane 3 dni oznaczają minimalny zagwarantowany dla wykonawcy okres na złożenie oświadczenia w tym zakresie oraz, przede wszystkim, przedłużenie okresu ważności wadium (chodzi tu zwłaszcza o zdobycie oświadczenia gwaranta lub poręczyciela), a także przekazanie tych dokumentów zamawiającemu. Z przepisu wynika też, że przedłużenie terminu związania ofertą musi się wiązać z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, przy czym po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej obowiązek ten dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana (wadia pozostałych wykonawców zamawiający musi zwrócić, więc nie ma potrzeby i możliwości ich przedłużenia).

Odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie powoduje utraty wadium (art. 85 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) – wykracza bowiem poza zakres pierwotnych ustaleń oferty, którą wadium zabezpiecza. Skutkuje natomiast wykluczeniem wykonawcy z postępowania, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiącą, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy m.in. nie wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Jest to logiczna konsekwencja braku zgody wykonawcy, który to brak zgody należy odczytywać jako rezygnację z dalszego udziału w postępowaniu (najczęściej wykonawca ten

jest zbyt daleko w rankingu ofert, by mieć szansę na uzyskanie zamówienia). Wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty w oficjalny sposób kończy byt jego oferty w postępowaniu.

Odmowa przedłużenia terminu związania ofertą nie powoduje jednak, że termin ten kończy się wcześniej, niż zostało to zadeklarowane przy złożeniu oferty lub w późniejszym oświadczeniu o przedłużeniu terminu związania ofertą. Złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą w trakcie biegu okresu poprzedniego pozostaje w stanie skuteczności zawieszony aż do upływu pierwotnego okresu związania. Przedłużenie okresu związania ofertą rozpoczyna bowiem bieg z upływem okresu poprzedniego. I dopiero z chwilą rozpoczęcia biegu okresu przedłużonego możliwa jest ocena, czy wykonawca przedłużył ważność wadium lub wniósł nowe wadium na cały przedłużony okres. Użyte w powołanym przepisie sformułowanie «jednoczesne przedłużenie ważności wadium...» odnosi się do przedłużonego okresu związania ofertą. Skoro jednak okres przedłużony zaczyna się z upływem okresu poprzedniego, to ocena jednoczesności zabezpieczenia musi brać pod uwagę tę okoliczność w taki sposób, aby oferta pozostawała zabezpieczona zarówno w starym okresie związania, jak i przez wszystkie dni okresu nowego (wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 17 marca 2010 r., sygn. III Ca 177/10).

W orzecznictwie, m.in. cytowanym powyżej, wskazuje się też, że art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w swojej treści odnosi się jedynie do braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą – czyli przedłużenia dokonywanego na wniosek zamawiającego. Taki pogląd może mieć uzasadnienie nie tylko w samym brzmieniu tego przepisu, lecz także w jego interpretacji opartej na historycznym brzmieniu przepisów i ich wzajemnym powiązaniu, gdyż pierwotnie art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazywał jedynie na wezwanie zamawiającego do przedłużenia tego terminu, a możliwość jego samodzielnego przedłużania przez wykonawców została dodana dopiero w latach późniejszych ze względu na konieczność zatrzymania sytuacji, w których zamawiający, poprzez opóźnianie terminów zawarcia umowy „wygaszali” oferty (w szczególności tylko niektóre oferty) poprzez doprowadzanie do upływu terminów związania nimi – co jednak nie spowodowało zmiany podstawy wykluczenia.

Takie stanowisko w zakresie interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych prezentowane jest w większości orzeczeń dotyczących kwestii upływu terminu związania ofertą, np. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 czerwca 2015 r., XXIII Ga 729/15 wskazano że „wykładnia językowa art. 24 ust. 2 pkt 2 powołanej ustawy prowadzi bowiem jednoznacznie do wniosku, że wykluczenie wykonawcy następuje wyłącznie w przypadku, kiedy nie zgodził się on na przedłużenie okresu związania ofertą, a więc

wówczas, gdy uprzednio zwrócono się do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. Nie sposób natomiast uznać, że podmiot nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, jeżeli nikt go o taką zgodę nie pytał". (W postępowaniach często bowiem występuje sytuacja, w której wykonawcy w spokoju oczekują na kolejne decyzje zamawiającego nie składając w międzyczasie żadnych oświadczeń, o które nie są wprost proszeni.)

