

**ogłoszenie postanowienia Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-35/17**  
**Saferoad Grawil et Saferoad Kabex**

W dniu 13 lipca 2017 r. unijny Trybunał Sprawiedliwości wydał orzeczenie w sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu*, ECLI:EU:C:2017:557.

W sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę utrzymania drogi ekspresowej wokół Poznania. Termin związania wykonawców ofertą w tym postępowaniu miał wynosić 90 dni. W toku postępowania zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o 60 dni. Następnie większość wykonawców samodzielnie przedłużała termin związania ofertą, przedłużając jednocześnie okres ważności wadium, aż do czasu rozstrzygnięcia postępowania. Zamówienie zostało udzielone Przedsiębiorstwu Budownictwa Drogowego S.A. i Zakładowi Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. Od tej decyzji zamawiającego odwołali się wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawcy Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o., podnosząc, że wykonawcy, którzy nie przedłużali samodzielnie terminu związania ofertą po upływie dodatkowych 60 dni, powinni byli zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza, przed którą zawisł spór, zdecydowała zawiesić toczące się postępowanie i zwróciła się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi dopuszczalności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, a także możliwości zawarcia umowy z takim wykonawcą, jak również dopuszczalności żądania przez zamawiającego przedłużenia okresu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą, w świetle zasad udzielania zamówień publicznych wymienionych w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, tj. zasad równego i niedyskryminującego traktowania wykonawców oraz działania w sposób przejrzysty, i wynikającej z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dalej: Traktat, zasady proporcjonalności.

Trybunał, na wniosek sędziego sprawozdawcy i po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, uznał, że odpowiedź na pytania postawione przez Krajową Izbę Odwoławczą w odesłaniu prejudycjalnym może być wywiedziona w sposób jednoznaczny z dotychczasowego orzecznictwa, w szczególności z wyroku z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 *Pippo Pizzo przeciwko CRGT Srl*, ECLI:EU:C:2016:404, i na podstawie art. 99 regulaminu postępowania przed Trybunałem orzekł w tej sprawie w drodze postanowienia z uzasadnieniem.

W omawianym wyroku Trybunał w pierwszej kolejności zauważył, że pytania zadane przez sąd odsyłający należy rozpatrywać łącznie, i przeformułował je, uznając, że Izba dążyła w istocie do ustalenia, po pierwsze, czy art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości dopuszczają wykluczenie wykonawcy, odrzucenie jego oferty lub uznanie jej za nieważną, w przypadku gdy wykonawca nie przedłużył okresu związania ofertą, jeżeli takie skutki nie zostały przewidziane w dokumentacji przetargowej, a po drugie, czy instytucja zamawiająca może w takich okolicznościach wymagać od wykonawców utrzymania ważności ustanowionego jako zabezpieczenie oferty wadium, bez możliwości przerwy, do dnia zawarcia umowy.

Trybunał następnie przypomniał, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy wykonawcy mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich wykonawców były poddane tym samym warunkom. Poza tym zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wymagają, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza

w zakresie obowiązków ciążących na wykonawcach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z warunkami, na jakich prowadzone jest postępowanie, oraz mieć pewność, że takie same wymagania obowiązują wszystkich konkurentów. Trybunał przypomniał ponadto, że dyrektywa 2004/18/WE nakłada na zamawiających obowiązek zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o podstawach wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (zob. załącznik VII A, część dotycząca ogłoszenia o zamówieniu, pkt 17), a także że zamawiający ma obowiązek przestrzegać ustalonych przez siebie kryteriów.

W ocenie Trybunału podstawa wykluczenia wykonawcy wynikająca z orzecznictwa i praktyki jest szczególnie niekorzystna dla wykonawców mających siedzibę w innych państwach członkowskich, gdyż ich poziom znajomości prawa krajowego i jego wykładni, a także praktyki organów krajowych, nie może być porównywany z poziomem wiedzy krajowych wykonawców.

W cyt. wyroku w sprawie *Pippo Pizzo* Trybunał stwierdził, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub z obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni, a także z mechanizmu uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tym zakresie luk.

Trybunał zauważył, że z postanowienia odsyłającego wynikało, że wykluczenie wykonawcy z postępowania ze względu na upływ terminu związania ofertą nie było wyraźnie przewidziane w ustawie ani w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak podkreślał sąd odsyłający, mimo występujących od wielu lat sporów dotyczących upływu terminu związania ofertą, polskie orzecznictwo wypracowało dwie równoległe linie, co spowodowało brak pewności prawnej zarówno dla wykonawców, jak i zamawiających.

