

Dr Maciej Lubiszewski

Uniwersytet Warmi sko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-8261-7917

e-mail: m.lubiszewski@uwm.edu.pl

# Skutki up>ywu terminu zwi zania ofert w wietle przepisów nowego Prawa zamówie publicznych

The consequences of expiry of the offer's validity in the light of new Public Procurement Law

## Streszczenie

Celem artykułu jest omówienie konsekwencji up>ywu terminu zwi zania ofert z o on w post powaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oraz ocena rozwi zania wprowadzonego do Prawa zamówie publicznych z 2019 r. z perspektywy Kodeksu cywilnego, który ustanawia ogólny re im prawny obrotu gospodarczego. Według klasycznej cywilistyki oferta, która przestaje wi za oferenta, wygasa, co oznacza, e o wiadczenie oblata o przyj ciu takiej oferty nie prowadzi do nawi zania stosunku prawnego (umownego albo przedkontraktowego). Prawo zamówie publicznych z 2004 r. nie regulowa o skutków up>ywu terminu zwi zania ofert, co by o zarzewiem sporów doktrynalnych oraz ródem rozbie no ci w orzecznictwie. Wyrok Trybunału Sprawiedliwo ci Unii Europejskiej w sprawie C-35/17 z agodzi z tylko do pewnego stopnia i wymaga interwencji ustawodawcy krajowego. Rozwi zanie przyj te w Prawie zamówie publicznych z 2019 r. polega na mo liwo ci wyra enia przez wykonawc zgody na zawarcie umowy, co w sensie cywilistycznym stanowi ponowienie oferty. Model zaprojektowany jako wyraz kompromisu pomi dzy zapewnieniem skuteczno ci post pwa przetargowych a potrzeb zachowania spójno ci z podstawowymi konstrukcjami prawa cywilnego rodzi jednak szereg w tpliwo ci. Tworzy bowiem nieprzetargow faz post powania o udzielenie zamówienia publicznego, co utrudnia opisanie sytuacji prawnej uczestników za pomoc tradycyjnych konstrukcji cywilistycznych.

**Sowa kluczowe:** zamówienia publiczne, przetarg, zwi zanie ofert, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego

## Abstract

The aim of the article is to discuss the consequences of the expiry of the validity period time of the offer submitted in the public procurement procedure and to evaluate the solution introduced to the Public Procurement Law of 2019 from the perspective of the Civil Code, which establishes the general legal regime for economic transactions. According to civil law, an offer that ceases to bind expires so acceptance of such an offer does not lead to a legal relationship (contractual or pre-contractual). The Public Procurement Law of 2004 did not regulate the effects of the expiry of the offer's validity period, which was the source of doctrinal disputes and discrepancies in jurisprudence. The judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-35/17 has dispelled these doubts only to some extent. The solution adopted in the Public Procurement Law of 2019 entitles the contractor to express a consent to the conclusion of the contract, which in the civil sense is a renewal of the offer. The model designed as a compromise between ensuring the effectiveness of tender procedures and the need to be consistent with the basic structures of civil law raises a number of doubts. It creates a non-tender phase of the public procurement procedure, which makes it difficult to describe the legal situation of the participants using traditional civil law terminology.

**Keywords:** public procurement, tender, validity of an offer, conclusion of a public procurement contract

JEL: H57, H76

## Wprowadzenie

Prawo zamówień publicznych z 2004 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 218 i 1086), dalej jako *CPZp* z 2004 r.Ż, jedynie szc tkowo regulowa o skutki prawne up ywu terminu zwi zania ofert . W zasadzie w tym kontekście mo na przywo a tylko art. 89 ust 1 pkt 7a *Pzp* z 2004 r., nakazuj cy odrzuci ofert wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawia cego nie zgodzi si na przed uenie terminu zwi zania ofert . W takiej sytuacji w sukurs powinny przyj doktryna i judykatura. Niestety, w literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwo awczej (dalej jako *KIO*) oraz s dów zarysowa y si dwa przeciwnostawne pogl dy (Micha 2017, s. 14...16). Wed ug pierwszego z nich, opartego na ustawie z 23.04.1964 r. „ Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), dalej jako *k.c.*, up yw terminu zwi zania ofert mia skutkowa jej upadkiem. Zamawiaj cy powinien odrzuci tak ofert na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7a (gdy wykonawca mimo inicjatywy zamawiaj cego nie przed u y terminu zwi zania ofert ) albo art. 89 ust. 1 pkt 1 *Pzp* z 2004 r. (gdy wykonawca nie przed u y terminu zwi zania ofert z wasnej inicjatywy).

Stanowisko konkurencyjne by o oparte na twierdzeniu, i art. 89 ust. 1 pkt 7a *Pzp* z 2004 r. zawiera jedyn norm przewiduj c konsekwencje up ywu terminu zwi zania ofert . Ustawodawca uregulowa zatem wy cznie skutki up ywu tego terminu w sytuacji, gdy zamawiaj cy zwróci si do wykonawcy o jego przed uenie. Brak analogicznej norm sankcjonuj cej nieprzed uenie terminu zwi zania ofert przez wykonawc z wasnej inicjatywy implikowa niedopuszczalno odrzucenia jego oferty. Up yw terminu zwi zania ofert sprawia, e taka oferta przestawa a wi za wykonawc , a zatem w przypadku jej wybrania móg on odmówi zawarcia umowy bez obawy o utrat wadium.

