

**Sygn. akt: KIO 1924/12**

**WYROK**

**z dnia 24 września 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2012 r. przez WMPS WYLEWKI MASZYNOWE S.C. P.... K....., S..... Z..... w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Strzyżów w Strzyżowie,

przy udziale Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego REMBUD Sp. z o.o. w Strzyżowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża WMPS WYLEWKI MASZYNOWE S.C. P..... K....., Sebastian Zając w Tarnowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez WMPS WYLEWKI MASZYNOWE S.C. P..... K....., S..... Z..... w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Gmina Strzyżów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Poprawa funkcjonowania i estetyki przestrzennej rynku w Strzyżowie wraz z uzbrojeniem terenu w infrastrukturę techniczną służącą pobudzeniu społeczno-gospodarczego miasta”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w dniu 01.06.2012 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 184310.

W dniu 05.09.2012 r. zamawiający zawiadomił WMPS Wylewki Maszynowe s.c. P..... K....., S..... Z..... w Tarnowie (zwanych dalej „WMPS” lub „odwołującymi”) o ich wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy w związku z faktem nie przedłużenia przez ww. wykonawców terminu związania ofertą, który w trakcie dokonywanej oceny ofert upłynął.

W dniu 10.09.2012. WMPS wnieśli odwołanie względem ww. czynności zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

### Odwołujący wnieśli o:

1. unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego REMBUD Sp. z o.o. w Strzyżowie oraz wykluczenie tego wykonawcy,
2. unieważnienie czynności ich wykluczenia z postępowania oraz nakazanie dokonania oceny ofert z zachowaniem zasad ustawy, w szczególności uczciwej konkurencji, a w związku z tym dokonania wyboru ich oferty,
3. zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w dniu 5 września 2012 r. (pismo z dnia 5 września 2012 r.) zamawiający poinformował odwołujących o ich wykluczeniu z postępowania o zamówienie publiczne oraz o wyniku postępowania i wyborze oferty Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego „REMBUD” Sp. z o.o. w Strzyżowie jako najkorzystniejszej.

Upřednio, w dniu 11 lipca 2012 r. zamawiający pierwszy raz poinformował odwołujących o wyniku postępowania i wykluczeniu WMPS, pomimo złożenia przez nich najtańszej oferty, co w świetle postanowień SIWZ (pkt XIII.2) w zakresie kryteriów oceny ofert, oznacza ofertę najkorzystniejszą.

Wobec ww. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, w dniu 16 lipca 2012 r.. odwołujący wnieśli odwołanie (pierwsze w toczącym się postępowaniu).

W dniu 30 lipca 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem KIO 1505/12 uwzględniła odwołanie w całości, unieważniła bezprawne czynności zamawiającego i przywróciła WMPS do postępowania.

Tym samym, w dniu 30 lipca 2012 r., w opinii odwołujących, KIO potwierdziła ważność ich oferty oraz fakt, że oferta nie podlega odrzuceniu, a także, iż popełnione przez zamawiającego naruszenia art.7 ust. 1 i 3, 24 ust. 2 pkt 4 i art. 91 ust. 1 Pzp miały miejsce i miały wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie odwołanie podlega oddaleniu. Pzp nie określa naruszeń, które mają wpływ na wynik postępowania, ani też naruszeń i uchybień, które takiego wpływu nie mają. Oznacza to, że Izba w toku postępowania, działa w granicach zaskarżenia (art. 192 ust. 7 Pzp), ale też bada wszystkie okoliczności dotyczące wpływu naruszeń na wynik postępowania. Jeżeli zatem Izba stwierdzi naruszenie, ale uzna, że nie wpłynie ono na pierwotną decyzję zamawiającego, to odwołanie podlegać będzie oddaleniu. Stąd, jeżeli oferta WMPS nie mogłaby być wybrana, jako najkorzystniejsza w dniu 30 lipca 2012 r., to odwołanie z dnia 16 lipca 2012 r. nie mogłoby być uwzględnione. Tym samym należy uznać, że oferta WMPS była w dniu 30 lipca 2012 r. ważna i niepodlegająca odrzuceniu, a także była oraz jest wiążąca.