Warto też zauważyć różnicę w konstrukcji tego przepisu w zakresie przedłużenia wadium oraz terminu związania ofertą. W przypadku wadium fragment przepisu brzmi: „nie wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą”, a w przypadku terminu związania: „nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą”. Nic nie stało natomiast na przeszkodzie, by ustawodawca zastosował konstrukcję, jak w przypadku wadium, czyli posłużył się wyrażeniem „nie przedłużyli okresu związania ofertą”, obejmującą obie opcje przedłużenia – samodzielną i na wniosek (łącznie prostsze językowo „nie wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą lub nie przedłużyli okresu związania ofertą”). Ustawodawca jednak takiej regulacji nie zastosował (podobnie jak w obecnej regulacji art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b ustawy Prawo zamówień publicznych).

Ze względu na zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą co do zasady powinno nastąpić poprzez przekazanie zamawiającemu pisemnego oświadczenia. Uznawana jest też forma porozumiewania się poprzez przekazywanie oświadczeń za pomocą faksu lub poczty elektronicznej – nie ma tu bowiem rygoru pisemności *ad solemnitatem*. W orzecznictwie i piśmiennictwie dopuszcza się jednak, zgodnie z definicją oświadczenia woli zawartą w art. 60 Kodeksie cywilnym, także inne zachowania wykonawcy ujawniające jego wolę w sposób dostateczny – najczęściej będzie to przedłużenie wadium, wskazujące, że wykonawca wciąż jest zainteresowany udziałem w postępowaniu. Może to być także udzielanie przez wykonawcę wyjaśnień, uzupełnianie dokumentów czy nawet wniesienie i popieranie odwołania, które również świadczą o tym, że wykonawca ma wolę w dalszym ciągu podtrzymywać swoją ofertę. Przykładem jest tu pogląd Sądu Okręgowego w Łodzi wyrażony w wyroku z dnia 24 października 2014 r., XIII Ga 573/14: „Zatem ustalając, czy doszło do przedłużenia terminu związania ofertą, sięgnąć należy po przepis art. 60 k.c. (...) Skarżąca w wyniku wniesienia skargi od wyroku KIO złożyła dorozumiane oświadczenie wyrażające zgodę na dalsze przedłużenie okresu obowiązywania oferty, a oświadczenie to w kontekście powołanych wyżej regulacji prawnych należy uznać za w pełni skuteczne”. Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 17 stycznia 2014 r., IX Ga 392/13: „Nie może budzić żadnych wątpliwości, że odwołując się wykonawca potwierdził wolę ubiegania się o udzielenie zamówienia, a zatem wyraził wolę związania złożoną ofertą”.

Uznawana ogólnie zasadą jest także, że okres związania ofertą, a zwłaszcza zabezpieczenia jej wadium, nie powinien ulec przerwaniu. Nie oznacza to jednak, że takie sytuacje, najczęściej przez przeoczenie, nie następują – jak wynika z analizy orzeczeń, wpływ upływu terminu związania ofertą na losy oferty jest najczęstszą sporną kwestią z zakresu zagadnienia terminu związania ofertą, przy czym jednym z elementów tych sporów było to, że wykonawca utrzymywał, iż niezależnie od złożenia oświadczenia, w sposób nieprzerwany uważał się za związanego daną ofertą.

Zarówno Krajowa Izba Odwoławcza, jak i sądy wyrażają w tym zakresie odmienne stanowiska – przy czym dotyczy to okresu przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Kwestię okresu „po wyborze oferty najkorzystniejszej” przesądziły Trybunał Konstytucyjny, jak i zmiana brzmienia art. 94 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który w swojej treści już w ogóle nie odnosi się do terminu związania ofertą: „Poza sporem pozostaje kwestia dopuszczalności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą. W tej materii jednoznacznie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 24 lutego 2010 r., SK 22/08, LEX nr 585469, wskazując, że przepis art. 94 p.z.p. reguluje termin zawarcia umowy o wykonanie zamówienia publicznego, przy czym określa on terminy minimalne, jakie muszą upłynąć od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty do dnia jej zawarcia. Trybunał wyraził również przekonanie, które jest zgodne z obecnym stanem prawnym, iż upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podstawą tak sformułowanego poglądu była zmiana dokonana w art. 94 Pzp polegająca na rezygnacji przez ustawodawcę z obowiązku zawarcia umowy w okresie ważności związania ofertą” (wyrok SO w Tarnowie z dnia 13 lutego 2014 r., I Ca 495/13). Analogicznie: „Należy zaznaczyć, iż obecnie nie budzi wątpliwości kwestia dopuszczalności zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą, albowiem zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, wyrażonym w postanowieniu z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08), upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednak co do konieczności wyboru oferty w okresie związania ofertą – stanowiącej odrębną czynność od zawarcia umowy – w orzecznictwie sądów, jak i Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane są skrajnie odmienne stanowiska” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r., XXIII Ga 924/14).

