

WYROK
z dnia 16.05.2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24.04.2017 r. przez wykonawcę **P. U. I. E.-I. S.A. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Gorzów Wielkopolski (...)**

orzeka

1. oddala odwołanie
2. zalicza w poczet kosztów odwołania kwotę 7 500,00 (siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczoną przez odwołującego **P. U. I. E.-I. S.A. (...)** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.1 zasądza od odwołującego **P. U. I. E.-I. S.A. (...)** na rzecz zamawiającego **Miasto Gorzów Wielkopolski (...)** kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Gorzowie Wielkopolskim.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Miasto Gorzów Wielkopolski (...), dalej zwane „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu oraz świadczenie pomocy technicznej dla Projektu pn. Modernizacja wschodniego wylotu drogi DK (...) w G. na odcinku od (...) do granic Miasta*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 32903 z dnia 27 lutego 2017 roku.

Zamawiający 20 kwietnia 2017 roku poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania z tego powodu, że z dniem 12 kwietnia 2017 roku upłynął termin związania wykonawców złożonymi ofertami, a żaden z wykonawców nie przedłużył terminu związania złożonej oferty.

Wobec powyższej czynności Zamawiającego wykonawca P. U. I. E.-I. S.A. (...) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu niezasadne dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego (a w konsekwencji unieważnienia postępowania ze względu na brak ofert nie podlegających odrzuceniu) podczas gdy oferta Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu i wskutek oceny oferty byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Podnosząc powyższe wskazał iż Zamawiający naruszył art. 89 ustawy Pzp w szczególności ust. 1 pkt 1) tego przepisu, poprzez jego błędne zastosowanie - jako podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy prawidłowe zastosowanie tych przepisów "winno skutkować uznaniem że wobec oferty Odwołującego nie zachodzą przesłanki odrzucenia. W konsekwencji naruszenia wskazanego powyżej doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania ze względu na brak ofert nie podlegających odrzuceniu. Uwzględnienie zarzutu wskazującego na bezzasadność odrzucenia oferty Odwołującego winno skutkować także unieważnieniem czynności unieważnienia postępowania, gdyż odpadnie podstawa prawna tej czynności.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że w dniu 12 kwietnia 2017 roku upłynął termin związania ofertą Odwołującego ustalony zgodnie z SIWZ jako termin 30 dniowy. W tym samym dniu upłynął termin związania ofertami także w przypadku wszystkich innych wykonawców. Zamawiający nie wzywał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą tj nie skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawcy, w tym Odwołujący nie przedłużyli terminu związania ofertą samodzielnie. W przypadku Odwołującego wadium zostało wniesione w pieniądzu i w dacie złożenia odwołania nie zostało Odwołującemu zwrócone.

Zamawiający odrzucił wszystkie oferty w tym ofertę Odwołującego wskazując jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 1) tj niezgodność oferty z ustawą. W uzasadnieniu

odrzućenia ofert nie przedstawił jednaj na czym polega niezgodność oferty z ustawą. Można jedynie domyślać się, że niezgodność tą zamawiający wywiódł z upływu okresu związania ofertą pisząc, że *nie jest możliwy wybór żadnej ze złożonych ofert jako najkorzystniejszej gdy upłynął termin związania wykonawców tymi ofertami*

Ten pogląd zamawiającego pozostaje w sprzeczności z poglądami orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. W ocenie orzecznictwa upływ terminu związania ofertą nie niweczy możliwości wyboru takiej oferty i zawarcia umowy. Skutkiem upływu terminu związania ofertą jest jedynie brak zobowiązania wykonawcy do zawarcia umowy. Tego jednak nie można utożsamiać z możliwością zawarcia umowy. Przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 1 odnosi się jedynie do niezgodności z ustawą oferty rozumianej jako oświadczenie woli (zgodnie z art. 66 Kc oraz uchwałą SN z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05,) Oświadczenie woli pozostaje z ustawą zgodne nawet wówczas gdy upływa termin związania ofertą. Treść oświadczenia nie ulega bowiem zmianie. Wskutek upływu terminu związania ofertą Jedynie obowiązek zawarcia umowy zmienia się w uprawnienie do zawarci tej umowy, co potwierdza przytaczane wyżej orzecznictwo. W orzeczeniu KIO 1832/16 wprost sformułowano tezę która wskazuje na wadliwość rozstrzygnięcia Zamawiającego w postępowaniu objętym niniejszym odwołaniem o odrzuceniu ofert na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1). Teza w przywołanym wyroku brzmi: *„bezpodstawne jest twierdzenie, że oferta, którą wykonawca przestał być związany, jest niezgodna z ustawą i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 p.z.p.”*