Dalej w uzasadnieniu odwołania wskazano, iż „powyższe jest niezwykle istotne w przedmiotowej sprawie, bowiem podstawą ponownego wykluczenia naszej Firmy z postępowania, był tym razem przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp”. A jako znamienne okoliczność przedstawiono fakt, iż ponownie, jako najkorzystniejszą, wybrano ofertę Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego „REMBUD” Sp. z o.o. w Strzyżowie, o 100 000 zł droższą od oferty WMPS.

Powtarzając po wyroku Izby ocenę ofert, nie mogąc znaleźć żadnych podstaw do wykluczenia WMPS, w dniu 5 września 2012 r. zamawiający uznał, że odwołujący nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Co – jak podkreślono w uzasadnieniu odwołania – jest ewidentną nieprawdą wobec podjętych przez WMPS formalnych czynności w toku postępowania.

W uzasadnieniu wykluczenia z dnia 5 września br. zamawiający stwierdził, że określony w SIWZ termin związania ofertą biegł od dnia 18 czerwca 2012 r. i kończył się pierwotnie w dniu 17 lipca 2012 r. Na dwa dni przed upływem terminu związania ofertą wpłynęło pierwsze odwołanie. Zamawiający potwierdził, że przed upływem terminu związania ofertą, a także przed wniesieniem odwołania, w dniu 16 lipca 2012 r. odwołujący przedłużyli termin ważności gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium do 17 sierpnia 2012 r. Potwierdził także, że już po wygranej przez WMPS odwołaniu, ponownie przedłużono ważność ww. gwarancji. Tym razem do dnia 17 września 2012 r.

Pomimo tego zamawiający uznał, że ponowne przedłużenie ważności wadium, to okoliczność bez znaczenia, gdyż odwołujący nie przedłużyli terminu związania ofertą.

Odwołujący pokreślili, iż w tym przypadku nie ma wątpliwości, że są związani swoją ofertą. W ofercie WMPS nie zakreślono bowiem terminu związania ofertą, a jednocześnie w pkt 4 formularza oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ) jednoznacznie stwierdzono:

„4. Oświadczamy, że akceptujemy zawarty w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wzór umowy i zobowiązujemy się - w przypadku wybrania naszej oferty - do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.”

Zgodnie z art. 14 Pzp 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.

Przepisy Pzp nie stanowią inaczej, bowiem wbrew twierdzeniu zamawiającego, odwołujący nie stwierdzili, że nie wyrażają zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący byli i są związani ofertą, co potwierdziły czynności zarówno WMPS, zamawiającego, jak i KIO. Odwołujący dwukrotnie w okresie związania ofertą przedłużali ważność gwarancji wadium. Zamawiający akceptował te czynności i nie miał najmniejszych wątpliwości, iż odwołujący są związani ofertą przez ten cały czas i czynią to w związku ze związaniem ofertą.

Zgodnie z art. 85 ust. 4 Pzp, 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.

Takich wątpliwości nie miała też KIO w dniu 30 lipca 2012 r. W przeciwnym razie odwołujący w pierwszym postępowaniu odwoławczym nie miałby interesu w uzyskaniu zamówienia, a odwołanie byłoby oddalone. Wobec brzmienia zdania 2 ww. przepisu, jeżeli oferta odwołujących nie była w świetle wyboru zamawiającego najkorzystniejsza, to obok innych czynności i okoliczności świadczących o przedłużeniu terminu związania ofertą, dwukrotne przedłużenie wadium, jednoznacznie świadczą o pozostawaniu związanym ofertą przez WMPS.