Rozbie no ci w orzecznictwie sprawi y, e Krajowa Izba Odwo awcza skierowa a do Trybuna u Sprawiedliwo ci Unii Europejskiej pytanie prejudycjalne. Trybuna w wyroku z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17 (*Saferoad Grawil i Saferoad Kabex*) stwierdzi, e podstawa do wyeliminowania wykonawcy z przetargu musi by wyra nie przewidziana w ustawie krajowej, w og oszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia. To rozstrzygni cie przechyl o szal na stron stanowiska, zgodnie z którym Prawo zamówień publicznych z 2004 r. nie przewidywa o sankcji w postaci odrzucenia oferty w przypadku up ywu terminu zwi zania ofert i wybór oferty po jego up ywie by dopuszczalny (Dziera nowski, 2018, s. 19). Wobec braku stosownej reakcji polskiego ustawodawcy stanowisko to zacz o dominowa w orzecznictwie *KIO* oraz s dów okr gowych. Utrzymuj ce si w t p l iwo ci powodowa y, e taki stan rzeczy domaga si interwencji ustawodawcy. Dobr okazj ku temu by y prace nad nowym Prawem zamówień publicznych. Celem niniejszego artyku u jest omówienie, w jaki sposób ustawa z 11.09.2019 r. „ Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), dalej jako *Pzp*, reguluje konsekwencje up ywu terminu zwi zania ofert , oraz ocena przyj tego rozwi zania, zw aszcza z perspektywy Kodeksu cywilnego konstytuuj ce go ogólny re im prawny obrotu gospodarczego.

## Oferta i przetarg w uj ciu przepisów Kodeksu cywilnego

Zgodnie z art. 66 § 1 *k.c.* oferta jest o wiadczeniem woli zawarcia umowy, które okre la jej istotne postanowienia. W cywilistyce dominuje pogl d, zgodnie z którym konstytutywny cech oferty jest jej stanowczo , co oznacza zgod oferenta na zawarcie umowy (Olejniczak i Radwa ski, 2019, s. 439). Od chwili z oenia oferty los kontraktu spoczywa w r kach jej adresata (oblata), który mo e doprowadzi do zawarcia umowy przez o wiadczenie o przyj ciu oferty (Gniewek i Machnikowski, 2018, s. 158). Te zgodne o wiadczenia woli (oferta i jej przyj cie) stworz konsens, a wi c fundament umowy, która po czy oferenta i oblata (Radwa ski, 2005, s. 81, 84).

Koniecznym skutkiem z oenia oferty jest stan zwi zania oferenta (Kocot, 2003, s. 11), polegaj cy na tym, e oferent nie mo e odwo a oferty, pozbawiaj c jej donos o ci prawnej (Radwa ski, 2005, s. 82). Jest to wi c okres, w którym o wiadczenie woli oferenta cechuje stanowczo , a przyj cie oferty doprowadzi do zamierzonej czynno ci prawnej, tj. do umowy. W tym czasie oferent musi pozostawa w gotowo ci do wykonania kontraktu. Stan zwi zania jest zatem dla oferenta pewn uci liwo ci (Olejniczak i Radwa ski, 2019, s. 433), dlatego powinien by uj ty w okrelone ramy czasowe. Zgodnie z art. 66 § 2 *k.c.* termin zwi zania ofert co do zasady wyznacza sam oferent, natomiast je eli tego nie uczyni, oferta z o ona w toku bezpo redniego porozumiewania si przestanie wi za , gdy nie zostanie przyj ta niezwocznie. Z kolei oferta z o ona w inny sposób przestanie wi za z up ywem czasu, w którym oferent móg w zwyk ym toku czynno ci otrzyma odpowied oblata wys an bez nieuzasadnionego opó nienia. Oferta wywo a zatem przewidziany skutek w postaci zawarcia umowy jedynie wówczas, gdy zostanie przyj ta w czasie, kiedy wi e oferenta. Po tym czasie przestaje wi za , traci walor stanowczo ci i przestaje by ofert rozumian jako o wiadczenie woli zawarcia umowy. Spó nione o wiadczenie oblata o przyj ciu oferty nie doprowadzi zatem do zawarcia umowy, co najwy ej mo e by potraktowane jako z oenie nowej oferty (Olejniczak i Radwa ski 2019, s. 442).

Przetarg jest inicjowany przez organizatora w drodze og oszenia okrelaj cego czas, miejsce, przedmiot oraz warunki przetargu lub sposób udost pnienia tych warunków. W odpowiedzi na og oszenie uczestnicy przetargu sk adaj oferty, z których organizator wybiera najkorzystniejszy . Przetargowy tryb zawarcia umowy, cho odr bny od ofertowego, oparty zosta na konstrukcji oferty (Rajski, 1997, s. 5). O ile jednak ofertowy sposób zawarcia umowy opiera si na dwustronnej relacji zachodz cej pomi dzy oferentem a oblata, o tyle przetarg ma charakter wielostronny (Rajski, 1997, s. 5). W trakcie przetargu pomi dzy organizatorem a uczestnikami przetargu dochodzi do nawi zania wielostronnego stosunku prawnego (stosunku przetargowego), którego celem jest wybór oferty (Rajski, 2003, s. 8; Szostak, 2018, s. 62}. W tak ukszta towanym post powaniu oferta uczestnika przetargu pe ni dwie funkcje. Pierwsz z nich jest akceptacja warunków przetargu. Je eli og oszenie organiza-

tora przetargu uznamy za ofertę nawiązania stosunku przetargowego, ofertę złoży on przez uczestnika uznamy za przyjęcie oferty organizatora, co prowadzi do powstania stosunku przetargowego. Drugą funkcją oferty jest wyrażenie woli zawarcia umowy na warunkach określonych w ogłoszeniu. Mamy tu do czynienia z ofertą w rozumieniu art. 66 § 1 k.c., a więc jej złożenie skutkuje stanem zawiązania oferenta (Rajski, 2003, s. 7).