Także wykładnia systemowa nie pozwala na przyjęcie, że zastosowany przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 1) może być podstawą odrzucenia oferty, co do której termin związania upłynął. Ustawodawca w celu odrzucenia ofert, którymi wykonawcy nie są i nie chcą być związani zawarł w ustawie przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a. Przepis ten nakazuje odrzucić ofertę, gdy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania. Racjonalny ustawodawca nie tworzyłby przepisu szczególnego jako podstawy odrzucenia oferty którą wykonawca nie jest związany, gdyby taka możliwość odrzucenia istniała na podstawie normy bardziej ogólnej tj art. 89 ust 1 pkt 1. Współistnienie tych przesłanek odrzucenia ofert potwierdza, że brak terminu związania ofertą nie zawiera się w pojęciu niezgodności oferty z ustawą. Zastosowana przez zamawiającego przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego jest więc błędnym stosowaniem przepisów ustawy. Brak działania wykonawcy z własnej inicjatywy w celu przedłużenia tego terminu nie skutkuje odrzuceniem oferty, a zgodnie z orzecznictwem na które wskazujemy możliwe jest zawarcie umowy. Nie zachodzi więc ani wskazana w informacji o unieważnieniu postępowania, ani żadna inna przesłanka unieważnienia postępowania.

Za błędną i nie znajdującą potwierdzenia w stanie faktycznym należy uznać też tezę sformułowaną przez zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, że

wykonawcy. W tym odwołujący nie są zainteresowani realizacją zamówienia. Zamawiający nie badał tego zainteresowania i nie zwracał się do wykonawców o potwierdzenie dalszego zainteresowania udziałem w postępowaniu i zawarciem umowy. Jednocześnie Odwołujący przed wniesieniem niniejszego odwołania złożył wobec zamawiającego nie budzące wątpliwości oświadczenie woli, że mimo upływu terminu związania ofertą nie uchyli się od zawarcia umowy, gdyby jego ofertę poddano badaniu i dokonano jej wyboru. Zawarcie takiej umowy po terminie związania ofertą jest możliwe co potwierdza Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 24 lutego 2010 r., SK 22/08, OSNP 2009, nr 23-24, poz. 331, w którym wyraził pogląd iż upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia przedmiotowego żądania o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu podał, że w dniu 20 kwietnia 2017 r., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający odrzucił oferty wszystkich Wykonawców ponieważ upłynął okres związania tymi ofertami i oferty te wygasły. Jednocześnie Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 cyt. ustawy, ponieważ nie złożono żadnej oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu w dniu unieważnienia postępowania.

Zgodnie ze stanem faktycznym Odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia. Wykazanie legitymacji do skorzystania ze środka ochrony prawnej, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wymaga kumulatywnego spełniania przesłanek w postaci posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia bądź możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy Pzp. odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą zatem utracił status wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, a przez to nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia, jak również z tego tytułu nie może ponieść szkody.

W związku z wyżej przytoczonymi argumentami unieważnienie czynności unieważnienia postępowania nie daje Odwołującemu możliwości dalszego uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu oraz uznania jego oferty za najkorzystniejszą gdyż jego oferta wygasła. Ponieważ brak jest innych ważnych ofert unieważnienie czynności unieważnienia postępowania byłoby bezcelowe. Ponadto Zamawiający podkreślił, iż twierdzenie Odwołującego, że jego oferta po dokonaniu badania i oceny ofert winna być uznana za najkorzystniejszą jest co najmniej przedwcześnie. Gdyby Zamawiający nie odrzucił ofert, których termin związania upłynął to należy wskazać, że Wykonawca konsorcjum firm K. I. Sp. z o.o. Sp. k.. K. I. Sp. j. przedstawiła ofertę z korzystniejszym bilansem ceny i innych kryteriów oceny ofert.