Ze względu na zastosowanie przepisów Kc. interpretacja oświadczeń woli dokonywana jest w oparciu o zasady prawa cywilnego. Art. 65 k.c. stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje a w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Według komentarza do art. 65 kodeksu cywilnego (*Dz. U. 64.16.93*), [w: A. Kidyba (red.), K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, T. Sokołowski, *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, LEX, 2009*, nie tylko przepisy prawa, ale również oświadczenia woli wymagają wykładni w celu ustalenia właściwego ich znaczenia, a w rezultacie celu rozpoznania skutków prawnych, jakie one wywołują. Zakres zastosowania art. 65 § 1 k.c. jest szeroki. Zasadniczo odnosi się on do wszystkich oświadczeń woli, bez względu na rodzaj kreowanych przez nie czynności prawnych, a więc do oświadczeń woli składających się na jednostronne i dwustronne czynności prawne, uchwały itp.

Natomiast przepis art. 65 § 2 k.c. literalnie dotyczy tylko umów. Jednakże judykatura i doktryna zgodnie przyjmują, że zawarte w tym przepisie dyrektywy wykładni, w szczególności reguła, aby przy wykładni oświadczeń woli nie opierać się wyłącznie na ich dosłownym brzmieniu, lecz by uwzględniać także zamiar stron oraz cel czynności prawnej, może być odnoszona nie tylko do umów, ale do wszelkich oświadczeń woli składanych innej osobie (por. uchw. SN z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, OSNC 1995, nr 12, poz. 168; wyr. SN z dnia 8 maja 2000 r., V CKN 38/00, Lex nr 52432; Z. Radwański (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, s. 53), a nawet do testamentów (Z. Radwański, *Wykładnia testamentów, op. cit.*, s. 5 i n.).

W świetle powyższego, według odwołujących, nie ma żadnych wątpliwości, co do ich ciągłego związania swą ofertą.

Odwołujący wskazali, iż zamawiający powołał się w uzasadnieniu wykluczenia na szereg orzeczeń KIO, jednakże nieadekwatnych do sprawy i zapadłych w innych

okolicznościach faktycznych. Odnieśli się przy tym do najnowszego ze wskazanych przez zamawiającego orzeczeń, tj. wyroku z 5 września 2011 r. (KIO 1815/11).

Jak wskazano w uzasadnieniu odwołania – należy zgodzić się ze stwierdzeniem, iż „Artykuł ten (art. 85 Pzp - przypis własny) jest niezbędny dla zamawiającego, chroniąc go przed możliwością przedwczesnej rezygnacji przez wykonawców z udziału w postępowaniu. Z drugiej strony przepis ten chroni również wykonawców, gdyż są oni związani swoimi ofertami jedynie przez określony czas, a po jego upływie mogą zrezygnować z udziału w postępowaniu bez żadnych negatywnych dla siebie konsekwencji. Przepis ten chroni więc wykonawców w sytuacji, gdy przedłużające się postępowanie i zmiany na rynku czynią niekorzystnym dalsze pozostawanie wykonawców w postępowaniu.”

Takie rzeczywiście jest *ratio legi* tego przepisu. Nie można zatem interpretować tego przepisu przeciwko zamawiającemu ani wykonawcy. Wykonawca bowiem ciągle jest związany ofertą (zabezpieczoną wadium do 17 września 2012 r.), a zamawiający ma możliwość zawarcia umowy z Wykonawcą, który zaoferował najkorzystniejszą ofertę (tańszą od ponownie wybranej oferty Firmy REMBUD o 100 tys. zł). Zaniedbanie zamawianego, który nie wezwał do przedłużenia terminu związania ofertą oraz wybór oferty droższej w sytuacji posiadania tańszej oferty wykonawcy, który jest związany ofertą i chce zawrzeć umowę o wykonanie zamówienia, stoi w rażącej sprzeczności z przepisami ustawy o finansach publicznych (art. 44 ust. 3 i 4 tejże ustawy) i Pzp. Pzp służy racjonalnemu, celowemu i gospodarnemu wydatkowaniu środków publicznych przez podmioty sektora finansów publicznych.

Odwołujący nie zgodzili się z interpretacją art. 66 § 2 Kc wskazaną w ww. orzeczeniu w odniesieniu do niniejszego przypadku, bowiem przepis ten stanowi, jednoznacznie, że: „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”.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie zakreślili terminu, do którego ich oferta wiąże w sposób definitywny, a jednocześnie przedłuża wadium na kolejne okresy i potwierdza wolę zawarcia umowy. Art. 85 odnosi się bezpośrednio do zamawiającego, na co jednoznacznie wskazuje wyrok KIO 1815/11.