Z pierwszego z poglądów wynika, że oferta taka nie powinna być brana pod uwagę, gdyż wygasa. Został on streszczony w wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 13 lutego 2014 r., I Ca 495/13: „Odnotować należy również poglądy przeciwne (...) w myśl których skutki wygaśnięcia związania ofertą należy definiować i rozpoznawać na gruncie norm

kodeksu cywilnego, których przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w tym zakresie nie modyfikują, ale pozostają z nimi w pełnej zgodności i korelacji. Przede wszystkim konsekwencje upływu terminu związania ofertą należy oceniać przez pryzmat art. 66 k.c., na podstawie którego stan związania ofertą jest istotnym, konstytutywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy, stanowiącego ofertę. Oferta wygasa wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym oferent był swoją ofertą związany. Wskazuje się, że ustawa Prawo zamówień publicznych (art. 85) nie stanowi *expressis verbis* o konieczności utrzymania stanu związania ofertą przez wykonawcę, jednakże wymóg ten w zestawieniu z regulacjami kodeksu cywilnego statuuje, co powoduje konieczność przedłużenia terminu związania ofertą w czasie związania ofertą”.

Oprócz Sądu w Tarnowie pogląd należący do tej grupy zaprezentował Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z 21 grudnia 2010 r., VI Ga 240/10: „Nie może budzić wątpliwości wobec literalnego brzmienia art. 85 ust. 2, iż to wykonawca chcąc uczestniczyć w dalszym ciągu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poza terminem określonym jako termin związania ofertą, winien złożyć w związku z tym jednoznaczne i nie budzące wątpliwości oświadczenie. Sąd Okręgowy rozpoznający skargę w niniejszym składzie podziela stanowiska wyrażane w dotychczasowym orzecznictwie KIO odnośnie tego, że zgoda taka nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być oświadczeniem wykonawcy (...)” – choć w postanowieniu z 16 lutego 2011 r., VI Ga 192/10 stanowisko to nie zostało przez sąd podtrzymane – oraz Sądu Okręgowego w Łodzi w wyroku z 21 września 2012 r., XIII Ga 379/12, jakkolwiek w kontekście interesu we wniesieniu odwołania Sąd ten stwierdził: „Przepisy ustawy PZP, poza faktycznym złożeniem stosownego oświadczenia, nie przewidują możliwości dopuszczenia innego sposobu przedłużenia terminu związania ofertą. Nie może być więc mowy o sposobie «dorozumiewania» złożenia oświadczenia. Oświadczenia takiego nie może zastąpić fakt wniesienia odwołania. Zdaniem Sądu Okręgowego przedłużenie terminu związania ofertą jest niezbędne, gdyż w przeciwnym przypadku ocenie i porównaniu z innymi ofertami podlegałaby oferta, co do której wykonawca mógłby bez konsekwencji odmówić podpisania umowy”.

Drugie stanowisko opiera się na powyżej opisanej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy, jeśli nie odmówił zamawiającemu przedłużenia terminu związania ofertą, po skierowanym do niego wniosku. Tak stwierdzono w przywołanych powyżej wyrokach SO w Warszawie z 19 czerwca 2015 r., XXIII Ga 729/15, i z 16 lipca 2014 r., XXIII Ga 924/14, postanowieniu SO w Rzeszowie z 16 lutego 2011 r., VI Ga 192/10; wyroku SO w Poznaniu z 16 lutego 2012 r., X Ga 706/11, i wyroku SO w Lublinie z 17 stycznia 2014 r., IX Ga 392/13.