W relacji organizator...zwycięzca rozstrzygnięcia przetargu wywołuje jeden z dwóch możliwych skutków. Pierwszy z nich polega na tym, że wybór oferty prowadzi do zawarcia umowy. W takim przypadku o wiadczeniu organizatora przetargu o wyborze oferty odpowiada o wiadczeniu o przyjęciu oferty w ofertowym trybie zawarcia umowy. Potwierdza to pierwsze zdanie art. 70 § 3 k.c., które w celu ustalenia chwili zawarcia umowy w drodze przetargu nakazuje stosować przepisy dotyczące przyjęcia oferty. Drugim z możliwych skutków wyboru oferty jest przekształcenie stosunku przetargowego w stosunek przedkontraktowy, którego stroną przysięga roszczenie o zawarcie umowy (Rajski, 2003, s. 8; Gordon, 2018, s. 18...20; Szostak, 2018, s. 70). Taka sytuacja występuje, gdy zawarcie umowy zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, co wynika z art. 70 § 3 k.c.

W każdym z tych dwóch przypadków wybór oferty wywołuje po stronie uczestnika przetargu określone obowiązki prawne: w pierwszym przypadku będzie to obowiązek wynikający z zawartej umowy, w drugim „obowiązek zawarcia umowy. Podobnie jak w przypadku trybu ofertowego, podstawą tych obowiązków jest stan zawiązania ofert, wynikający z jej stanowczego charakteru (Gordon, 2018, s. 19). Nie da się tego powiedzieć o o wiadczeniu, które nie rodzi po stronie oferenta stanu zawiązania, a więc nie jest ofertą w rozumieniu prawa cywilnego.

## Oferta w ujęciu Prawa zamówień publicznych

System zamówień publicznych został oparty na modelu przetargowym, wykorzystywanym w niemal wszystkich trybach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanych w Prawie zamówień publicznych z 2019 r. Dotyczy to nie tylko trybów nazwanych przez ustawodawcę „przetargiem”, ale także zdecydowanej większości pozostałych trybów<sup>2</sup>, w których po zakończeniu fazy negocjacyjnej zamawiający zaprasza do składania ofert, spośród których dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nie ma żadnych powodów, aby pojęcie oferty rozumieć w sposób odmienny od przyjętego na gruncie prawa cywilnego (Grabarczyk, 2015, s. 166; Szostak, 2019, s. 15). Jest to zatem o wiadczenie woli wykonawcy wyrażające stanowczy zamiar zawarcia z zamawiającym umowy na warunkach określonych w dokumentach zamówienia oraz przyjęcie oferty nawiązania stosunku przetargowego, a więc akceptacja warunków przetargu (Szostak, 2005, s. 73). Tak jak na gruncie prawa cywilnego, również w przetargach publicznych mamy do czynienia z cywilistycznie rozumianym sta-

nem zawiązania ofert (Gordon, 2018, s. 19). W przeciwieństwie do zasadniczego uregulowania kodeksowego, Prawo zamówień publicznych nie umożliwia wyboru najkorzystniejszej oferty z zawarciem umowy. Stojąc temu na przeszkodzie normy nakazujące zamawiającemu dokonanie odrębnej czynności zawarcia umowy z wykonawcą z zachowaniem tzw. *standstill period*<sup>3</sup>. Normy te stanowią „wymagania przewidziane w ustawie”, o których mowa w art. 70 § 3 k.c. Skutkiem o wiadczenia o wyborze oferty najkorzystniejszej jest zatem obowiązek zawarcia umowy spoczywający na wykonawcy<sup>4</sup>. Podobnie jak w przypadku przetargu kodeksowego, obowiązek ten jest konsekwencją stanu zawiązania ofert (Gordon, 2018, s. 20).

Wzorem zawiązania kodeksowego Prawo zamówień publicznych zawiera przepisy wyznaczające temporalne granice stanu zawiązania<sup>5</sup> z tym, że termin zawiązania ofert określa zamawiający w dokumentach zamówienia, natomiast wykonawcy akceptują go, przystępując do przetargu. Ustawodawca chroni wykonawców przed nierozsądnymi terminami zawiązania ofert, wyznaczając maksymalną ich długość. Zgodnie z art. 307 ust. 1 Pzp w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne (zwanych postępowaniami krajowymi) zamawiający może określić nie dłuższy niż trzydziestodniowy termin zawiązania ofert, co stanowi powtórzenie normy wynikającej z art. 85 pkt 1 Pzp z 2004 r. Maksymalne terminy zawiązania ofert w postępowaniach o wartości równej lub większej niż progi unijne (zwanych postępowaniami unijnymi) zostały natomiast wyrażone w nowej ustawie i zgodnie z art. 220 ust. 1 Pzp wynoszą 90 dni, a w postępowaniach unijnych, których wartość zamówienia przekracza 10 mln euro (dostawy lub usługi) albo 20 mln euro (roboty budowlane) „120 dni.