Powyższe stanowisko zostało poparte wyrokiem KIO z dnia z dnia 19 marca 2012 r. (KIO 459/12), w którym Izba stwierdziła jednoznacznie:

Pod pojęciem związania ofertą należy rozumieć formalne ujęcie obowiązku zawarcia umowy przez składającego ofertę w przypadku przyjęcia oferty przez jej adresata (oblata). Jej

cywilistyczna konstrukcja wyraża się tym, że składający ofertę w określonym przez siebie terminie nie może zapobiec zawarciu umowy bez poniesienia negatywnych tego konsekwencji (np. konsekwencji utraty wadium). Związanie ofertą pozostaje bowiem niczym innym jak gotowością zawarcia umowy przez oferenta w przypadku przyjęcia oferty.

Jeżeli po upływie terminu związania ofertą istnieje zgodna wola stron zawarcia umowy wola ta może zostać zmaterializowana poprzez jej podpisanie.

Brak możliwości poddania złożonej w postępowaniu oferty ocenie, w oparciu o kryteria oceny oferty, może nastąpić jedynie wskutek odrzucenia takiej oferty.

Eliminacja oferty z postępowania ze względu jej jakąkolwiek wadę winna nastąpić przez jej odrzucenie w oparciu o normy prawne wyrażone w przepisach pzp.

Jeżeli wskazana przez zamawiającego przesłanka unieważnienia jest czynnością wynikową (następczą) - winien on podać uzasadnienie faktyczne i prawne czynności stanowiących podstawę do jej zastosowania. Wszakże to całokształt czynności zamawiającego w toku postępowania stanowi podstawę do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej i tym samym stawianie zarzutów nie może zostać pozostawione domniemaniom wykonawcy.

Stosownie do treści art 24 ustęp 2 punkt 2 p.z-p- z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy (...) nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost, iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o 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.

Ograniczenie, iż zamawiający może zwrócić się tylko raz o przedłużenie terminu związania ofertą ma na celu właśnie mobilizację zamawiającego do sprawnego i racjonalnego prowadzenia postępowania przetargowego i nienarażania wykonawcy na zbyt długi termin związania ofertą.

Pojęcie związania ofertą jest kwestią woli a nie faktów. Kwestia, czy wykonawca wyrażą wolę zawarcia umowy po upływie okresu związania ofertą stanowi jego wyłączną domenę związaną z zasadą swobody umów. Jak każde oświadczenie woli wymaga ono jedynie uzewnętrznienia.

Po upływie terminu związania ofertą, oferta nadal pozostaje ofertą a to nie uprawnia zamawiającego do automatycznego nierozpatrywania takiej oferty i uważa że brak związania ofertą oznacza tylko brak obowiązku zrealizowania treści oferty po stronie wykonawcy, ale

nie oznacza braku prawa tegoż wykonawcy do zrealizowania treści oferty. Skoro zatem żaden przepis prawa nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest, nie ma podstaw, aby nie dokonywać oceny tej oferty.

Złożenie przez wykonawcę, na którymkolwiek etapie postępowania, oświadczenia akceptującego (nie zaś negatywnego) powoduje, iż istnieje możliwość zawarcia umowy, gdyż istnieje w tym zakresie po jego stronie wola jej podpisania oraz wykonania.

Okoliczność, że wykonawca może złożyć ofertę w dowolnym czasie przed terminem składania ofert powoduje, iż w dowolnym czasie do rozpoczęcia biegu terminu związania ofertą może ten okres również wydłużyć.

Oświadczenie o przedłużeniu związania oferta o określona liczbę dni odnosi ten skutek, iż początkiem biegu nowego okresu związania jest dzień po upływie okresu pierwotnego. Zatem czynność odnosząca się do przedłużenia okresu związania ofertą może być dokonana zarówno przed rozpoczęciem jego biegu, jak również po jego upływie.

