t. LXXIV • nr 4/2021 (874) • DOI 10.33226/0137-5490.2021.4.6

Dr Maciej Lubiszewski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
ORCID: 0000-0001-8261-7917
e-mail: m.lubiszewski@uwm.edu.pl

Skutki upływu terminu związania ofertą w świetle przepisów nowego Prawa zamówień publicznych

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

Streszczenie

Celem artykułu jest omówienie konsekwencji upływu terminu związania ofertą złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oraz ocena rozwiązania wprowadzonego do Prawa zamówień publicznych z 2019 r. z perspektywy Kodeksu cywilnego, który ustanawia ogólny reżim prawny obrotu gospodarczego. Według klasycznej cywilistyki oferta, która przestaje wiązać oferenta, wygasa, co oznacza, że oświadczenie oblata o przyjęciu takiej oferty nie prowadzi do nawiązania stosunku prawnego (umownego albo przedkontraktowego). Prawo zamówień publicznych z 2004 r. nie regulowało skutków upływu terminu związania ofertą, co było zarzewiem sporów doktrynalnych oraz źródłem rozbieżności w orzecznictwie. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-35/17 złagodził je tylko do pewnego stopnia i wymagał interwencji ustawodawcy krajowego. Rozwiązanie przyjęte w Prawie zamówień publicznych z 2019 r. polega na możliwości wyrażenia przez wykonawcę zgody na zawarcie umowy, co w sensie cywilistycznym stanowi ponowienie oferty. Model zaprojektowany jako wyraz kompromisu pomiędzy zapewnieniem skuteczności postępowań przetargowych a potrzebą zachowania spójności z podstawowymi konstrukcjami prawa cywilnego rodzi jednak szereg wątpliwości. Tworzy bowiem nieprzetargową fazę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co utrudnia opisanie sytuacji prawnej uczestników za pomocą tradycyjnych konstrukcji cywilistycznych.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, przetarg, związanie ofertą, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego

JEL: H57, H76

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

Wprowadzenie

Prawo zamówień publicznych z 2004 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 218 i 1086), dalej jako „Pzp z 2004 r.", jedynie szczątkowo regulowało skutki prawne upływu terminu związania ofertą. W zasadzie w tym kontekście można przywołać tylko art. 89 ust 1 pkt 7a Pzp z 2004 r., nakazujący odrzucić ofertę wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą. W takiej sytuacji w sukurs powinny przyjść doktryna i judykatura. Niestety, w literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako KIO) oraz sądów zarysowały się dwa przeciwstawne poglądy (Michta 2017, s. 14–16). Według pierwszego z nich, opartego na ustawie z 23.04.1964 r. — Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740), dalej jako k.c., upływ terminu związania ofertą miał skutkować jej upadkiem. Zamawiający powinien odrzucić taką ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7a (gdy wykonawca mimo inicjatywy zamawiającego nie przedłużył terminu związania ofertą) albo art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2004 r. (gdy wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą z własnej inicjatywy).

Stanowisko konkurencyjne było oparte na twierdzeniu, iż art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp z 2004 r. zawierał jedyną normę przewidującą konsekwencje upływu terminu związania ofertą. Ustawodawca uregulował zatem wyłącznie skutki upływu tego terminu w sytuacji, gdy zamawiający zwrócił się do wykonawcy o jego przedłużenie. Brak analogicznej normy sankcjonującej nieprzedłużenie terminu związania ofertą przez wykonawcę z własnej inicjatywy implikował niedopuszczalność odrzucenia jego oferty. Upływ terminu związania ofertą sprawiał, że taka oferta przestawała wiązać wykonawcę, a zatem w przypadku jej wybrania mógł on odmówić zawarcia umowy bez obawy o utratę wadium.

