

WYROK
z dnia 15 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2015 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTAR” Sp. z o.o., ul. Bydgoska 13/15B, 73-110 Stargard Szczeciński**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra**

orzeka:

- 1) uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze:**
 - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wykluczenia wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim z postępowania o udzielenie zamówienia oraz uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą,**
 - **powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim wraz z oceną pozostałych ofert nie podlegających odrzuceniu;**
- 2) kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTAR” Sp. z o.o., ul. Bydgoska 13/15B, 73-110 Stargard Szczeciński** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra na rzecz wykonawcy: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTAR” Sp. z o.o., ul. Bydgoska 13/15B, 73-110 Stargard Szczeciński kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

2.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTAR” Sp. z o.o., ul. Bydgoska 13/15B, 73-110 Stargard Szczeciński kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z tytułu nadpłaconego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*Roboty budowlane na wiadukcie nad linią kolejową w ciągu DK 12 w KM 58+718 w miejscowości Chrobrów*” w trybie przetargu nieograniczonego, nr postępowania 0/ZG.D3.2412.7.2015), na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą Pzp”, „Pzp” lub „ustawą”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 września 2015 r., pozycja 253860 (wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp).

Odwołujący - Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim - wniósł w dniu 30 listopada 2015 r. odwołanie, zarzucając zamawiającemu: -sprzeczne z przepisami wykluczenie odwołującego z postępowania; -nieprawidłowy wybór oferty spółki: Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, stwierdzając, że postępowanie zamawiającego narusza art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, interes w uzyskaniu zamówienia przez wnoszącego odwołanie doznał uszczerbku, gdyż w wyniku postępowania wybrano ofertę spółki: Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Spółka z o.o. Jednocześnie, zgodnie z przesłaną informacją zamawiającego z dnia 25 listopada 2015 r., odrzucona została oferta Zielonogórskiego Przedsiębiorstwa Budowy Mostów „MOSTY” Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze z powodu rażąco niskiej ceny i nie przedłożenia wyjaśnień. Powyższe powinno skutkować wyborem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego polegających na wyborze oferty spółki: Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Spółka z o.o.;
- 3) powtórzenie czynności wyboru oferty i dokonanie jej przy uwzględnieniu przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp;
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał okoliczności potwierdzające zachowanie ustawowego terminu

do wniesienia odwołania i przekazanie kopii odwołania zamawiającemu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację. Przez czynność wyboru oferty spółki Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Spółka z o.o. oraz wykluczenia odwołującego z postępowania, zamawiający uchybił przepisom art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołanie zasługuje na uwzględnienie z następujących przyczyn.

Odwołujący składając ofertę złożył wadium z terminem ważności do dnia 13 listopada 2015 r. - dowód: oferta odwołującego.

Pismem z dnia 5 listopada 2015 r., na podstawie art. 85 ust 2 Pzp, zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, wskazując, 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. Informację o powyższym, zgodnie z formą określoną w SIWZ, należało złożyć do dnia 12 listopada 2015 r. - dowód: pismo zamawiającego z dnia 05.11.2015 r.

Odwołujący złożył żadaną przez zamawiającego informację pismem z dnia 10 listopada 2015 r., doręczonym zamawiającemu w dniu 12 listopada 2015 r. W piśmie tym odwołujący: 1) wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, 2) przedkładając jednocześnie aneks nr 1 do wadialnej gwarancji ubezpieczeniowej (na mocy aneksu gwarancja została przedłużona do dnia 12.01.2016 r.), w którym przedłużył ważność wadium. Oryginał aneksu nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium numer 02GJ39/15/00050 został złożony u zamawiającego w dniu 13 listopada 2015 r. - dowód: pismo odwołującego z dnia 10.11.2015 r. z potwierdzeniem doręczenia zamawiającemu w dniu 12.11.2015 r., z potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopią aneksu nr 1 do polisy numer 02GJ39/15/00050; oryginał aneksu nr 1 do polisy numer 02GJ39/15/00050.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ (Rozdział 1 Instrukcja dla Wykonawców pkt 11.3) wadium wnoszone jest w formie poręczeń lub gwarancji i musi obejmować cały okres związania ofertą.