Pierwszym dniem terminu zawiązania ofert jest dzień, w którym upływa termin składania ofert, co precyzuje art. 220 ust. 1 i 307 ust. 1 Pzp. Natomiast stosownie do art. 220 ust. 2 i 307 ust. 1 Pzp ostatni dzień tego terminu określa zamawiający w dokumentach zamówienia przez wskazanie konkretnej daty.

Prawo zamówień publicznych z 2019 r. reguluje zasady przedłużenia terminu zawiązania ofert odmiennie niż poprzednio obowiązująca ustawa, która przyznawała zamawiającemu uprawnienie do jednokrotnego zwrócenia się do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu zawiązania ofert o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni pod rygorem odrzucenia oferty. Prawo zamówień publicznych z 2004 r. uprawniało również wykonawcę do samodzielnego przedłużenia terminu zawiązania ofert, przy czym uprawnienie wykonawcy nie było ograniczone co do liczby przedłużeń oraz okresu przedłużenia. Nowa ustawa reguluje jedynie przedłużenie terminu zawiązania ofert z inicjatywy zamawiającego, który w obliczu ryzyka, że wybór oferty najkorzystniejszej nie nastąpi przed upływem terminu zawiązania ofert, jest zobowiązany do jednokrotnego zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu zawiązania ofert o okres wskazany przez zamawiającego. Okres wnioskowanego przedłużenia tego terminu nie może być dłuższy niż 60 dni (w postępowaniach unijnych) albo 30 dni (w postępowaniach krajowych). Prawo

zamówie publicznych z 2019 r. nie przewiduje możliwości przedłużenia terminu związania ofert przez wykonawcę *proprio motu*. Omówiona regulacja skutkuje tym, że termin związania ofert jest jednakowy dla wszystkich wykonawców i upływa w tym samym czasie względem wszystkich złoonych ofert (Grabarczyk, 2020, s. 85).

Przepisem, który pozwala określić znaczenie terminu związania ofert i skutki jego upływu dla postpowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest art. 252 Pzp. Ma on zastosowanie w postpowaniach unijnych, ale także „na mocy art. 266 Pzp „ w postpowaniach krajowych. Zgodnie z art. 252 ust. 1 Pzp „zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofert określonym w dokumentach zamówienia. Z tym przepisem koresponduje omówiony wcześniej obowiązek wezwania wykonawcy do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofert, co ma umożliwić zamawiającemu wybór oferty jeszcze w czasie, kiedy będzie to zobowiązywał wykonawcę do zawarcia umowy.

Mogłoby się wydawać, że upływ terminu związania ofert będzie skutkował upadkiem ofert i koniecznością unieważnienia postpowania o udzielenie zamówienia publicznego, co byłoby w pełni spójne z cywilistycznym postrzeganiem oferty. Ustawodawca wprowadził jednak szczególny mechanizm, którego celem jest umożliwienie rozstrzygnięcia postpowania po upływie terminu związania ofert. Zgodnie z art. 252 ust. 2 Pzp w sytuacji, w której termin związania ofert upływny przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. Brak takiej pisemnej zgody skutkuje odrzuceniem oferty (art. 226 ust. 1 pkt 13 Pzp), a art. 252 ust. 3 Pzp zobowiązuje zamawiającego do wezwania kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do wyrażenia zgody na wybór jego oferty, chyba że zażądał przesłanki do unieważnienia postpowania. W literaturze wyrażono pogląd, iż wezwanie to może być skierowane „jedynie do wykonawcy, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności (Grabarczyk, 2020, s. 85). Oznacza to, że po odmowie wyrażenia zgody na wybór przez dwóch wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione, zamawiający nie będzie miał już prawa zwracać się o wyrażenie zgody na wybór przez trzeciego wykonawcę (i dalszych).

### Koncepcja ponowionej oferty

Biorąc pod uwagę stanowisko TSUE wyrażone w wyroku w sprawie C-35/17, uregulowanie skutków upływu terminu związania ofert w nowej ustawie należy uznać za krok w dobrym kierunku. Mimo to mechanizm przyjęty w art. 252 ust. 2 Pzp budzi szereg wątpliwości, zwłaszcza co do kwalifikacji prawnej pisemnej zgody wykonawcy na wybór jego oferty. W wątpliwości tych nie rozwiewają przepisy Prawa zamówień publicznych, więc konieczne jest sięgnięcie do rozwiąz Kodeksu cywilnego stanowiącego ogólny ram

prawny zawierania umów (Rajski, 1997, s. 4). Powstaje pytanie, czy tryb określony w art. 252 ust. 2 Pzp może być rozpatrywany jako kodeksowy tryb ofertowy, przetargowy, czy też może negocjacyjny (Szostak, 2019, s. 15). Według projektodawcy wyrażenie zgody na wybór stanowi nową ofertę o treści to samej, co pierwotna oferta, z tą różnicą, że powołuje się na przetargowy<sup>6</sup>. Najwyraźniej jest to przejaw skutecznego przekonania, że wybór oferty doprowadzi do powstania stosunku przedkontraktowego tylko wtedy, gdy nastąpi w stanie związania. To z kolei wyklucza negocjacyjny charakter omawianej konstrukcji. Cech negocjacji jest niewiarygodny charakter stanowisk wyrażanych w ich toku (Olejniczak i Radwański, 2019, s. 456). O ile sam wniosek zamawiającego o wyrażenie przez wykonawcę zgody na wybór jego oferty nie ma charakteru wiążącego i nie tworzy elementu przyszłego konsensu, o tyle odpowiedź wykonawcy już taki walor posiada, bo dla cywilistycznie rozumianych ofert.