Zacytowany powyżej przez Strony wyrok XXIII Ga 924/14 zawiera też najszerszą analizę instytucji związania ofertą w systemie zamówień publicznych. W wyroku tym Sąd podkreślił: „Zasadniczą jednak 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 istotne różnice w zakresie doniosłości skutków przyjęcia oferty na gruncie przepisów kodeksu cywilnego (samoistne, automatyczne zawarcie umowy) i wyboru oferty najkorzystniejszej na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych (wstępny etap poprzedzający zawarcie umowy) nie można w prosty mechaniczny sposób przenosić rozwiązań prawa cywilnego na prawo zamówień publicznych w zakresie skutków i konsekwencji upływu terminu związania ofertą. (...) Zaznaczyć przy tym należy, że w reżimie przepisów p.z.p. przyjęcie przez zamawiającego propozycji zawarcia umowy nie może być uznane, tak jak ma to miejsce w przypadku reżimu kodeksowego, jako nowa oferta, czy kontroferta, w sytuacji złożenia oświadczenia po upływie terminu związania, albowiem ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może złożyć jedynie wykonawca, a ponadto, jak już wskazano powyżej, może to uczynić tylko raz. (...) Reasumując tą część rozważań wskazać należy, że z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów p.z.p., należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy”.

W wyroku XXIII Ga 924/14 Sąd Okręgowy w Warszawie ustosunkował się też do podniesionego zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty, co do której terminu związania minął, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ustawy Prawo zamówień publicznych: „W ocenie Sądu Okręgowego brak jest również podstaw do przyjęcia, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zaszyły przesłanki wskazane w art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. uzasadniające odrzucenie przez zamawiającego oferty w sytuacji jej niezgodności z ustawą. Skarżący z treści przepisu art. 85 ust. 2 p.z.p. (...) wywodzi obowiązek wykonawcy złożenia oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą przed upływem okresu związania ofertą. W ocenie Sądu Okręgowego z takim stanowiskiem nie można się zgodzić, albowiem z treści przepisu wynika bezpośrednio, że ograniczenie «przed upływem terminu związania ofertą» odnosi się jedynie do zamawiającego, który może się zwrócić do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu, na co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą i może uczynić to tylko raz. Ograniczenie to nie dotyczy wykonawców, którzy mogą takie

oświadczenie składać wielokrotnie bez ograniczenia upływającym terminem związania ofertą”.

Należy tu jednak zwrócić uwagę, że odrzucając ofertę jako niezgodną z ustawą (co do zasady chodzi tu o ustawę Prawo zamówień publicznych), czy też nieważną na podstawie odrębnych przepisów, należałoby wskazać, z którym konkretnie przepisem czy to ustawy Prawo zamówień publicznych, czy innych ustaw taka oferta jest niezgodna albo który przepis powoduje jej nieważność. Na to pytanie skład orzekający nie znalazł odpowiedzi w prezentowanym poglądzie, który odnosi się ogólnie do teorii o „wygaśnięciu oferty”, której termin związania upłynął.

Trzeba tu zauważyć, że sam Kodeks cywilny w ogóle nie odnosi się w swoich przepisach do kwestii wygaśnięcia oferty – w aspekcie tutaj omawianym. Co więcej, na gruncie prawa cywilnego zaszła zmiana w postrzeganiu znaczenia określenia przez oferenta terminu związania ofertą, której wyrazem była rezygnacja ze wskazania tej okoliczności jako istotnego elementu pojęcia oferty, zawartego w jej definicji w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Poza tym, odnosząc się do systematyki ustawy Prawo zamówień publicznych, należy wskazać, że kwestia upływu terminu związania ofertą została przez ustawodawcę powiązana z instytucją wykluczenia wykonawcy, czyli z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezgodna z zasadą racjonalnego działania ustawodawcy byłaby więc dychotomia – gdyby część regulacji zawarta została w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a druga wymagała wyinterpretowania z art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych, który w ogóle nie odnosi się do tej kwestii (pomijając art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b ustawy Prawo zamówień publicznych w obecnym stanie prawnym).