Złożenie przez odwołującego aneksu nr 1 do polisy numer 02GJ39/15/00050 przewidującego, że okres trwania gwarancji wynosi od 14.10.2015 r. do 12.01.2016 r. oraz tym samym przedłużenie okresu ważności wadium (od dnia 14 października 2015 r. do dnia 12 stycznia 2016 r.) oraz przedłożenie w dniu 13 listopada 2015 r. oryginału aneksu nr 1 do Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium, a więc w okresie jego pierwotnej ważności (pierwotny okres ważności gwarancji obejmował czas od 14 października 2015 r. do 13 listopada 2015 r.) było prawidłowe oraz zgodne z wymogami SIWZ, a także wezwaniem zamawiającego z 05.11.2015 r. Okres ważności wadium po przedłużeniu (od 14 października 2015 r. do 12 stycznia 2016 r.) obejmował w całości okres związania ofertą.

W myśl SIWZ (Rozdział 1 Instrukcja dla Wykonawców pkt 13.2), wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą. Odwołujący samodzielnie złożył w dniu 12 i 13 listopada 2015 r. przedłużenie terminu związania ofertą wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. Takie przedłużenie jest dopuszczalne i zgodne z pkt 11.3 SIWZ - dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Czynności zamawiającego naruszają interes odwołującego, gdyż dokonano wyboru oferty spółki: Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Spółka z o.o., a odwołujący został wykluczony z postępowania. Jednocześnie została odrzucona oferta Zielonogórskiego Przedsiębiorstwa Budowy Mostów „MOSTY” Sp. z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny i nie przedłożenia wyjaśnień. Powyższe powinno skutkować wyborem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej - dowód: pismo zamawiającego z dnia 24.11.2015 r.

Interes odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia wyżej przytaczanych przepisów ustawy Pzp, a tym samym zostały spełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 tej ustawy.

W odpowiedzi na odwołanie, zamawiający wniósł na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy o: 1) oddalenie odwołania w całości, 2) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z załączoną fakturą (kopia faktury VAT - załącznik nr 2).

W uzasadnieniu zamawiający wskazał - zgłaszane przez odwołującego zarzuty należy uznać za nieuprawnione z poniższych względów.

Ad 1. Zarzut - sprzeczne z przepisami wykluczenie z postępowania spółki Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTAR” Sp. z o.o.

Pismem nr GDDKiA-O/ZG-D3.2412/7.10.fc.2015 z dnia 05.11.2015 r., na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający wystąpił do odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. Zgodnie z treścią powołanego przepisu 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. Oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie okresu związania ofertą należało - zgodnie z treścią pisma zamawiającego - złożyć w formie określonej w SIWZ do dnia 12.11.2015 r. Zamawiający zastrzegł w piśmie, że brak odpowiedzi zostanie uznany jako niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Termin związania ofertą upłynął 12.11.2015 r.

Odwołujący przedłużył termin związania ofertą pismem z dnia 10.11.2015 r. (wpłynęło do zamawiającego dnia 12.11.2015 r.) jednak bez jednoczesnego przedłużenia ważności

wadium - od którego ustawodawca uzależnia ważność podjętej czynności. Do pisma z dnia 10.11.2015 r. odwołujący dołączył - wbrew twierdzeniu zawartemu w odwołaniu - dokument będący prawdopodobnie potwierdzeniem zapłaty składki i wystąpienia do ubezpieczyciela o przedłużenie gwarancji zapłaty wadium. Aneks przedłużający ważność gwarancji wadium został złożony u zamawiającego po wyznaczonym terminie, tj. dnia 13.11.2015 r. Zamawiający wskazał, że dokument przedłożony przez wykonawcę w dniu 12 listopada 2015 r. ma zupełnie inną treść, niż dokument przedłożony dnia 13 listopada 2015 r. Nie można zatem mówić - jak chce tego odwołujący - o złożeniu kopii i oryginału aneksu, gdyż treść tych dokumentów w ogóle nie jest tożsama. Interes zamawiającego, który nie dysponuje oryginałem gwarancji, nie jest w żaden sposób zabezpieczony, z uwagi na treść tej gwarancji, z której wynika, że traci ona ważność w sytuacji między innymi zwrotu jej oryginału do wystawcy.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Ofertę wykonawcy uznaje się za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, jako ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania.

Zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny, zgoda na dalsze związanie ofertą może rodzić skutki prawne tylko wówczas, gdy wraz z jej wyrażeniem wykonawca przedłuża okres ważności wadium. Literalne brzmienie przepisu sugeruje, że przedłużenie ważności wadium musi nastąpić w tym samym momencie, co wyrażenie zgody na dalsze związanie ofertą („jednocześnie”). Celem przepisu jest jednak wyłącznie wprowadzenie obowiązku złożenia wadium na nowy okres związania ofertą. Za niedopuszczalne w świetle przepisu należy natomiast uznać przedłużenie ważności wadium dokonane po upływie terminu związania ofertą, nawet jeśli wadium wniesione wraz ze składaniem ofert zachowywało ważność przez dłuższy okres niż pierwotnie wskazany w SIWZ, ale krótszy niż nowy termin związania ofertą. Zakaz taki jest w pełni uzasadniony, gdyż w sytuacji odwrotnej, ocenie i porównaniu z innymi ofertami podlegałaby oferta, co do której wykonawca mógłby bez konsekwencji odmówić podpisania umowy (Komentarz do ustawy Pzp, Aneta Bazan, Edmund Józef Nowicki, Komentarz Włodzimierz Dzierżanowski).

Z takim stanowiskiem doktryny spójne jest także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np.: wyrok z dnia 19 marca 2015 r. (KIO 456/15): „1. Zgodnie z art. 85 ust. 2 p.z.p. wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą. Przepis ten daje wykonawcy prawo do samodzielnego, dowolną ilość razy przedłużenia terminu związania ofertą. To zatem wykonawca, wyrażając zgodę na

przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego bądź samodzielnie przedłużając niniejszy termin, podejmuje decyzję o dalszym udziale w postępowaniu. Na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym zobowiązanym do działania z należytą starannością ciąży podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. 2. Przepisy odnoszące się do składania oświadczeń o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie dopuszczają, aby oświadczenia te składane były pod jakimkolwiek warunkiem, czy z zastrzeżeniem. 3. Obowiązkiem wykonawcy przy wezwaniu do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą jest stanowcze i jednoznaczne oświadczenie, że wykonawca jest nadal związany treścią swojej oferty, a zakres świadczenia wykonawcy wynikający z oferty będzie tożsamy z zakresem określonym w późniejszej umowie. 4. Czynność przedłużenia ważności wadium nie zastępuje złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Złożenie też samego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania, bez jednoczesnego przedłużenia ważności wadium (w określonych ustawą z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych przypadkach) jest tak samo nieskuteczne.”

Podobnie w wyroku KIO 1007/13; KIO 1021/13; KIO 1050/13; KIO 1054/13 Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do zagadnienia przedłużenia terminu związania ofertą tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium stwierdziła, że zgodnie z treścią art. 85 ust. 4 ustawy, dalsze związanie ofertą, co do zasady może rodzić skutki prawne tylko wówczas, gdy wraz z jej wyrażeniem wykonawca przedłuży okres ważności wadium. Wykonawca-odwołujący działający z należytą starannością, z uwagi na profesjonalny charakter swojej działalności, winien dołożyć należytej staranności i nie przeoczyć terminów, obowiązków, czynności wynikających z przepisów prawa.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 8 marca 2006 r., I ACa 1018/05, LEX nr 186161, stwierdził, że „Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności.”

Ad 2. Zarzut - nieprawidłowy wybór oferty spółki: Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Spółka z o.o. (ul. Szczecińska 15-16, 54-S17 Wrocław).