Odwołujący podkreślili, że w dniu 5 września 2012 r. potwierdzili, iż są związani ofertą w niniejszym postępowaniu (dowód: pismo z dnia 5 września 2012 r. do zamawiającego).

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością przedstawiono stan faktyczny sprawy, co zostało zreferowano powyżej.

Nie jest pomiędzy stronami sporne i znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania, iż uwzględniając zawieszenie biegu terminu związania ofertą, spowodowane wniesieniem odwołania oznaczonego sygnaturą akt KIO 1505/12, trzydziestodniowy termin związania ofertą, określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, upłynął z dniem 1 sierpnia 2012 r. (Zgodnie z pkt IX ust. 1 SIWZ okres związania ofertą wynosił w tym postępowaniu 30 dni i rozpoczynał się z dniem składania ofert, tj. w dniu 18.06.2012 r. WMPS pozostawali związani swoją ofertą do dnia 17.07.2012 r. W dniu 16.07.2012 r. WMPS wnieśli odwołanie, na skutek czego na podstawie art. 182 ust. 6 Pzp, termin związania ofertą uległ zawieszeniu do czasu ogłoszenia orzeczenia Izby. Orzeczenie w sprawie 1505/12 zostało wydane w dniu 30.07.2012 r., i w następnym dniu bieg terminu związania ofertą rozpoczął bieg na nowo – przez następne dwa dni)

Nie jest również sporna okoliczność, iż zamawiający w żadnym momencie przedmiotowego postępowania, nie wzywał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, a WPMS



nie składali żadnych odrębnych oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą przed jego upływem (okoliczność, że uważają się za cały czas związanych swoją ofertą potwierdzili w piśmie z dnia 5 września br.).

Nie jest także sporne, że odwołujący przedłużali ważność gwarancji ubezpieczeniowej złożonej tytułem przetargowego wadium (zarówno przed upływem terminu związania ofertą, jak i po upływie tego terminu), zachowując w ten sposób jego ciągłość. Przy czym powyższe dokonywane było przez przedłożenie aneksów do gwarancji, bez żadnych pism przewodnich czy innych oświadczeń z tym związanych.

### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący nie legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wymagania wynikające z przywołanego przepisu winny być spełnione na dzień wnoszenia odwołania i podlegają obligatoryjnemu badaniu przez Izbę, ich spełnienie warunkuje bowiem rozpoznanie odwołania co do istoty. Przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody mają charakter materialnoprawny i muszą być spełnione kumulatywnie, w przeciwnym razie odwołanie podlega oddaleniu, bez badania zasadności podniesionych w nim zarzutów.

Powyższego uprawnienia, odmówiono WPMS ze względu na brak możliwości poniesienia szkody na obecnym etapie postępowania. Brak możliwości poniesienia szkody, powiązanej z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, związany jest w tym przypadku z faktem, iż odwołujący na skutek własnych działań (lub zaniechań) doprowadzili do wygaśnięcia ważności ich oferty w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W niniejszym postępowaniu brak już oferty WMPS, rozumianej jako wywierające skutki prawne i wiążące oferenta oświadczenie woli, zmierzające do wywołania i nawiązania, określonych w adekwatnych przepisach, dalszych skutków i stosunków prawnych – oferta ta nie może już zostać wybrana. Powyższa konkluzja wynika z braku przedłużenia przez odwołujących okresu związania ofertą, czego następstwa związane są ze znaczeniem tej instytucji, ustalonym na gruncie przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego.