Wskazał, że art. 1 ustawy Pzp stanowi, że ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, natomiast w art. 14 wskazuje, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Powołany art. 14 jest jednym z najważniejszych przepisów ustawy z punktu widzenia praktyki udzielania zamówień publicznych, gdyż w przypadku nie znalezienia odpowiedzi na wątpliwości prawne na gruncie ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany do korzystania z regulacji zawartych w kodeksie cywilnym. Błędne jest zatem przekonanie Odwołującego, iż przepisy ustawy Pzp nie wiążą negatywnych skutków z brakiem związania ofertą. W takim przypadku zapis art. 85 ust. 2 cyt. ustawy, mówiący o uprawnieniu wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą byłby zapisem zbędnym.

Zamawiający stwierdza, że okres na jaki wykonawca wiąże się ofertą jest konstytutywną częścią tej oferty, rozumianej zgodnie z art. 66 k.c. jako oświadczenie woli. Z chwilą złożenia oferty zamawiającemu powstaje dla wykonawcy skutek w postaci związania jej treścią co z kolei wpływa na dalsze prawa i obowiązki wykonawcy. Związanie treścią oferty polega na tym, że wykonawca po jej złożeniu nie może już jej wycofać lub zmienić. Wykonawca nie ma też wpływu na zawarcie umowy z zamawiającym bowiem to zamawiający swoją autonomiczną decyzją przyjmuje ofertę tym samym powoduje ukształtowanie się nowego stanu prawnego powstania zobowiązania pomiędzy nim a wykonawcą. W związku z powyższym w żaden sposób nie można przyjąć tezy Odwołującego, iż po upływie terminu związania ofertą treść oświadczenia woli wykonawcy nie ulega zmianie. Nawet gdyby uznać, że oferta nie wygasa lecz nadal pozostaje ofertą to przyjęcie takiej oferty przez zamawiającego rodziłoby odmienny stan prawny niż przyjęcie oferty pozostającej w terminie związania zawarcie umowy byłoby zależne od woli wykonawcy. Byłaby to zatem oferta odmienna od oferty pierwotnej, oferta nowa, zaś zgodnie z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp każdy z wykonawców może złożyć tylko jedną ofertę.

Wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2004-09-03, sygn. V Ca 1738/04, gdzie sąd orzekł, iż zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, gdy oferta jest niezgodna z ustawą. Określił również, że przez ofertę niezgodną z ustawą należy rozumieć ofertę niezgodną z zasadami udzielania zamówień, jak też z poszczególnymi przepisami ustawy, z przepisami aktów wykonawczych wydanych na podstawie ustawy, a także przepisami aktów prawnych, do których ustawa się odwołuje. Oświadczenie każdego wykonawcy o związaniu się treścią swojej oferty powinno być ważne w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co najmniej do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej. Z chwilą upływu okresu związania ofertą należy uznać, że wykonawca nie jest zainteresowany realizacją niegdyś złożonej oferty, gdyby był, to by sam z własnej inicjatywy w oparciu o

przepis art. 85 ust. 2 przedłużył okres związania ofertą. Oferta taka winna być odrzucona jako sprzeczna z art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy

Podkreślił, że bez znaczenia dla oceny sytuacji oferty Odwołującego jest tu fakt, iż Odwołujący w dniu 21.04.2017 r./po unieważnieniu postępowania/ przesłał Zamawiającemu pocztą elektroniczną informację, że jest zainteresowany realizacją zamówienia na zaproponowanych w ofercie warunkach. Jego termin związania ofertą upłynął w dniu 11.04.2017 r., a w dniu 12.04.2017 r. oferta ta była już nieważna. Podkreślił także, że oceniając sytuację w tym postępowaniu nie można zgodzić się ze stanowiskiem KIO zawartym w przywołanym przez Odwołującego wyroku KIO 1832/16, w wyniku której Izba w orzekającym w tej sprawie składzie stwierdziła, iż „bezpodstawne jest twierdzenie, że oferta, którą wykonawca przestał być związany, jest niezgodna z ustawą i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp”.