Rozbieżności w orzecznictwie sprawiły, że Krajowa Izba Odwoławcza skierowała do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytanie prejudycjalne. Trybunał w wyroku z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17 (Saferoad Grawil i Saferoad Kabex) stwierdził, że podstawa do wyeliminowania wykonawcy z przetargu musi być wyraźnie przewidziana w ustawie krajowej, w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia. To rozstrzygnięcie przechyliło szalę na stronę stanowiska, zgodnie z którym Prawo zamówień publicznych z 2004 r. nie przewidywało sankcji w postaci odrzucenia oferty w przypadku upływu terminu związania ofertą i wybór oferty po jego upływie był dopuszczalny (Dzierżanowski, 2018, s. 19). Wobec braku stosownej reakcji polskiego ustawodawcy stanowisko to zaczęło dominować w orzecznictwie KIO oraz sądów okręgowych. Utrzymujące się wątpliwości powodowały, że taki stan rzeczy domagał się interwencji ustawodawcy. Dobrą okazją ku temu były prace nad nowym Prawem zamówień publicznych. Celem niniejszego artykułu 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 upływu terminu związania ofertą, oraz ocena przyjętego rozwiązania, zwłaszcza z perspektywy Kodeksu cywilnego konstytuującego ogólny reżim prawny obrotu gospodarczego.

Oferta i przetarg w ujęciu przepisów Kodeksu cywilnego

Zgodnie z art. 66 § 1 k.c. oferta jest oświadczeniem woli zawarcia umowy, które określa jej istotne postanowienia. W cywilistyce dominuje pogląd, zgodnie z którym konstytutywną cechą oferty jest jej stanowczość, co oznacza zgodę oferenta na zawarcie umowy (Olejniczak i Radwański, 2019, s. 439). Od chwili złożenia oferty los kontraktu spoczywa w rękach jej adresata (oblata), który może doprowadzić do zawarcia umowy przez oświadczenie o przyjęciu oferty (Gniewek i Machnikowski, 2018, s. 158). Te zgodne oświadczenia woli (oferta i jej przyjęcie) stworzą konsens, a więc fundament umowy, która połączy oferenta i oblata (Radwański, 2005, s. 81, 84).

Koniecznym skutkiem złożenia oferty jest stan związania oferenta (Kocot, 2003, s. 11), polegający na tym, że oferent nie może odwołać oferty, pozbawiając jej doniosłości prawnej (Radwański, 2005, s. 82). Jest to więc okres, w którym oświadczenie woli oferenta cechuje stanowczość, a przyjęcie oferty doprowadzi do zamierzonej czynności prawnej, tj. do umowy. W tym czasie oferent musi pozostawać w gotowości do wykonania kontraktu. Stan związania jest zatem dla oferenta pewną uciążliwością (Olejniczak i Radwański, 2019, s. 433), dlatego powinien być ujęty w określone ramy czasowe. Zgodnie z art. 66 § 2 k.c. termin związania ofertą co do zasady wyznacza sam oferent, natomiast jeżeli tego nie uczyni, oferta złożona w toku bezpośredniego porozumiewania się przestanie wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie. Z kolei oferta złożona w inny sposób przestanie wiązać z upływem czasu, w którym oferent mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź oblata wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia. Oferta wywoła zatem przewidziany skutek w postaci zawarcia umowy jedynie wówczas, gdy zostanie przyjęta w czasie, kiedy wiąże oferenta. Po tym czasie przestaje wiązać, traci walor stanowczości i przestaje być ofertą rozumianą jako oświadczenie woli zawarcia umowy. Spóźnione oświadczenie oblata o przyjęciu oferty nie doprowadzi zatem do zawarcia umowy, co najwyżej może być potraktowane jako złożenie nowej oferty (Olejniczak i Radwański 2019, s. 442).