Skoro zatem w trakcie procedury uregulowanej w art. 252 ust. 2 Pzp dochodzi do ponowienia oferty, procedura ta może być rozpatrywana przez pryzmat kodeksowych przepisów o ofercie albo o przetargu. Przetarg ulega rozwinięciu z chwilą upadku ofert na skutek upływu terminu związania. Do jego ponowienia konieczne byłoby złozenie ofert przez wszystkich wykonawców. Tylko w ten sposób powstałby wielostronny stosunek przetargowy. Jednak wniosek o wyrażenie zgody na wybór oferty jest kierowany wyłącznie do wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę. W grę wchodzi zatem relacja dwustronna charakteryzująca ofertowy tryb zawierania umowy. Fakt, że ponowiona oferta została wywołana przez zamawiającego, nie stanowi tu przeszkody, gdy złozenie oferty może być poprzedzone zaproszeniem do zawarcia umowy (Kocot, 2003, s. 21). Taka konstatacja prowokuje jednak do kolejnych pytań: Jak wygląda dalsze uczestnictwo pozostałych wykonawców w postpowaniu? Jak długo ponowiona oferta wiąże wykonawcę? Dlaczego wybór ponowionej oferty prowadzi do skutku charakteryzującego przetarg (roszczenie o zawarcie umowy), nie zaś do skutku typowego dla trybu ofertowego (zawarcie umowy)?

Rozwinięcie zasygnalizowanych problemów wymaga przyjęcia, że przetarg w rozumieniu cywilistycznym jest tylko jedną z faz postpowania o udzielenie zamówienia publicznego, choćby nawet postpowanie to było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Z chwilą upływu terminu związania ofert oferty upadają, natomiast przetarg zostaje rozwinięty (Szostak, 2019, s. 15). Postpowanie o udzielenie zamówienia publicznego toczy się jednak dalej, a jego uczestnikom nadal przysuguje status wykonawców, dzięki czemu mogą oni korzystać z rodków ochrony prawnej, podważając czynności zamawiającego. Podstawą praw wykonawców i obowiązków zamawiającego nie jest już porozumienie przetargowe, lecz normy Prawa zamówień publicznych regulujące to postpowanie a do jego definitywnego zakończenia, tj. do jego unieważnienia lub zawarcia umowy<sup>7</sup>. Ta nieprzetargowa faza postpowania jest hybrydą procedury *sui generis* prawa zamówień publicznych, zawierając elementy kodeksowego trybu ofertowego i przetargowego.

Elementem konstrukcyjnym trybu ofertowego jest dwustronny charakter relacji pomiędzy zamawiającym a wyko-

nawc, który w odpowiedzi na wezwanie składa ponownie ofertę. Ta oferta musi być wykonawcą, przy czym Prawo zamówień publicznych nie określa, jak długo trwa stan zwisania. Wobec braku szczególnej regulacji należy zastosować normę wynikającą z art. 66 § 2 k.c., co oznacza, że termin zwisania ofert może wyznaczyć wykonawca, natomiast gdyby tego nie uczynił, oferta przestanie wiązać z upływem czasu, w którym wykonawca (mógł) w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia<sup>8</sup>. W większości przypadków (zwykły tok czynności) będzie polegać na przygotowaniu zawiadomienia o wyniku postpowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej i „ewentualnie „o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone<sup>9</sup>. W sytuacji, gdy zamawiający zwraca się o wyrażenie zgody na wybór do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona (art. 252 ust. 3 Pzp), niezdane może okazać się badanie oferty, w szczególności dokonanie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Będzie to wymagało wezwania wykonawcy do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych rodków dowodowych<sup>9</sup>. Ponadto wykonawcy będzie przysługiwać prawo do uzupełnienia brakujących dokumentów lub wyjaśnienia ich treści. W takim przypadku (zwykły tok czynności) będzie niekiedy długotrwałym procesem, w trakcie którego „o ile prowadzony jest z należytą starannością „ wykonawca pozostanie związany swoją ponowną ofertą.

Hybrydowa procedura z art. 252 ust. 2 Pzp zawiera w sobie również element kodeksowego przetargu. Jest nim skutek wyboru ponowionej oferty „nawiązanie przedkontraktowego stosunku prawnego „ odpowiadający unormowaniu z art. 70<sup>2</sup> § 3 k.c. Dowodzi tego treść przepisów art. 264 i 308 ust. 2 Pzp, które przewidują obowiązek zawarcia umowy z zachowaniem tzw. *standstill period* niezależnie od tego, czy zamawiający wybrał pierwotnie złożoną ofertę, której termin zwisania jeszcze nie upłynął, czy też ofertę ponownie na warunkach określonych w art. 252 ust. 2 Pzp.