Przed omówieniem znaczenia i skutków okresu, czy też terminu, związania ofertą i jego upływu, tytułem wstępu wskazać należy, iż Pzp nie jest swoistą, oderwaną od całego

porządku prawnego, regulacją, autonomicznie i zupełnie normującym stosunki danego rodzaju. Przeciwnie, ustawę należy potraktować jako *lex specialis* w stosunku do regulacji Kodeksu cywilnego, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (arg. z art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp). W świetle wskazanych wyżej przepisów zamówienia publiczne pozostają umowami zawieranymi pomiędzy równoprawnymi podmiotami - zamawiającym oraz wykonawcą, i jako takie stanowią przykład zwykłych stosunków cywilno-prawnych regulowanych w K.c., z zastrzeżeniem wszelkich materialnych czy proceduralnych, szczególnych wymagań, przewidzianych w przepisach Pzp, co do ich treści i sposobu nawiązywania. Powyższe znajduje dodatkowe potwierdzenie w stosowanych, generalnych odesłaniach do regulacji Kc, zawartych w art. 14 oraz 139 ust. 1 Pzp.

W ramach i w trakcie stosunków z wykonawcami, nawet będący organem administracji publicznej zamawiający, nie działa jako taki organ, ale jako strona wielostronnych lub dwustronnych stosunków cywilnoprawnych. Z tego względu nieuprawnione jest przyjmowanie i postulowanie, iż zamawiający winien działać tylko i wyłącznie w granicach przepisów Pzp i tylko na podstawie wyraźnie wskazanych w ustawie uprawnień oraz zdefiniowanych w niej czynności i kompetencji. Przeciwnie, obok czynności mu przez ustawę nakazywanych oraz definiowanych w jej przepisach ściśle, zamawiający uprawniony jest do przedsięwzięcia różnorodnych czynności i podejmowania wszelkich decyzji, których przepisy lub zasady w ustawie wyrażone nie zakazują lub których podjęcie do naruszenia ww. przepisów lub zasad nie doprowadzi, a także ich podjęcie nie będzie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 5 Kc) lub nie będzie zmierzało do obejścia przepisów prawa (art. 58 Kc.). Podejmowanie działań i decyzji tego typu będzie miało miejsce zwłaszcza w przypadku, gdy wynikać to będzie z innych przepisów.

W związku z powyższym należy przeciwstawić się pogładowi, że wszelkie czynności czy instytucje ustawie nieznane, tylko z tego względu nie mogą wywierać skutków prawnych. Tego typu sytuacja występuje np. w przypadku wygaśnięcia związania ofertą, którego skutki definiować i rozpoznawać należy na gruncie norm K.c., których przepisy ustawy w tym zakresie nie modyfikują, ale pozostają z nimi w pełnej zgodności i korelacji. Oferta może więc być uznana za wygasłą czy niewiążącą, nawet bez jej formalnego odrzucania lub wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepisy art. 89 i 24 Pzp.

W tym zakresie należy w pełni poprzeć i powielić stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 7 września 2012 r. (sygn. akt KIO 1817/12 i 1822/12).

Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 24 lutego 2010 r. (sygn. SK 22/08) wskazał na możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą. Pogląd ten jest zgodny z aktualnym stanem prawnym, obecnie przepisy nie

wymagają zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie związania ofertą (*vide* art. 94 Pzp).

Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych odróżnić jednak należy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty poprzedzającej udzielenie zamówienia.

Nie budzi wątpliwości Izby, że wybór oferty najkorzystniejszej musi nastąpić w terminie związania ofertą, a wykonawca winien być związany złożoną ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert.

Pogląd ten znajduje oparcie w art. 85 ust. 2 Pzp, który stanowi, że wykonawca, samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak, niż 60 dni. Co prawda ustawa nie stanowi *expressis verbis* o konieczności utrzymania stanu związania ofertą przez wykonawcę, jednakże wymóg ten w zestawieniu z regulacjami K.c. statuuje, co powoduje konieczność przedłużenia terminu związania ofertą w czasie związania ofertą. Przedłużyć, czyli – zgodnie z językowym znaczeniem tego pojęcia - spowodować, że coś trwa dłużej, niż przewidziano, można jedynie istniejący stan prawny. Stan prawny, który ustał, może być wyłącznie restytuowany - ustanowiony na nowo. Możliwości takiej ustawa w odniesieniu do terminu związania ofertą nie przewiduje.