Co więcej – biorąc pod uwagę szczegółowość regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych oraz treść istniejących przepisów, należałoby założyć, że ustawodawca tak istotną kwestię jak odrzucenie, wygaśnięcie, upadek (czy jaką inną nazwę na tę sytuację zastosować) będącą skutkiem upływu terminu związania ofertą, pominął (czy raczej pominął połowicznie). Jak wynika z całości ustawy Prawo zamówień publicznych, byt oferty w postępowaniu ma swój początek (w postaci złożenia i publicznego otwarcia) i koniec. Końcem tym jest jej odrzucenie (art. 89) – i to niezależnie od istnienia samego rygoru nieważności oferty w ustawie Prawo zamówień publicznych lub innych przepisach (art. 82 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych), uznanie za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych), zwrot do oferenta oferty złożonej po terminie (art. 84 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych); a także – w przypadku ofert poprawnych – zawarcie umowy albo unieważnienie postępowania (po upływie okresu na zmianę tej decyzji), kiedy to byt oferty traci swój cel. Można by więc wnioskować, że dla całej procedury ustawodawca

przewidział oficjalny koniec bytu oferty w postępowaniu w postaci odrzucenia oferty, niezależnie od jej wad – nawet oferty z mocy prawa obarczonej rygiorem nieważności. Zatem konsekwentnie powinien także przewidzieć odrzucenie oferty, która „wygasła” z powodu upływu terminu związania nią oraz obowiązek poinformowania o tym fakcie wykonawców (obowiązek informacyjny zamawiającego wynikający z art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bardzo szeroki).

Osoby reprezentujące pogląd, że wykonawca musi być związany ofertą, wskazują, że jest to konieczne, aby wykonawca nie mógł się z niej wycofać i odmówić podpisania umowy. Jednak pogląd ten budzi wątpliwości m.in. ze względu na zasadę proporcjonalności, ponieważ w konsekwencji oznacza, że ze względu na ewentualne, przyszłe i potencjalnego wycofanie się wykonawcy, prewencyjnie usuwa się go z postępowania, chociaż on sam takiej woli nie ma. Przy tym zawarciu umowy może odmówić także wykonawca ofertą związany, a konsekwencja w postaci utraty przez niego wadium (jeśli w ogóle był zobowiązany je wnieść), jest tylko kwestią poboczną. W praktyce nie spotyka się sytuacji, by któryś zamawiający domagał się od wykonawcy zawarcia umowy – byłoby to niecelowe, gdyż wykonawca wycofał się z jakichś konkretnych powodów, które mogłyby negatywnie wpływać na możliwość wykonania zamówienia, a postępowanie sądowe jest znacznie dłuższe niż przeprowadzenie nowego postępowania przetargowego.

Prawu cywilnemu znane jest też pojęcie zobowiązania naturalnego. Na ten fakt wskazywano w przywołanych orzeczeniach stwierdzając, że po upływie terminu związania ofertą zawarcie umowy nie jest już obowiązkiem wykonawcy, ale jego przywilejem. Z samej praktyki rynkowej wiadomo, że podmioty obrotu gospodarczego często skłonne są do spełniania takich zobowiązań, jeśli widzą w tym swoją korzyść – a dla takiej korzyści wykonawcy składają oferty w ramach prowadzonej w sposób ciągły działalności (wykonawcom, którzy świadczą swoje usługi w sposób ciągły, najczęściej nie sprawia różnicy, czy zamawiający zakupi ich produkt lub usługę, będące w stałej ofercie, wcześniej czy później). Odmowy zawarcia umowy najczęściej związane są z nagle zmienioną sytuacją na rynku, np. gwałtownym wzrostem cen albo błędem wewnętrznym w samej ofercie, np. złą wyceną.

Jak wskazano już powyżej, zaprezentowane poglądy istnieją w orzecznictwie i piśmiennictwie od wielu lat, tak samo jak spory co do konsekwencji dla wykonawcy upływu terminu związania ofertą. Spór ten nie został rozstrzygnięty także w obecnym stanie prawnym (chyba żeby uznać brak zmian za wyraz woli ustawodawcy nieodrzucać ofert pomimo upływu terminu związania ofertą). Po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 r. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień

publicznych został wykreślony, a regulacje przeniesiono do art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z nowymi przepisami „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) 7a) wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą; 7b) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium”) Powyższe zmiany mają więc raczej charakter techniczny niż merytoryczny.