Reasumując powyższe stwierdził, że, Zamawiający zgodnie z prawem odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jako ofertę nieważną oraz w związku z brakiem innych ważnych ofert, pozostających w terminie związania ofertą w dniu zamknięcia postępowania, unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 cyt. ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie nie może zostać uwzględnione z powodu braku spełnienia przez odwołującego przesłanek z art. 179 ust.1 Pzp.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wstępie ocenie Izby podlega kwestia podniesiona przez Zamawiającego, iż Odwołujący w sytuacji prawnej w jakiej znalazła się w postępowaniu jego oferta, nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż nie mogąc skutecznie domagać się od Zamawiającego zawarcia umowy na złożoną ofertę nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Wskazać należy iż przepis art. 179 ustawy Pzp statuuje ogólną zasadę, iż środki ochrony prawnej przysługują tylko tym uczestnikom postępowania, którzy mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia oraz ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Interes wykonawcy o którym

mowa w art. 179 ust.1 Pzp w każdym przypadku łączony jest z niemożnością uzyskania zamówienia i w toku postępowania okoliczność ta musi być wykazana, gdyż jest to przesłanka materialno - prawna przesądzająca o skuteczności wniesienia odwołania, czy innego środka ochrony prawnej. W tym postępowaniu pierwsza przesłanka z art. 179 ust.1 dotycząca wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia jest niewątpliwa i niesporna pomiędzy stronami. Spór budzi natomiast wykazanie przez Odwołującego spełnienia drugiej przesłanki dotyczącej możliwości poniesienia w stanie faktycznym sprawy szkody w wyniku działań Zamawiającego. W tym miejscu zasadne jest wskazanie, że ani w kodeksie cywilnym, ani w ustawie Pzp pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Jednak trafny wydaje się pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 Pzp podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchyceniem przez Zamawiającego przepisom Pzp. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Jak można wywieść z wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt V CSK 18/08, Lex nr 424431) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Podkreślić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu (wyrok SO w Łodzi sygn. akt XIII Ga 379/12) w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Są to przesłanki materialno--prawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów

Podstawową kwestia mającą wpływ na treść przedmiotowego orzeczenia była, po pierwsze sprawa, czy Zamawiający nie wzywając wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą dopuścił się zaniechania czynności wbrew przepisom Pzp i po drugie, czy brak terminu związania ofertą Odwołującego, przesadza o braku możliwości wyboru jego

oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu i zawarcia umowy na wykonanie zamówienia opisanego w SIWZ.

Na wstępie rozważań do powyższych kwestii wskazać należy, iż kwestia dotycząca wpływu terminu związania ofertą na możliwość przeprowadzenia w całości postępowania o udzielenie zamówienia, zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych nie jest postrzegana jednolicie. Różnica w ocenie tej sytuacji odnosi się w szczególności do kwestii - czy pomimo upływu terminu związania ofertą, oferta taka jest nadal ofertą w myśl Pzp i czy może zostać wybrana jak oferta najkorzystniejsza w postępowaniu. Sama kwestia dotycząca możliwości zawarcia umowy z wykonawcą, którego okres związania ofertą po wyborze upłynął, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie i nie była też sporna pomiędzy stronami. W tej materii Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08) uznał, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wymaga ważności terminu związania ofertą - dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą.

Odnosząc się do kwestii podniesionej w odwołaniu, iż Zamawiający niezasadnie nie skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 85 ust.2 ustawy Pzp. wskazać należy, że zgodnie z tym przepisem Zamawiający może jednorazowo na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W tym postępowaniu w którym oferty złożyło sześciu wykonawców żaden z nich nie przedłużył samodzielnie terminu związania ofertą, z takim wnioskiem nie wystąpił także Zamawiający co zaskutkowało tym, że z chwilą upływu terminu związania ofert określonego w SIWZ żaden z wykonawców nie pozostawał związany swoją ofertą. Odwołujący na rozprawie tłumaczył ten fakt tym, iż nie przedłużył terminu związania ofertą bo uważał, że Zamawiający wystąpi z takim wnioskiem lub zdąży w terminie dokonać rozstrzygnięcia postępowania. Natomiast Zamawiający na pytanie Izby w tym zakresie stwierdził, że nie miał obowiązku występowania z takim wnioskiem i uważał, że jeśli któryś z wykonawców będzie nadal zainteresowany udziałem w postępowaniu to samodzielnie przedłuży termin związania ofertą.