### **Wnioski „ próba oceny rozwiązania z art. 252 ust 2 Pzp**

Omówione rozwiązanie normatywne reguluje skutki upływu zwisania ofert w sposób szczególny wobec ogólnego regimu kodeksowego, co samo w sobie nie musi oznaczać jego wadliwość. Ustawodawca może przecież odejść od standardowej regulacji prawnej obrotu gospodarczego zawartej w Kodeksie cywilnym, jeżeli przemawiają za tym rozsądne względy, a odmienne rozwiązanie czyni zadość wymogom poprawnej legislacji. Z uzasadnienia projektu ustawy wynika, iż wprowadzenie mechanizmu ponowionej oferty (wpisuje się w potrzebę zapewnienia bardziej efektywnego prowadzenia postpowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>10</sup> oraz (pозwoli na uniknięcie ryzyka unieważnienia postpowania z uwagi na upływ terminu zwisania ofert. To doniosły argument: strony angażujące się w długotrwałe postpowanie najpewniej są zainteresowane jego rozstrzygnięciem. Konieczność unieważnienia postpowania niweczyłaby ich

dotychczasowe wysiłki. Poza tym mogłaby godzić w terminy realizacji zamówień, stanowiących przeciętne zadania publiczne (Szydło, 2014, s. 44...47). Statystyki publikowane przez Urząd Zamówień Publicznych<sup>10</sup> dowodzą, że średni czas postpowania krajowego wynosi ok. 40 dni, natomiast postpowania unijnego „ok. 100 dni. Maksymalne ustawowe terminy zwisania ofert wraz z możliwością ich przedłużenia sprawiają, że zamawiający dysponuje ofertami o terminach zwisania mogących osiągnąć nawet 60 dni w postpowaniach krajowych i 150 dni<sup>11</sup> w postpowaniach unijnych. To znacznie dłuższe okresy niż statystyczne średnie czasy postpowania, więc do rzadkości będą należały przypadki, w których termin zwisania upływa przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Potrzeba zapewnienia efektywności postpowania i ryzyko ich unieważnienia nie są zatem na tyle istotne i realne, aby uzasadniały tak poważne odejście od klasycznej cywilistyki. Co więcej, stworzenie możliwości rozstrzygnięcia postpowania po upływie terminu zwisania ofert może oddziaływać demotywująco na zamawiających, którzy nie obawiając się upadku postpowania mogą prowadzić je przewlekłe (Szostak, 2019, s. 16).

Innym powodem uzasadniającym wprowadzenie procedury z art. 252 ust. 2 Pzp może być potrzeba eliminacji praktyk udaremniania postpowania przez zamawiającego, który prowadzi postpowanie przewlekłe i celowo doprowadza do wygaśnięcia ofert, chcąc uniknąć udzielenia zamówienia wykonawcy, na którego wskazuje wynik oceny ofert. Reguły kodeksowe nakazałyby w takiej sytuacji unieważnienie postpowania, natomiast omawiany mechanizm nakazuje zamawiającemu dalsze procedowanie w kierunku wyboru oferty. Argument ten osłabiają jednak następujące czynniki: takie przypadki są bardzo rzadkie; bezzasadnie długie okresy bezczynności mogą spotkać się ze stosowną reakcją organów kontrolnych; w przypadku unieważnienia postpowania na skutek jego przewlekłości wykonawcom przysuguje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w tym postpowaniu (art. 261 Pzp); rozwiązanie z art. 252 ust. 2 Pzp nie wyklucza możliwości takiej (egry na czas, ponieważ ustawa zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do ponowienia oferty, ale nie do dokonania jej wyboru w określonym terminie.

Wreszcie za wprowadzeniem omawianego rozwiązania stoi być może potrzeba uwzględnienia orzeczenia TSUE w sprawie C-35/17, z którego wynika, że przyczyny odrzucenia oferty powinny w sposób jednoznaczny wynikać z dokumentów zamówienia lub z przepisów prawa krajowego (Grabarczyk, 2020, s. 85). Judykat ten nie narzuca jednak żadnego konkretnego rozwiązania, zwłaszcza takiego, które nie wynika z dyrektyw unijnych (Szostak, 2019, s. 15). Ten argument również nie uzasadnia odejścia od tradycyjnej konstrukcji prawnej od wielu lat funkcjonującej w obrocie gospodarczym.

Nie do tego, że ta specyficzna regulacja nie przemawia istotnie względem, to jeszcze można mieć poważne zastrzeżenia do jakości przyjętego rozwiązania prawnego. Wprowadzenie należy do oceny starania ustawodawcy, aby wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w stanie zwisania wykonawcy ofert (ponownie), jednak rozwiązanie jednego problemu

stworzyło szereg innych. Ustawodawca nie uregulował kwestii terminu zwrotu ofert ponownie. Wiele wskazuje na to, że o czym już była mowa, w grę wejdzie art. 66 § 2 k.c. To jednak otwiera pole do sporów pomiędzy zamawiającym a wykonawcą co do istnienia stanu zwrotu ofert ponownie w momencie jej wyboru. Może bowiem dojść do sytuacji, w której nowa oferta przestanie wiązać: wykonawca oznaczy na tyle krótki termin zwrotu ofert, że zamawiający nie zdąży dokonać wyboru albo wykonawca nie otrzyma odpowiedzi w okolicznościach określonych w art. 66 § 2 *in fine* Kodeksu cywilnego. W takim przypadku oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp. Jeśli to byłby pierwszy wykonawca z rankingu ofert, zastosowanie znajdzie art. 252 ust. 3 Pzp i nastąpi wezwanie kolejnego wykonawcy do wyrażenia zgody na wybór jego oferty, ponieważ przepis ten aktualizuje się w razie wystąpienia braku zgody na wybór oferty przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Moim zdaniem za taki brak zgody należy uznać nie tylko wyrażenie lub milczenie odmów jej wyrażenia, ale także wyrażenie zgody, np. na skutek upływu czasu<sup>2</sup>. Brak ustawowego określenia terminu zwrotu ofert ponownie może stanowić podstawę do zaskarżenia wyboru takiej oferty do Krajowej Izby Odwoławczej przez konkurenta twierdzącego, że oferta ponowiona przestaje wiązać przed jej wybraniem.