Zatem konsekwencje upływu terminu związania ofertą nadal będą rozstrzygane odmiennie w zależności od poglądu, który podzielają osoby podejmujące decyzję w tej kwestii, naruszając zasadę przejrzystości oraz pewności prawa.

Tym samym istotne jest, aby Trybunał wskazał, czy art. 2 dyrektywy 2004/18/WE – jak też inne ewentualne przepisy prawa unijnego – należy interpretować w ten sposób, że zezwala on lub nie zezwala na wykluczenie wykonawcy z postępowania lub odrzucenie jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą w przypadku, gdy sankcja taka nie została bezpośrednio wyrażona w przepisach prawa ani warunkach udzielenia zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawca wciąż jest zainteresowany zawarciem umowy.

Istotne jest także, by Trybunał wskazał, czy pomimo braku w przepisach lub warunkach udzielenia zamówienia takiej konkretnej regulacji, o której mowa powyżej i z tego powodu niedokonania przez zamawiającego oficjalnej czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, przepisy prawa unijnego zezwalają albo nie zezwalają na uznanie, że oferta wykonawcy wygasła i tym samym nie można zawrzeć z nim umowy (istnieje zakaz zawarcia umowy z takim wykonawcą), choć wykonawca jest takim zawarciem umowy zainteresowany.

W obu tych wypadkach istotne byłoby także wzięcie pod uwagę kwestii, czy sankcja w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzucenia jego oferty, wygaśnięcia oferty lub zakazu zawarcia umowy w przypadku upływu terminu związania ofertą – w przypadku gdy zarówno zamawiający, jak i wykonawca są skłonni taką umowę zawrzeć – jest reakcją proporcjonalną do zaistniałego stanu faktycznego.

Przedłużaniu terminu związania ofertą towarzyszy przedłużanie ważności wniesionego wadium – zabieg ten jest szczególnie istotny w przypadku wniesienia wadium w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej albo innego dokumentu z określoną datą ważności. Oświadczenie wystawcy gwarancji nie jest oświadczeniem własnym wykonawcy i nie domniemywa się istnienia woli takiego przedłużenia, jeśli nie została ona wyrażona w dokumencie. Poza tym, zgodnie z art. 81 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo

bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 128 z późn. zm.) udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności, tym samym i przedłużenie tej gwarancji musi nastąpić w takiej formie. Sam zaś dokument musi zostać złożony u zamawiającego.

Zawieszenie biegu terminu związania ofertą następujące z mocy prawa po wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie dotyczy terminu wskazanego w dokumencie wadialnym. W związku z tym w art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że zamawiający po wniesieniu odwołania powinien wezwać wykonawców do przedłużenia wadium albo wniesienia nowego na okres niezbędny do zawarcia umowy.

Przedłużanie wadium ma dla wykonawców wymierny skutek finansowy, gdyż albo zamrażają oni posiadane środki finansowe wnosząc wadium w formie pieniężnej, albo muszą opłacać dość znaczne koszty wystawienia gwarancji wadialnej przez bank lub ubezpieczyciela. Powoduje to często znaczne koszty udziału w postępowaniu przetargowym.

Przy wielokrotnym przedłużaniu terminu związania ofertą oraz przedłużaniu wadium wykonawcy mogą też po prostu nie pamiętać o kolejnym mijającym terminie i wadium lub terminu związania ofertą przez zapomnienie nie przedłużyć.

Jak wynika z art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma obowiązek zwrócić wadium wszystkim wykonawcom po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, który wadium otrzymuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano.

Regulacja taka – rozróżniająca wykonawcę wybranego oraz wykonawców niewybranych – jest skutkiem właśnie protestów wykonawców wskazujących na wysoki koszt przedłużania gwarancji wadialnych i to w przypadku, gdy ich oferta nie została wybrana (ale którzy nie chcieliby rezygnować z udziału w postępowaniu przed jego zakończeniem). Z tego samego powodu wprowadzono regulację art. 46 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, która pozwala przerwać ciągłość zabezpieczenia oferty wadium, pomimo regulacji art. 85 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, od której (zwłaszcza wcześniejszej wersji) wywodzi się pogląd, że oferta musi być zabezpieczona wadium aż do chwili podpisania umowy.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 70⁴ § 1 Kodeksu cywilnego wadium to suma wpłacana organizatorowi przetargu bądź aukcji albo ustanowione zabezpieczenie jej zapłaty pod rygorem niedopuszczenia do udziału w tym przetargu czy aukcji.