Przetarg jest inicjowany przez organizatora w drodze ogłoszenia określającego czas, miejsce, przedmiot oraz warunki przetargu lub sposób udostępnienia tych warunków. W odpowiedzi na ogłoszenie uczestnicy przetargu składają oferty, z których organizator wybiera najkorzystniejszą. Przetargowy tryb zawarcia umowy, choć odrębny od ofertowego, oparty został na konstrukcji oferty (Rajski, 1997, s. 5). O ile jednak ofertowy sposób zawarcia umowy opiera się na dwustronnej relacji zachodzącej pomiędzy oferentem a oblatem, o tyle przetarg ma charakter wielostronny (Rajski, 1997, s. 5). W trakcie przetargu pomiędzy organizatorem a uczestnikami przetargu dochodzi do nawiązania wielostronnego stosunku prawnego (stosunku przetargowego), którego celem jest wybór oferty (Rajski, 2003, s. 8; Szostak, 2018, s. 62)[1]. W tak ukształtowanym postępowaniu oferta uczestnika przetargu pełni dwie funkcje. Pierwszą z nich jest akceptacja warunków przetargu. Jeżeli ogłoszenie organiza-

tora przetargu uznamy za ofertę nawiązania stosunku przetargowego, ofertę złożoną 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 związania oferenta (Rajski, 2003, s. 7).

W relacji organizator–zwycięzca rozstrzygnięcie przetargu wywoła jeden z dwóch możliwych skutków. Pierwszy z nich polega na tym, że wybór oferty prowadzi do zawarcia umowy. W takim przypadku oświadczenie organizatora przetargu o wyborze oferty odpowiada oświadczeniu o przyjęciu oferty w ofertowym trybie zawarcia umowy. Potwierdza to pierwsze zdanie art. 70^3 § 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 stronom przysługuje roszczenie o zawarcie umowy (Rajski, 2003, s. 8; Gordon, 2018, s. 18–20; Szostak, 2018, s. 70). Taka sytuacja wystąpi, gdy ważność umowy zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, co wynika z art. 70^2 § 3 k.c.

W każdym z tych dwóch przypadków wybór oferty wywołuje po stronie uczestnika przetargu określone obowiązki prawne: w pierwszym przypadku będą to obowiązki wynikające z zawartej umowy, w drugim — obowiązek zawarcia umowy. Podobnie jak w przypadku trybu ofertowego, podstawą tych obowiązków jest stan związania ofertą wynikający z jej stanowczego charakteru (Gordon, 2018, s. 19). Nie da się tego powiedzieć o oświadczeniu, które nie rodzi po stronie oferenta stanu związania, 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[2], w których po zakończeniu fazy negocjacyjnej zamawiający zaprasza do składania ofert, spośród których dokona 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 oświadczenie 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 stanem związania ofertą (Gordon, 2018, s. 19). W przeciwieństwie do zasadniczego uregulowania kodeksowego, Prawo zamówień publicznych nie utożsamia wyboru najkorzystniejszej oferty z zawarciem umowy. Stoją temu na przeszkodzie normy nakazujące zamawiającemu dokonać odrębnej czynności zawarcia umowy z wykonawcą z zachowaniem tzw. *standstill period*[3]. Normy te stanowią „wymagania przewidziane w ustawie", o których mowa w art. 70^2 § 3 k.c. Skutkiem oświadczenia o wyborze oferty najkorzystniejszej jest zatem obowiązek zawarcia umowy spoczywający na wykonawcy[4]. Podobnie jak w przypadku przetargu kodeksowego, oblig ten jest konsekwencją stanu związania ofertą (Gordon, 2018, s. 20).

Wzorem rozwiązania kodeksowego Prawo zamówień publicznych zawiera przepisy wyznaczające temporalne granice stanu związania[5] z tą różnicą, że termin związania ofertą określa zamawiający w dokumentach zamówienia, natomiast wykonawcy akceptują go, przystępując do przetargu. Ustawodawca chroni wykonawców przed nierozsądnie długimi terminami związania ofertą, 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 związania ofertą, co stanowi powtórzenie normy wynikającej z art. 85 pkt 1 Pzp z 2004 r. Maksymalne terminy związania ofertą w postępowaniach o wartości równej lub większej niż progi unijne (zwanych postępowaniami unijnymi) zostały natomiast wyraźnie wydłużone 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 związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert, co precyzują 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 dokładnej daty.