Kolejnym wątkiem omawianego rozwiązania legislacyjnego jest to, że wprowadzenie do postpowania o udzielenie zamówienia publicznego fazy nieprzetargowej komplikuje kwalifikację prawną zdarzeń, do których może dojść w jej trakcie, zwłaszcza przy uwzględnieniu zasady koncentracji środków ochrony prawnej, przywróconej mocą art. 253 Pzp. Zasada ta sprawia, że zamawiający niezwłocznie po wyborze oferty ponowionej przekazuje wykonawcom informacje o wyniku postpowania, w tym także o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Dopiero od tej chwili czynno odrzucenie oferty może zostać zaskarżone do KIO, która może nakazać zamawiającemu powtórzenie badania

ofert. Zarówno odrzucenie, jak i ponowne badanie w rzeczywistości dotyczy oferty, która już wygasła. Trudno obecnie przewidzieć wszystkie możliwe problemy prawne wynikające z tej sytuacji.

Problematiczne może być również ustalenie losów postpowania w przypadku braku zgody dwóch kolejnych wykonawców na wybór ich oferty. Wydaje się, że skoro zamawiający już raz zastosował mechanizm z art. 252 ust. 3 Pzp, kolejne oferty należy odrzucić jako nieważne (art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp), ponieważ „o czym już była mowa”, wezwanie wykonawcy w trybie art. 252 ust. 3 Pzp może być wystosowane tylko jednokrotnie. W efekcie postpowanie będzie podlegało unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp. Takie rozstrzygnięcie wymaga jednak uznania, że przesłanka odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp obejmuje sytuację, w której oferta wygasła, a wykonawcy, który ją złożył, nie może już wezwać do ponowienia oferty w trybie art. 252 ust. 2 Pzp. Warto przypomnieć, że taka rozszerzająca interpretacja analogicznej przesłanki odrzucenia oferty z Prawa zamówień publicznych z 2004 r. była powodem skierowania do TSUE pytania prejudycjalnego i została uznana przez Trybunał za niedopuszczalną. Jak się okazuje, nowa regulacja zamiast usunąć defekt legislacyjny, przeniosła go jedynie na późniejszy etap postpowania.

Wreszcie nie bez racji wskazuje się, że omawiane rozwiązanie może prowadzić do zakłócenia konkurencji ze względu na fakt, iż nie każdy wykonawca jest w stanie utrzymywać stan gotowości do realizacji zamówienia przez okres dłuższy, niż to wynika z maksymalnych ustawowych terminów zwrotu ofert (Szostak, 2019, s. 15).

Powyższy przegląd ujawnia zapewne tylko część problemów, które mogą pojawić się w związku z procedurą ponowienia oferty. Moim zdaniem stwarza ona więcej problemów, niż rozwiązuje. De lege ferenda ustawodawca powinien zapewnić możliwie najwiskosz spójność z kodeksowym ujęciem przetargu, w szczególności poprzez wyrażenie sformułowania obowiązku odrzucenia ofert i unieważnienia postpowania po upływie terminu zwrotu.

## Przypisy/Notes

<sup>1</sup> W ofertowym trybie zawierania umowy oferenta i obłata nie dotyczyaden stosunek prawny w okresie zwrotu ofert (Kocot, 2003, s. 11; Radwański, 2005, s. 82...83). Ewentualna odpowiedzialność oferenta z tytułu zniweczenia możliwości zawarcia umowy (przyjęcia oferty) lub jej wykonania może być dochodzona na zasadach deliktowych (*culpa in contrahendo*) (Radwański, 2005, s. 83).

<sup>2</sup> Jednym trybem, który nie jest przetargiem w rozumieniu cywilistycznym, jest zamówienie z wolnej ręki, w którym umowa zawierana jest po negocjacjach z wykonawcą, co odpowiada negocjacyjnemu sposobowi zawierania umów, o którym mowa w art. 72 i 72<sup>k</sup> k.c.

<sup>3</sup> W odniesieniu do postpowania o wartości równej lub przekraczającej progi unijne normy te się wyrażone w art. 264 Pzp, natomiast w postpowaniach o wartości mniejszej niż progi krajowe zastosowanie znajdzie art. 308 ust. 2 Pzp.

<sup>4</sup> Obowiązek ten spoczywa również na zamawiającym, przy czym różniem tego obowiązku nie jest „co oczywiste”, oferta, lecz ogłoszenie o zamówieniu lub dokumenty zamówienia.

<sup>5</sup> Upływ terminu zwrotu ofert nie jest jedynie okolicznością skutkującą wyrażeniem oferty. W przeciwnym razie do zasadniczego rozwiązania kodeksowego (art. 70<sup>3</sup> § 1 k.c.), oferta nie wygaśnie z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym wiadczy treść art. 263 Pzp. Przepis ten pozwala zamawiającemu na dokonanie ponownego badania i oceny ofert pozostałych w postpowaniu wykonawców. W przypadku, gdy wybrany pierwotnie wykonawca uchyla się od zawarcia umowy. Skutecznie wybór oferty kolejnego wykonawcy nie zostaje tu uzależniony od jego zgody na wzór rozwiązania z art. 252 ust. 2 Pzp, co oznacza, że po wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy nadal pozostają związani swoimi ofertami. Wyjtkiem jest szczególne rozwiązanie z art. 98 ust. 3 Pzp (wniosek o zwrot wadium), z którego skorzystanie zwolni wykonawcę z obowiązku ofertowego. Z pewnością oferty wygasną z chwilą prawomocnego (tj. takiego, które nie może być skutecznie zaskarżone do KIO) zakończenia postpowania, czyli z chwilą jego unieważnienia albo zawarcia umowy (art. 254 Pzp). Taki sam skutek wywoła prawomocne odrzucenie oferty (Szostak, 2005, s. 98).