Regulacja art. 70⁴ § 2 Kodeksu cywilnego jest w dużej mierze rozbieżna z regulacjami ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem nie będzie miała zastosowania w zamówieniach publicznych. Warto jednak zwrócić uwagę, że wskazuje ona na rolę wadium: „Jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy (...) organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. (...) Jeżeli organizator aukcji albo przetargu uchyla się od zawarcia umowy, ich uczestnik, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody.” Wadium pełni więc funkcję pewnej rekompensaty dla strony, której odmówiono zawarcia umowy. Inną funkcją wadium jest także zapobieganie składaniu ofert, które nie są poważne.

Dyrektywy unijne ani orzecznictwo TSUE nie poruszają kwestii wadium, jako zagadnienia cywilistycznego, a nie proceduralnego, pozostawiając regulację w tym zakresie krajom członkowskim. Należy jednak zwrócić uwagę, że również instytucja wadium często powoduje duże skutki w zakresie procedury, a wykluczanie wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na nieprawidłowe wniesienie lub nieprawidłowe przedłużenie wadium zdarza się stosunkowo często w porównaniu do innych podstaw wykluczenia (w obecnym stanie prawnym będzie to odrzucenie oferty).

Konstrukcja przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że co do zasady żądanie wadium jest obowiązkiem zamawiającego, od którego może on odstąpić tylko w przypadkach wskazanych w ustawie. Można to wywnioskować już z samego art. 45 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia przekracza tzw. „progi unijne”, a jeżeli wartość ta jest mniejsza, może od tego obowiązku odstąpić („może żądać” wniesienia wadium).

Kwotę wadium, jak również inne wymogi go dotyczące, nie opisane w bezwzględnie obowiązujących przepisach, ustala zamawiający i podaje w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także w ogłoszeniu o zamówieniu.

Regulacje dotyczące przedłużania wadium zawarte są w art. 85 ust. 4, art. 184 oraz 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (obecnie także w art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b ustawy Prawo zamówień publicznych).

Pierwszy z tych przepisów stanowi, że „przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy

jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza”, drugi, że: „zamawiający, nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Jeżeli odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwanie kieruje się jedynie do wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą”, a trzeci, że z postępowania wyklucza się 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”.

Przy przedłużaniu wadium należy także pamiętać o obowiązujących poglądach, zgodnie z którymi oferta musi być zabezpieczona wadium w sposób nieprzerwany przez cały okres związania ofertą, a nawet – po upływie terminu związania, aż do zawarcia umowy. Przerwanie ciągłości zabezpieczenia wadium lub jego brak uznawane było (i częściowo nadal jest) za przeszkodę w zawarciu z danym wykonawcą umowy. Jednak kolejne regulacje, jak możliwość przedłużania wadium nie tylko na żądanie zamawiającego, lecz także z własnej inicjatywy wykonawcy czy możliwość żądania ponownego wniesienia wadium już zwróconego (art. 85 ust. 2 i 4 i art. 46 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) miały temu restrykcyjnemu skutkowi zapobiegać. Po zmianie przepisów w 2009 r. – na etapie „po wyborze oferty najkorzystniejszej” – pogląd ten dotyczy już wyłącznie oferty uznanej za najkorzystniejszą, a pozostali wykonawcy wnoszą wadium ponownie w terminie określonym przez zamawiającego tylko wówczas, jeżeli ich oferty w wyniku zmiany decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej zostały wybrane jako najkorzystniejsze (art. 46 ust. 3).

Podobna sytuacja ma miejsce w okolicznościach wskazanych w art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (wybór kolejnej oferty) oraz w sytuacjach, w których odwołanie nie przysługuje (art. 181 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Co do regulacji art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wniesienie odwołania powoduje zawieszenie *ex lege* terminu związania ofertą do czasu ogłoszenia przez KIO orzeczenia, jednak regulacja ta nie dotyczy terminu obowiązywania wadium, zatem należy zadbać, aby zostało ono przedłużone.