Prawo zamówień publicznych z 2019 r. reguluje zasady przedłużania terminu związania ofertą odmiennie niż poprzednio obowiązująca ustawa, która przyznawała zamawiającemu uprawnienie do jednokrotnego zwrócenia się do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą 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 związania ofertą, przy czym uprawnienie wykonawcy nie było ograniczone co do liczby przedłużeń oraz okresu przedłużenia. Nowa ustawa reguluje jedynie przedłużanie terminu związania ofertą z inicjatywy zamawiającego, który w obliczu ryzyka, że wybór oferty najkorzystniejszej nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, jest zobowiązany do jednokrotnego zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą 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

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

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

Mogłoby się wydawać, że upływ terminu związania ofertą będzie skutkował upadkiem ofert i koniecznością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co byłoby w pełni spójne z cywilistycznym postrzeganiem oferty. Ustawodawca wprowadził jednak szczególny mechanizm, którego celem jest umożliwienie rozstrzygnięcia postępowania po upływie terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 252 ust. 2 Pzp w sytuacji, w której termin związania ofertą upłynął 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 zajdą przesłanki do unieważnienia postępowania. 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 ofertą 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. Wątpliwości tych nie rozwiewają przepisy Prawa zamówień publicznych, więc konieczne jest sięgnięcie do rozwiązań Kodeksu cywilnego stanowiącego ogólny reżim 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 tożsamej, co niewiążąca już oferta złożona w postępowaniu przetargowym[6]. Najwyraźniej jest to przejaw słusznego przekonania, że wybór oferty doprowadzi do powstania stosunku przedkontraktowego tylko wtedy, gdy nastąpi w stanie związania. To z kolei wyklucza negocjacyjny charakter omawianej konstrukcji. Cechą negocjacji jest niewiążący 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, będąc cywilistycznie rozumianą ofertą.

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 rozwiązaniu z chwilą upadku ofert na skutek upływu terminu związania. Do jego ponowienia konieczne byłoby złożenie 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, gdyż złożenie oferty może być poprzedzone zaproszeniem do zawarcia umowy (Kocot, 2003, s. 21). Taka konstatacja prowokuje jednak do kolejnych pytań: Jak wyjaśnić dalsze uczestnictwo pozostałych wykonawców w postępowaniu? 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)?

Rozwiązanie zasygnalizowanych problemów wymaga przyjęcia, że przetarg w rozumieniu cywilistycznym jest tylko jedną z faz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, choćby nawet postępowanie to było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Z chwilą upływu terminu związania ofertą oferty upadają, natomiast przetarg zostaje rozwiązany (Szostak, 2019, s. 15). Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego toczy się jednak dalej, a jego uczestnikom nadal przysługuje status wykonawców, dzięki czemu mogą oni korzystać ze środków ochrony prawnej, podważając czynności zamawiającego. Podstawą praw wykonawców i obowiązków zamawiającego nie jest już porozumienie przetargowe, lecz normy Prawa zamówień publicznych regulujące to postępowanie aż do jego definitywnego zakończenia, tj. do jego unieważnienia lub zawarcia umowy[7]. Ta nieprzetargowa faza postępowania jest hybrydą procedury *sui generis* prawa zamówień publicznych, zawierającą elementy kodeksowego trybu ofertowego i przetargowego.