W konsekwencji termin związania ofertą ustalony przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownie do wymagań zawartych w art. 36 ust. 1 pkt 9 oraz art. 85 ust. 1 Pzp, nie może upłynąć, lecz winien być przedłużany, tak aby stan związania ofertą wykonawcy nie ustał (*vide*: Komentarz do art. 85 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.).

Przy czym art. 85 ust. 2 Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku dokonania wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą. Używając czasownika „może” oraz ograniczając aktywność zamawiającego do jednokrotnego wezwania do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, ustawodawca powierzył utrzymanie stanu związania ofertą przede wszystkim wykonawcy. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga należytej staranności wykonawcy obejmującej zapobiegliwość dla ochrony swoich praw w postępowaniu i polega m.in. na utrzymaniu stanu związania ofertą.

Oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania oferta winno być złożone w sposób wyraźny i jasny, w formie w SIWZ przewidzianej i dopuszczanej w art. 27 Pzp. Nie podlega ono ustaleniu na podstawie innych czynności wykonawcy – korespondencji z

zamawiającym, wnoszenia środków ochrony prawnej, wykonywania czynności faktycznych lub prawnych związanych z przedłużaniem ważności wadium.

Oczywiście również w postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenia woli wykonawcy winny być interpretowane z zastosowaniem dyrektyw wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego, szczególnie art. 65 Kc. Istnienie oświadczeń woli wykonawcy nie może być jednak domniemywane, ani przez zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, ani przez Izbę w postępowaniu odwoławczym.

Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu WPMS żadnych oświadczeń woli w tym zakresie nie złożyli. Nie złożyli nawet w stosownym terminie oświadczeń, z których treści, wola przedłużenia terminu związania ofertą mogłaby zostać wyprowadzona na drodze ich odpowiedniej interpretacji, i którym w związku z tym tego typu znacznie można byłoby przypisać.

Z faktu, że ustawodawca dopuścił możliwość przerwy w zabezpieczeniu oferty wadium, nie należy wywodzić możliwości przerwy w związania ofertą, oferta oraz wadium stanowią bowiem odrębne instytucje ustawowe. W myśl art. 182 ust. 6 Pzp bieg terminu związania ofertą może jedynie ulec zawieszeniu, podczas, gdy przerwanie stanu zabezpieczenia oferty przez wadium wynika z art. 46 Pzp.

Przede wszystkim jednak w ocenie skutków terminu związania ofertą i jego znaczenia, należy odwołać się do przepisów Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 66 § 1 K.c. oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Natomiast § 2 tego przepisu stanowi: „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.”

Na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego stan związania ofertą jest więc istotnym, konstytutywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy, stanowiącego ofertę. Różnica w stosunku do przepisów ustawy ustalających obowiązek zamawiającego wskazania pierwszego, podstawowego terminu związania ofertą w stosunku do przepisu art. 66 § 2 K.c. gdzie termin związania ofertą co do zasady określa oferent, nie jest istotna. Zarówno w przypadku zawierania umowy w drodze przyjęcia oferty przez oblata opisanego w ww. przepisach K.c., jak też w przypadku przetargu publicznego, gdzie następuje wybór najkorzystniejszej oferty (skutkującym co prawda nie bezpośrednim nawiązaniem stosunku umownego ale powstaniem zobowiązania i tym samym roszczenia do

odrębnego zawarcia umowy) – dla wywarcia przez ofertę i jej wybór lub przyjęcie, wskazanych wyżej skutków prawnych, konieczne jest aby oferent pozostawał nią związany.

Zgodnie z postanowieniami art. 66 K.c. oświadczenie woli stanowi ofertę jeśli zawiera istotne postanowienia umowy i ma charakter stanowczy. Oświadczenie wiąże oferenta przez czas przez niego wskazany, jeśli w tym okresie adresat oferty (oblat) złoży oświadczenie o przyjęciu oferty dochodzi do zawarcia umowy. Związanie jest koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty (*vide*: Komentarz do art. 66 kodeksu cywilnego, [w:] B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda, Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz, LEX, 2009).