<sup>6</sup> Projektodawca na stronie 66 uzasadnienia projektu ustawy wyraził to następującymi słowami: „W sensie cywilistycznym wyrażenie zgody przez wykonawcę będzie równoznaczne ze złożeniem przez niego nowej oferty o to samej treści, jak oferta, którą wykonawca był dotychczas związany”. Dokument jest opublikowany na stronie internetowej Sejmu: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1389-2019/\\$file/8-020-1389-2019.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1389-2019/$file/8-020-1389-2019.pdf) (29.12.2020).

<sup>7</sup> Warto zasygnalizować inny możliwy opis sytuacji prawnej uczestników nieprzetargowej fazy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, według którego akceptacja warunków przetargu dokonana w drodze złożenia oferty przetargowej obejmuje całe postępowanie, a więc również jego fazę nieprzetargową. Takie stanowisko wymagałoby uznania, że złożenie ofert dotyczy wyłącznie woli zawarcia umowy, więc upadek oferty nie uchyla akceptacji warunków postępowania. Ta koncepcja wymaga jednak pogłębionej analizy i solidnego przemyslenia, by mogła zasugerować odrębne opracowanie.

<sup>8</sup> Art. 253 ust. 1 Pzp. Ustawodawca przywrócił zasadę jednoczesnego powiadamiania wszystkich uczestników o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu ofert.

<sup>9</sup> Pod rządami nowego Prawa zamówień publicznych przedmiotowe rodki dowodowe będą dochodzone przez wszystkich wykonawców do oferty.

<sup>10</sup> Statystyki s opublikowane na stronie UZP: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> (29.12.2020).

<sup>11</sup> W postępowaniach o najwyżej wartości termin złożenia oferty może wynieść nawet 180 dni.

<sup>12</sup> Zgoda na wybór oferty jest o wiadczeniem woli (ofercie), a więc w grę wejdą również inne przypadki, w których składający takie o wiadczenie może uchylić się od jego skutków.

## Bibliografia/References

- Dzierżanowski, W. (2018). Złożenie ofert a możliwość wyboru w przetargu publicznym. *Prawo Zamówień Publicznych*, (3), 14...23.
- Gniewek, E. (red.), Machnikowski, P. (red.) (2018). *Zarys prawa cywilnego*. Warszawa: C.H. Beck.
- Gordon, Z. (2018). Konsekwencje poprzetargowego obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. *Prawo zamówień publicznych*, (1), 17...27.
- Grabarczyk, M. (2015). Złożenie ofert za o on w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W: H. Nowicki, P. Nowicki, (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, 165...179. Wrocław: Presscom.
- Grabarczyk, M. (2020). Wybór najkorzystniejszej oferty z perspektywy orzecznictwa. *Prawo zamówień publicznych* (2), 77...87.
- Kocot, W. (2003). Ofertowy i negocjacyjny tryb zawarcia umowy w ujęciu znówelizowanych przepisów kodeksu cywilnego. *Przegląd Prawa Handlowego* (5), 10...23.
- Michta, M. (2017). Termin złożenia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* (5), 8...16.
- Olejniczak, A. (red.), Radwański, Z. (red.) (2019). *Prawo cywilne. Część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 2*. Warszawa: C.H. Beck.
- Prowadzisz, K. (2020). *Wadium przetargowe na tle nowych przepisów*. *Prawo zamówień publicznych*, (2), 97...107.
- Radwański, Z. (2005). Jeszcze o charakterze prawnym oferty. *Państwo i Prawo*, (3), 80...86.
- Rajski, J. (1997). Przetarg w ujęciu nowych przepisów kodeksu cywilnego. *Przegląd Prawa Handlowego*, (1), 3...6.
- Rajski, J. (2003). Aukcja i przetarg w ujęciu znówelizowanych przepisów kodeksu cywilnego. *Przegląd Prawa Handlowego*, (5), s. 6...9.
- Szostak, R. (2005). *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*. Kraków: Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Krakowie.
- Szostak, R. (2018). *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*. Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych.
- Szostak, R. (2019). O spójności nowego prawa zamówień publicznych z przepisami Kodeksu cywilnego i ustaw odrębnych. W: M. Lemonnier, H. Nowak, (red.), *Dziś i jutro zamówień publicznych*, 9...21. Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych.
- Szydoł, M. (2014). *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*. Warszawa: C.H. Beck.

### Dr Maciej Lubiszewski

Adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Specjalizuje się w prawie zamówień publicznych.

### Dr Maciej Lubiszewski

Assistant professor at the Faculty of Law and Administration of the University of Warmia and Mazury in Olsztyn. Specializes in public procurement law.

Księgarnia internetowa Polskiego Wydawnictwa Ekonomicznego  
zaprasza na zakupy **z rabatem 15%**

**[www.pwe.com.pl](http://www.pwe.com.pl)**