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

nawcą, który w odpowiedzi na wezwanie składa ponowioną ofertę. Ta oferta wiąże wykonawcę, przy czym Prawo zamówień publicznych nie określa, jak długo trwa stan związania. Wobec braku szczególnej regulacji należy zastosować normę wynikającą z art. 66 § 2 k.c., co oznacza, że termin związania ofertą 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". W większości przypadków „zwykły tok czynności" będzie polegał na przygotowaniu zawiadomienia o wyniku postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej i — ewentualnie — o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone[8]. W sytuacji, gdy zamawiający zwraca się o wyrażenie zgody na wybór do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona (art. 252 ust. 3 Pzp), niezbędne może okazać się badanie oferty, w szczególności dokonanie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Będzie to wymagało wezwania wykonawcy do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych[9]. Ponadto wykonawcy będzie przysługiwało 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 ponowioną 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. 70^2 § 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 związania jeszcze nie upłynął, czy też ofertę ponowioną 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 związania ofertą w sposób szczególny wobec ogólnego reżimu kodeksowego, co samo w sobie nie musi oznaczać jego wadliwości. Ustawodawca może przecież odejść od standardowej regulacji prawnej obrotu gospodarczego zawartej w Kodeksie cywilnym, jeżeli przemawiają za tym rozsądne względy, a odmienne rozwiązania czynią zadość wymogom poprawnej legislacji. Z uzasadnienia projektu ustawy wynika, iż wprowadzenie mechanizmu ponowionej oferty „wpisuje się w potrzebę zapewnienia bardziej efektywnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego" oraz „pozwoli na uniknięcie ryzyka unieważniania postępowań" z uwagi na upływ terminu związania ofertą. To doniosły argument: strony angażujące się w długotrwałe postępowanie najpewniej są zainteresowane jego rozstrzygnięciem. Konieczność unieważnienia postępowania niweczyłaby ich dotychczasowe wysiłki. Poza tym mogłaby godzić w terminową realizację zamówień, stanowiących przecież zadania publiczne (Szydło, 2014, s. 44–47). Statystyki publikowane przez Urząd Zamówień Publicznych[10] dowodzą, że średni czas postępowania krajowego wynosi ok. 40 dni, natomiast postępowania unijnego — ok. 100 dni. Maksymalne ustawowe terminy związania ofertą wraz z możliwością ich przedłużenia sprawiają, że zamawiający dysponuje ofertami o terminach związania mogących osiągnąć nawet 60 dni w postępowaniach krajowych i 150 dni[11] w postępowaniach unijnych. To znacznie dłuższe okresy niż statystyczne średnie czasy postępowań, więc do rzadkości będą należeć przypadki, w których termin związania upływa przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Potrzeba zapewnienia efektywności postępowań i ryzyko ich unieważniania nie są zatem na tyle istotne i realne, aby uzasadniać tak poważne odejście od klasycznej cywilistyki. Co więcej, stworzenie możliwości rozstrzygnięcia postępowania po upływie terminu związania ofertą może oddziaływać demotywująco na zamawiających, którzy nie obawiając się upadku postepowania mogą prowadzić je przewlekle (Szostak, 2019, s. 16).

Innym powodem uzasadniającym wprowadzenie procedury z art. 252 ust. 2 Pzp może być potrzeba eliminacji praktyk udaremniania postępowań przez zamawiającego, który prowadzi postępowanie przewlekle i celowo doprowadza do wygaśnięcia ofert, chcąc uniknąć udzielenia zamówienia wykonawcy, na którego wskazuje wynik oceny ofert. Reguły kodeksowe nakazałyby w takiej sytuacji unieważnić postępowanie, 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 postępowania na skutek jego przewlekłości wykonawcom przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w tym postępowaniu (art. 261 Pzp); rozwiązanie z art. 252 ust. 2 Pzp nie wyklucza możliwości takiej „gry 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 narzucił 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 dość, że za tą specyficzną regulacją nie przemawiają istotne względy, to jeszcze można mieć poważne zastrzeżenia do jakości przyjętego rozwiązania prawnego. Wprawdzie należy docenić starania ustawodawcy, aby wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w stanie związania wykonawcy ofertą (ponowioną), jednak rozwiązanie jednego problemu

stworzyło szereg innych. Ustawodawca nie uregulował kwestii terminu związania ofertą ponowioną. 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 związania ofertą ponowioną w momencie jej wyboru. Może bowiem dojść do sytuacji, w której nowa oferta przestanie wiązać: wykonawca oznaczy na tyle krótki termin związania ofertą, 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. Jeżeli to był 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 wyraźną lub milczącą odmowę jej wyrażenia, ale także wygaśnięcie wyrażonej zgody, np. na skutek upływu czasu[12]. Brak ustawowego określenia terminu związania ofertą ponowioną może też stanowić podstawę do zaskarżenia wyboru takiej oferty do Krajowej Izby Odwoławczej przez konkurenta twierdzącego, że oferta ponowiona przestała wiązać przed jej wybraniem.