W konsekwencji w postanowieniu w sprawie *C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex* Trybunał uznał, że art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej. Omawiane postanowienie Trybunału oznacza zatem, że nie jest dopuszczalne wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli podstawa wykluczenia nie wynika z przepisów prawa ani warunków zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powyższe ustalenie Trybunału w świetle obowiązujących w polskim porządku prawnym przepisów nie ma jednak zastosowania do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, a także możliwości zawarcia umowy z wykonawcą mimo upływu terminu związania ofertą, jak również dopuszczalności żądania przez zamawiającego przedłużenia okresu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą. Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania (aktualnie odrzucenia jego oferty) zostały bowiem wprost przewidziane w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164; z 2016 r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260 oraz z 2017 r. poz. 933), dalej: ustawa.

Przed wskazaniem regulacji prawnych przewidzianych w przepisach ustawy, a odnoszących się wprost do problematyki związania ofertą, celem pełnego zobrazowania tej tematyki warto w pierwszej kolejności wskazać na przepisy Kodeksu cywilnego, które w świetle art. 14 ust. 1 ustawy mają zastosowanie do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego i wykonawców, o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej. I tak oferta została zdefiniowana w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego jako oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej

umowy. W myśl art. 66 § 2 Kodeksu cywilnego, jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie, zaś oferta złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia. Z przytoczonych przepisów wynika, że Kodeks cywilny przewiduje związanie oferenta treścią złożonej oferty. Związanie jest zatem koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty jako instytucji prawa cywilnego. Stanowi to jeden z najważniejszych skutków prawnych oferty i oznacza obowiązek pozostawania w gotowości do zawarcia zaproponowanej umowy. Po złożeniu oferty decyzja o jej przyjęciu i zawarciu umowy należy wyłącznie do drugiej strony (oblata). Właśnie ze względu na stan związania, w razie przyjęcia oferty oblat będzie mógł domagać się od oferenta wykonania zawartej umowy (zob. Wojewoda M. *Komentarz do art. 66 Kodeksu cywilnego* [w:] Księżak P. (red.), Pyziak-Szafnicka M. (red.), Giesen B., Katner W.J., Lewaszkiewicz-Petrykowska B., Majda R., Michniewicz-Broda E., Pajor T., Promińska U., Robaczyński W., Serwach M., Świdorski Z., Wojewoda M. „Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna”, LEX, 2014). Natomiast bezskuteczny upływ terminu związania ofertą przed jej przyjęciem jest równoznaczny z końcem bytu oferty jako takiej. Przenosząc powyższe na grunt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą oznacza obowiązek pozostawania w gotowości do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji do zawarcia proponowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po złożeniu oferty decyzja o jej przyjęciu i zawarciu umowy należy do zamawiającego. Właśnie ze względu na stan związania, w razie przyjęcia oferty, zamawiający będzie mógł domagać się od wykonawcy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W piśmiennictwie wskazuje się, że oferta prawidłowo wybrana od razu przekształca się w swoistą umowę przedwstępną, zobowiązującą do zawarcia przyrzeczonej umowy w sprawie zamówienia publicznego (por. Szostak R. *Charakter oferty przetargowej* [w:] Sadowy J. (red.), Jędrzejewski R., Niczyporuk J., Nowicki H., Nowicki P., Sołtysińska A., Szostak R., Wierzbowski M. „System zamówień publicznych w Polsce”, UZP, 2013, str. 221 i nast.). Natomiast upływ terminu związania ofertą sprawia, że nie można już mówić o istnieniu tej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Spośród przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych dla zagadnienia związanego z tematem związania ofertą poruszonego przez Krajową Izbę Odwoławczą w odesłaniu prejudycjalnym istotne są zwłaszcza przepisy art. 85 i art. 89 ust. 1 pkt 7a, 7b i 8 ustawy. Przepis art. 85 ust. 1 ustawy wskazuje, że maksymalna długość okresu związania ofertą może wynosić 30, 60 albo 90 dni, w zależności od wartości zamówienia. Zarazem zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy wykonawca może – samodzielnie lub na wniosek zamawiającego – przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Przepis art. 85 ust. 4 zdanie pierwsze ustawy precyzuje, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. W myśl art. 85 ust. 4 zdanie drugie ustawy, jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Na mocy art. 89 ust. 1 pkt 7a, 7b i 8 ustawy zamawiający jest obowiązany odrzucić ofertę w następujących przypadkach: (i) wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, (ii) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione

w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium, (iii) oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Dodatkowo należy przypomnieć, że przed dniem 28 lipca 2016 r. obowiązywał przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, który przewidywał obowiązkowe wykluczenie z udziału w postępowaniu: (i) wykonawcy, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, (ii) wykonawcy, który nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą lub (iii) wykonawcy, który nie wniósł wadium w terminie wyznaczonym przez zamawiającego (tj. w sytuacji ponownego wniesienia wadium w szczególnej sytuacji przewidzianej w art. 46 ust. 3 w zw. z art. 46 ust. 1 ustawy), albo (iv) wykonawcy, który nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. W tym miejscu należy zauważyć, że wspomniany przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przestał obowiązywać wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Obecnie w przypadku upływu terminu związania ofertą przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy przewiduje odrzucenie oferty. Przepis ten odsyła do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy, który wyraźnie stanowi, że wykonawca może tak na wniosek zamawiającego jak i samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą. Nieprzedłużenie tego terminu w obu przypadkach jest równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też, używając terminologii ustawy, niewyrażeniem przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Przepis ten nie powinien sprawiać problemów interpretacyjnych, a ewentualna odmienna jego wykładnia może wynikać jedynie z błędnego rozumienia znaczenia i celu tej regulacji.