Pomimo tego, że takie postępowanie nie stanowi naruszenia przez Zamawiającego przepisu prawa mogącego skutkować uwzględnieniem odwołania, to jednak Izba uznaje go za nieprawidłowe.

Zauważyć należy iż Zamawiający wszczyna postępowanie celem wykonania określonego celami społecznymi przedmiotu zamówienia. Na ten cel przeznaczane są środki publiczne, których wydawanie rozpoczyna się już w chwili ponoszenia określonych kosztów na prowadzenia procedury przetargowej, a nie dopiero z chwilą udzielenia zamówienia wykonawcy. Dlatego też Zamawiający wszczynając postępowanie winien mieć za cel pomyślne jego zakończenie, a nie jego unieważnienie z powodu zaniechania skorzystania z

uprawnienia przewidzianego w art. 85 ust.2 Pzp. Uprawnienie to, zdaniem Izby należy interpretować podobnie jak uprawnienie z art. 87 ust.1 Pzp dotyczące możliwości wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty. W orzecznictwie Izby utrwalił się pogląd, że uprawnienie z art. 87 ust.1 Pzp przeradza się w obowiązek żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert wówczas, gdy zamawiający np. zamierza odrzucić ofertę. W sytuacji tego postępowania, kiedy Zamawiający nie zdążył z oceną ofert w terminie wskazanym w SIWZ to z chociażby z racji potrzeby racjonalnego wydatkowania środków publicznych winien był skorzystać z uprawnienia z art. 85 ust.2 Pzp. W tym postępowaniu nadto zachodzi prawdopodobieństwo, że w wyniku nowego postępowania Zamawiającemu może nie zostać złożona oferta z ceną możliwą do uzyskania w tym postępowaniu, a więc może wydatkować wyższą kwotę środków publicznych. Prawo zamówień publicznych powinno być postrzegane jako narzędzie do realizacji zadań publicznych, dla których nadrzędnym celem powinno być efektywne i racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Dlatego też takie postępowanie Zamawiającego nie może zostać uznane przez Izbę za zgodne z zasadami prawa zamówień publicznych.

Wracając do orzeczeń sądów okręgowych w sprawach dotyczących wpływu braku związania ofertą na możliwość jej wyboru jako najkorzystniejszej wskazać należy, że Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2014 r., sygn.. akt XXIII Ga 924/14, zwrócił uwagę, że ze względu na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów Pzp, należy uznać, że upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Podobnie Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 21 września 2012 r., XIII Ga 379/12 uznał, że „celem związania ofertą jest umożliwienie dochodzenia przez zamawiającego spełnienia zobowiązania zawartego w ofercie wykonawcy. Służy to więc głównie zabezpieczeniu interesów zamawiającego, a nie wykonawcy (...). Po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą jednakże różnicą że działania zgodne z jej treścią (czyli zawarcie umowy na warunkach w ofercie oznaczonych) zależne jest już wyłącznie od suwerennej decyzji wykonawcy. Podobne stanowiska zostały zawarte w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 17 stycznia 2014 r., IX Ga 392/13 , a także w wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r., akt VI Ga 192/10, w którym Sąd uznał, że upływ terminu związania ofertą w żadnym przypadku, sam przez się, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy (aktualnie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp - przyp. red.), ponieważ nie stanowi przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przeciwstawne do powyższych ustaleń są stanowiska zawarte w orzeczeniach Sądu Okręgowego w Tarnowie, który w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r., I Ca 495/13, stwierdził, że