Co do zasady regulacja, zgodnie z którą oferta – przynajmniej wybrana – powinna być zabezpieczona wadium od chwili jej złożenia aż do chwili zawarcia umowy, nie budzi wątpliwości. Jednak w praktyce ma miejsce szereg postępowań, które trwają bardzo długo i w których wykonawcy wielokrotnie przedłużają zarówno termin związania ofertą, jak i wadium. Przykładem jest obecne postępowanie, w którym termin składania ofert upłynął 11 września 2015 r., a w którym wciąż nie została zawarta umowa. Powoduje to stan, w którym

wykonawcy, a w szczególności wykonawca wybrany, musieli kilkakrotnie przedłużać gwarancje wadium ponosząc w tym zakresie stosunkowo duże koszty. Co więcej, w przypadku wykonawcy wybranego, będzie on zobowiązany przedłużać wadium jeszcze na okres orzekania Trybunału, a następnie KIO – w innym przypadku zostanie wykluczony z postępowania (pozostali wykonawcy nie, gdyż Zamawiający zwrócił im wadium). Oznaczałoby to, że wykonawca ten będzie miał aktywne wadium przez co najmniej 3 lata pod rygorem utraty możliwości uzyskania zamówienia.

Już ponad roczny obowiązek przedłużania wadium wydaje się składowi orzekającemu nadmierny w stosunku do celu wadium. Po takim okresie należy docenić już samą determinację wykonawców w dążeniu do zawarcia umowy z zamawiającym, natomiast wydaje się nadmiernym żądaniem w stosunku do wykonawców, by dodatkowo mieli wypłacić zamawiającemu rekompensatę za ewentualną odmowę zawarcia umowy – nawet jeśli tak długi okres trwania postępowania nie wynika z winy zamawiającego (nie wynika on także z winy danego, konkretnego wykonawcy).

Powyższy stan faktyczny powoduje wątpliwości, czy regulacja art. 46 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, która wskazuje na moment zawarcia umowy jako moment zakończenia obowiązku zabezpieczenia oferty wadium, jest regulacją proporcjonalną – w przypadku, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia się nadmiernie przedłuża. Nie wiadomo bowiem ile miesięcy wykonawcy będą musieli ponosić tego typu koszty udziału w postępowaniu. Powyższy problem dotyczy też, choć w mniejszym stopniu, regulacji art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy zwrócić uwagę, iż odnosząc się do wykładni historycznej oraz celowościowej przepisów dotyczących terminu związania ofertą oraz przedłużania wadium, w początkowym stadium istnienia w Polsce przepisów dotyczących zamówień publicznych, termin, jaki ustawodawca przewidywał dla zakończenia postępowania to 30, 60 lub 90 dni (w zależności od wartości zamówienia – art. 85 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) przedłużony ewentualnie na prośbę zamawiającego o kolejne 60 dni (art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Niewątpliwie też z tego powodu zamawiający nie może po raz kolejny poprosić o przedłużenie terminu związania ofertą (a tym samym – w konsekwencji wykluczyć wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku odmowy). Tym samym wydaje się uzasadniony pogląd, zgodnie z którym ustawodawca zakładał zakończenie postępowania w ciągu 90-150 dni (tj. od 30+60 do 90+60), zatem do zawarcia umowy również powinno dochodzić maksymalnie w ciągu 150 dni. Taki okres zabezpieczenia oferty wadium wydaje się dość racjonalny,

natomiast, jak już wskazano, okres ponad 12 miesięcy, a tym bardziej ok. 3 lat, jest w widoczny sposób zbyt długi.

Tym samym, zdaniem składu orzekającego, istotne jest, aby Trybunał wskazał, czy art. 2 dyrektywy 2004/18/WE – jak też inne ewentualne przepisy prawa unijnego oraz zasady ogólne jak zasada proporcjonalności – należy interpretować w ten sposób, że zezwala on lub nie zezwala na żądanie przez zamawiających utrzymywania przez wykonawców ważności wniesionego wadium zabezpieczającego ofertę, bez możliwości przerwy, aż do chwili zawarcia umowy, bez określenia w przepisach, ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia maksymalnego, racjonalnego okresu, w którym wykonawcy zobowiązani są do utrzymania ważności wniesionego wadium.

Zdaniem Izby przedstawione powyżej wątpliwości związane z interpretacją przepisów prawa unijnego uzasadniają zawieszenie postępowania odwoławczego i zwrócenie się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z przedstawionymi na wstępie pytaniami prejudycjalnymi.



.....