Odnosząc się z kolei do możliwości zawarcia po upływie terminu związania ofertą umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana, zanim termin związania upłynął, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że wybór oferty najkorzystniejszej, który nie został podważony, determinuje formalne udzielenie zamówienia publicznego poprzez podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawartej w art. 2 pkt 7a ustawy wynika, że celem postępowania jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa. Tym samym zawarcie umowy jest możliwe jedynie z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W tym względzie Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08, stwierdził jednoznacznie, że upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na marginesie można dodatkowo wskazać, że taka możliwość wynika wprost z zasady swobody umów wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego. Nawet jeśli zamawiającemu nie przysługuje już roszczenie o zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, bo złożona w toku postępowania oferta przestała wiązać wykonawcę, nic nie stoi na przeszkodzie, by przedmiotowa umowa została zawarta, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, zanim termin związania upłynął, wyrazi taką wolę. O ile bowiem zamawiający jest związany wynikiem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zakończonym wyborem oferty najkorzystniejszej, o tyle w przypadku wykonawcy, którego oferta nie wiąże z powodu upływu terminu związania, z zasady autonomii woli stron wynika, że jeżeli wciąż jest zainteresowany zawarciem umowy w sprawie zamówienia, może taką umowę zawrzeć.

Z kolei wadium, uregulowane w art. 45 i 46 ustawy, ma na celu przede wszystkim zabezpieczenie roszczeń odszkodowawczych zamawiającego w przypadku uchylenia się wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, od zawarcia umowy. Na mocy art. 46 ust. 5 ustawy zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami w szczególności w przypadku, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ponadto wadium zostanie zatrzymane, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, nie wniesie

wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Dodatkowo przepis art. 46 ust. 4a ustawy przewiduje sankcję zatrzymania przez zamawiającego wadium wraz z odsetkami w przypadku, gdy wykonawca, który został wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu i spełnianie przez oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane wymagań zamawiającego lub pełnomocnictw, nie uzupełni tych oświadczeń czy dokumentów lub gdy wykonawca nie wyrazi zgody na poprawienie innych niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Z uwagi na powyższe funkcje wadium powinno być ustanowione i utrzymywane przez cały okres związania ofertą. Na gruncie prawa cywilnego, w myśl art. 704 Kodeksu cywilnego, wadium stanowi warunek udziału w aukcji albo przetargu, w związku z czym niewniesienie wadium powoduje, że udział w przetargu albo aukcji jest niemożliwy, a ewentualne oferty nie wywołują skutków prawnych (zob. Robaczyński W. *Komentarz do art. 70<sup>4</sup> Kodeksu cywilnego* [w:] Księżak P. (red.), Pyziak-Szafnicka M. (red.) *op.cit.*). W postępowaniu o udzielenie zamówienia niewniesienie przez wykonawcę wadium powoduje, że jego udział w postępowaniu jest niemożliwy, przez co jego oferta podlega odrzuceniu. W obowiązującym stanie prawnym, w myśl art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy, zamawiający jest obowiązany odrzucić ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, o ile zamawiający żądał wniesienia wadium.

Podsumowując, związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą jest niezbędne dla istnienia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zaś ustanowienie wadium ma na celu w szczególności zabezpieczenie roszczeń zamawiającego w przypadku niewywiązania się przez wykonawcę z wynikających z oferty zobowiązań. Zarówno konieczność przedłużenia terminu związania ofertą, jak i – w przypadkach gdy zamawiający wymaga wniesienia wadium – obowiązek jego ustanowienia bądź przedłużenia przez wykonawcę wynikają wprost z przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych i regulacji Kodeksu cywilnego. Z kolei możliwość zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą została już w 2010 r. potwierdzona przez Trybunał Konstytucyjny. Nie można zatem w sposób zasadny twierdzić, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z takim wykonawcą, czy żądanie przez zamawiającego, by wykonawca przedłużył okres ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą, nie znajdują oparcia w przepisach prawa. Tymczasem pytania zadane przez sąd odsyłający opierały się na takim błędnym założeniu.

Pełen tekst orzeczenia jest dostępny na stronie internetowej Trybunału Sprawiedliwości UE pod adresem [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).