„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. (...). Wykonawca poprzez przedłużenie terminu związania ofertą musi wykazać, że miał wolę przedłużenia okresu związania z ofertą, albowiem oświadczenia woli wykonawcy w tym zakresie nie może mieć charakteru dorozumianego, ale winno być wyrażone wprost. W ocenie Sądu, przeciwnie do stanowiska zajętego przez autora skargi, wybór oferty, której termin związania wygasł, pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art 7 ust. 1 Pzp.”. Podobne stanowisko wynika z Postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach, który w postanowieniu z dnia 2016-11-10, X Ga 458/16 uznał, że z chwilą upływu dnia do jakiego wyznaczono termin związania ofertą oferta ta przestaje wiązać wykonawcę. Nadto wskazał, że za nieuprawniony należy uznać pogląd, zgodnie z którym wywodzi się - w sposób rozszerzający - że skoro dopuszczalne jest zawarcie umowy po upływie terminu związania ofertą, to dopuszczalny jest także wybór oferty, której termin związania wygasł. To zaś powoduje, że w ocenie Sądu, oferta tego wykonawcy nie może zostać skutecznie wybrana w toku tego postępowania.

Zamawiający podnosił, że upływu terminu związania oferta należy rozpatrywać przez pryzmat przepisów kodeksu cywilnego, gdzie istotne znaczenie w tym zakresie ma przepis art. 66 K.c., w świetle którego stan związania ofertą jest konstruktywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy. W tej materii Izba uznaje, że nie jest zasadne proste przenoszenie uregulowań dotyczących uregulowań oferty z kodeksu cywilnego na grunt oferty prawa zamówień publicznych, gdyż występuje istotna odrębność instytucji oferty w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych od oferty uregulowanej w przepisach kodeksu cywilnego. Kwestia ta została omówiona w ww. wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, Sąd wskazał, że *postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy P.z.p., która stanowi lex specialis względem przepisów kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 14 P.z.p. przepisy kodeksu cywilnego stosuje się, jeżeli przepisy ustawy P.z.p. nie stanowią inaczej. Zaznaczyć jednak należy, iż specyfika i charakter uregulowań, co do składania ofert i zawarcia umowy w ustawie P.z.p. określa wyraźne różnice względem ofert i zawarcia umowy w stosunkach cywilnoprawnych w reżimie kodeksu cywilnego. (...)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.

Odnosząc się do powyższego, zdaniem Izby podkreślić należy, iż w żadnym z ww. wyroków sądów nie zostało uznane, że brak terminu związania ofertą jest podstawą do odrzucenia oferty. Taka możliwość istnieje tylko w sytuacji, kiedy wykonawca wezwany przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie wyrazi na to zgody (art. 89ust. 1 pkt 7a Pzp). Nadto żaden przepis ustawy nie wymaga permanentnego utrzymania przez wykonawcę stanu związania ofertą, a tylko to mogłoby być podstawą w razie upływu tego terminu do rozpatrywania niezgodności takiej oferty z ustawą. Jednocześnie *de lege lata* żaden z przepisów ustawy Pzp nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest. Niedopuszczalne jest rozszerzanie poprzez analogie podstaw do odrzucenia oferty. Wszelkie postawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, jako wyjątki od zasady, iż złożona oferta podlega badaniu i wyborowi winny być interpretowane w sposób ścisły.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i argumentację organów orzekających Izba uznaje, że brak jest podstaw, aby Zamawiający dokonał odrzucenia oferty, co do której termin związania upłynął. Tym samym Zamawiający dokonując odrzucenia ofert naruszył przepis art. 89 ust.1 pkt 1, gdyż przepis ten w tej sytuacji nie ma zastosowania.

Upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, co statuuje prawo

Zamawiającego do niewybrania takiej oferty, gdyż taki wybór mógłby nie doprowadzić do skutecznego udzielenia zamówienia.

Reasumując powyżej wymienione stanowiska w sprawie możliwości wyboru oferty wykonawcy kiedy upłynął termin jej związania Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, bowiem nie może skutecznie domagać się od Zamawiającego wyboru jego oferty i zawarcia z nim umowy. Dlatego też odwołanie podlega oddaleniu. Trzeba ponownie podkreślić, że celu odwołania należy upatrywać w poprawieniu sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotu, który z tego środka korzysta, a więc doprowadzenia do stanu kiedy wykonawca może skutecznie domagać się, aby Zamawiający jego ofertę ocenił i wybrał jako najkorzystniejszą. W konsekwencji nie została spełniona przesłanka dotycząca szkody, bowiem wykonawca, który nie może uzyskać zamówienia nie może tym samym ponieść uszczerbku majątkowego.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2 b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

Przewodniczący