Analogicznie stanowisko, co do znaczenia instytucji związania ofertą zajęli przedstawiciele doktryny w publikacji „Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449”, pod. red. K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2011, gdzie na str. 384, w komentarzu do art. 66 K.c., wskazano: „Oferent jest swą ofertą związany (art. 66 § 1 *in fine*), w następstwie czego adresat oferty może poprzez jej przyjęcie doprowadzić do zawarcia umowy” [w przypadku przetargu publicznego, oczekiwać zawarcia umowy po wyborze oferty jako najkorzystniejszej – przypis Izby]. I dalej: „W okresie związania ofertą, oferent musi *pozostawać w stanie gotowości* do wykonania umowy, licząc się z przyjęciem oferty przez oblata. Sytuacje tego rodzaju są zwykle bardzo uciążliwe. Stąd najczęściej związanie oferenta trwa tylko przez oznaczony czas, po upływie którego oferta wygasa.”

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, iż wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym oferent był swoją ofertą związany, oferta wygasa. Tym samym staje się ona ofertą jedynie w znaczeniu historycznym lub substratem materialnym oferty, a nie wiążącym oferenta oświadczeniem woli o gotowości zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach.

Powyższe znajduje potwierdzenie w znowelizowanym brzmieniu art. 85 ust. 2 Pzp, w którym ustawodawca dał wykonawcy możliwość samodzielnego, niezależnego od inicjatywy zamawiającego, przedłużania okresu związania swoją ofertą. Zmiana stanu prawnego w tym zakresie podyktowana została koniecznością zapobieżenia sytuacji, w której możliwe było doprowadzanie przez zamawiającego do eliminacji ofert z postępowania przez brak czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą.

W innym wypadku ww. regulacja art. 85 ust. 2 Pzp i możliwość samodzielnego przedłużania przez wykonawców terminu związania ich ofertami ponad minimum wymagane przez zamawiającego, byłyby w istocie zbędne, skoro wykonawcy i bez takiego przedłużenia oraz poddania się rygorom i konsekwencjom z powyższym związanym, mogliby liczyć na pozostawanie ich oferty w postępowaniu oraz jej przyjęcie, tj. wybór jako najkorzystniejszej.

Natomiast sprzecznym z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji byłoby jednakowe traktowanie wykonawców związanych złożoną ofertą (wobec których zamawiający zachowywałby wszelkie roszczenia wynikające ze związania ofertą) oraz wykonawców ofertą swoją nie związanych, którzy mogą zawrzeć umowę wyłącznie na zasadzie dobrowolności bez zagrożenia jakąkolwiek dolegliwością.

W doktrynie wskazuje się, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest wielostronnym stosunkiem prawnym (*vide*: R. Szostak – „Przetargowy wybór oferty najkorzystniejszej na tle europejskich tendencji rozwojowych” w „Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych – Polska na tle UE”, red. A. Borowicz, UZP, Warszawa 2012). Izba wyraża pogląd, że wykonawca przystępuje do niego przez złożenie oferty i zachowuje w nim swoje prawa przez związanie złożoną ofertą. Jeżeli termin związania ofertą upływa, wykonawca nie jest już stroną takiego stosunku prawnego nawiązanego przez złożenie oferty.

Podsumowując należy stwierdzić, że o ile ustawa dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, to wybranie oferty, którą wykonawca nie jest związany, narusza prawo.

Tym samym raz jeszcze Izba wskazuje, iż termin związania ofertą przez WMPS upłynął, nie podlega on przywróceniu i z tego względu oferta ta nie może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Na marginesie, odnośnie argumentacji odwołujących o znaczeniu uwzględnienia przez Izbę odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1505/12, jako potwierdzającego ważność oferty WMPS, wskazać należy, iż w ww. sprawie Izba wyrokowała w chwili gdy swoją ofertą odwołujący pozostawali ciągle związani.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Nie przyznano kosztów zastępstwa procesowego wnioskowanych przez zamawiającego w związku z brakiem przedstawienia rachunków potwierdzających ich poniesienie, o których mowa w ww. przepisie.

.....