Kolejną wadą omawianego rozwiązania legislacyjnego jest to, że wprowadzenie do postępowania 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 informację o wyniku postępowania, w tym także o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Dopiero od tej chwili czynność odrzucenia oferty może zostać zaskarżona do KIO, która może nakazać zamawiającemu powtórzenie badania ofert. Zarówno odrzucenie, jak i ponowne badanie w rzeczywistości będą dotyczyły oferty, która już wygasła. Trudno obecnie przewidzieć wszystkie możliwe problemy prawne wynikające z tej sytuacji.

Problematyczne może być również ustalenie losów postępowania 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 niewiążące (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 postępowanie 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 można 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 późniejszą fazę postępowania.

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 związania ofertą (Szostak, 2019, s. 15).

Powyższy przegląd ujawnia zapewne tylko część z 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 największą spójność z kodeksowym ujęciem przetargu, w szczególności poprzez wyraźnie sformułowany obowiązek odrzucenia ofert i unieważnienia postępowania po upływie terminu związania.

Przypisy/Notes

[1] W ofertowym trybie zawierania umowy oferenta i oblata nie łączy żaden stosunek prawny w okresie związania ofertą (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).

[2] 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 72^1 k.c.

[3] W odniesieniu do postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne normy te są wyrażone w art. 264 Pzp, natomiast w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi krajowe zastosowanie znajdzie art. 308 ust. 2 Pzp.

[4] Obowiązek ten spoczywa również na zamawiającym, przy czym źródłem tego obowiązku nie jest — co oczywiste — oferta, lecz ogłoszenie o zamówieniu lub dokumenty zamówienia.

[5] Upływ terminu związania ofertą nie jest jedyną okolicznością skutkującą wygaśnięciem oferty. W przeciwieństwie do zasadniczego rozwiązania kodeksowego (art. 70^3 § 1 k.c.), oferta nie wygaśnie z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym świadczy treść art. 263 Pzp. Przepis ten pozwala zamawiającemu na dokonanie „ponownego badania i oceny ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców" w przypadku, gdy wybrany pierwotnie wykonawca uchyla się od zawarcia umowy. Skuteczność wyboru oferty kolejnego wykonawcy nie została tu uzależniona 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. Wyjątkiem jest szczególne rozwiązanie z art. 98 ust. 3 Pzp (wniosek o zwrot wadium), z którego skorzystanie zwolni wykonawcę z obligu ofertowego. Z całą pewnością oferty wygasną z chwilą prawomocnego (tj. takiego, które nie może być już skutecznie zaskarżone do KIO) zakończenia postępowania, czyli z chwilą jego unieważnienia albo zawarcia umowy (art. 254 Pzp). Taki sam skutek wywoła prawomocne odrzucenie oferty (Szostak, 2005, s. 98).

[6] 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 tożsamej 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 (29.12.2020).

[7] 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 związanie ofertą dotyczy wyłącznie woli zawarcia umowy, więc upadek oferty nie uchyla akceptacji warunków postępowania. Ta koncepcja wymaga jednak pogłębionej analizy i solidnego przemyślenia — być może zasługuje na odrębne opracowanie.

[8] Art. 253 ust. 1 Pzp. Ustawodawca przywrócił zasadę jednoczesnego powiadamiania wszystkich uczestników o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu ofert.

[9] Pod rządami nowego Prawa zamówień publicznych przedmiotowe środki dowodowe będą dołączane przez wszystkich wykonawców do oferty.

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

[11] W postępowaniach o najwyższej wartości termin związania oferta może wynieść nawet 180 dni.

[12] Zgoda na wybór oferty jest oświadczeniem woli (ofertą), a więc w grę wejdą również inne przypadki, w których składający takie oświadczenie może uchylić się od jego skutków.

Bibliografia/References

Dzierżanowski, W. (2018). Związanie ofertą a możliwość jej 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). Związanie ofertą założoną 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 znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego. *Przegląd Prawa Handlowego* (5), 10–23.

Michta, M. (2017). Termin związania ofertą 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 znowelizowanych 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.

Szydło, 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