Zarzut nie został w żaden sposób uzasadniony. Z ostrożności zamawiający wskazał, że biorąc pod uwagę treść SIWZ i ustawy Prawo zamówień publicznych, po dokonaniu oceny ofert, Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Sp. z o.o. zostało wybrane jako wykonawca z najlepszą ofertą, ocenioną według kryteriów zamawiającego. Zamawiający nie odnajduje żadnych nieprawidłowości w dokonanej ocenie tej oferty. Jednocześnie

zamawiający informuje, że zarówno etap przygotowania jak i etap przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, realizowane były zgodnie z art. 7 ustawy Pzp, tj. w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a wszelkie czynności wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Ocena ofert dokonywana była w sposób jednakowy i wyłącznie merytoryczny.

Zamawiający podtrzymał stanowisko, że wybrał najkorzystniejszą ofertę zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 5 oraz z przepisami ustawy Pzp, zaś kierowane przez odwołującego zarzuty są bezpodstawne i nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym.

Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła stan faktyczny.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający opisał:

- w pkt 11 wymagania dotyczące wadium, wskazując: wysokość w kwocie 70 000,00 PLN (pkt 11.1); obowiązek wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert w jednej lub kilku wymienionych formach, w zależności od wyboru wykonawcy (pkt 11.2), w tym w ppkt e) wskazał gwarancje ubezpieczeniowe; wadium wnoszone w formie gwarancji powinno być złożone w oryginale i musi obejmować cały okres związania ofertą; wymagał, by jako beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji dla prowadzonego postępowania wskazać: „Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, GDDKiA Oddział w Zielonej Górze, ul. Boh. Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra”; w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji, koniecznym jest, aby gwarancja obejmowała odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp (pkt 11.3);
- termin składania ofert - do 14.10.2015 r., do godziny 10⁰⁰ (pkt 12.1);
- termin związania ofertą 30 dni; bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert (pkt 13.1);
- wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może 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 terminu, o którym mowa w pkt 13.1, o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni; odmowa wyrażenia zgody nie powoduje utraty wadium; przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej,

- obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (pkt 13.2);
- w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert, bieg terminu związania ofertą ulegnie zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez KIO orzeczenia (pkt 13.3);
 - w pkt 14 opisał kryteria wyboru i sposób oceny ofert, wskazując w pkt 14.1: cena oferty - 95% = 95 pkt, gwarancja jakości - 5% = 5 pkt.

Odwołujący złożył wraz z ofertą Ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr 02GJ39/15/00050 wystawioną dnia 13.10.2015 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie, w której wystawca przedstawił wszystkie elementy wymagane dla takiego dokumentu, wskazując w pkt 3 „*Niniejsza gwarancja jest ważna w okresie od 14.10.2015 r. do 13.11.2015 r. (zwanym dalej "okresem ważności gwarancji").*”

Pismem z 5 listopada 2015 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego, wskazując podstawę - art. 85 ust. 2 ustawy: „*(...) o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. 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. Informację o powyższym, zgodnie z formą określoną w SIWZ, należy złożyć do dnia 12-11-2015 r. Brak odpowiedzi zostanie uznany jako niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.*”

Odwołujący złożył zamawiającemu 12 listopada 2015 r. pismo o treści: „*Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mostar” Sp. z o.o. w Stargardzie Szczecińskim wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, w załączeniu przedkładamy Aneks nr 1 do wadialnej gwarancji ubezpieczeniowej.*”

Przedłożony dokument z 9 listopada 2015 r. to „*Aneks 1 do Polisy numer 02GJ39/15/00050 Oryginał/Kopia (wyraz „Kopia” przekreślony), nr umowy o udzielenie gwarancji: 02GJ39/15/00050.*” Wystawca dokumentu InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group Oddział w Szczecinie, wskazał odwołującego jako zobowiązanego, zamawiającego jako beneficjenta, rodzaj gwarancji - gwarancja zapłaty wadium i gwarancja zapłaty wadium - aneks 1, okresy trwania gwarancji - od 14.10.2015 r. do 13.11.2015 r. oraz od 14.10.2015 r. do 10.01.2016 r., kwotę gwarancji, kwoty składek - pierwotną i za okres objęty aneksem oraz termin płatności składki.

W dniu 13 listopada 2015 r. odwołujący przedłożył zamawiającemu „*Aneks Nr 1 z dnia 09.11.2015 roku do UBEZPIECZENIOWEJ GWARANCJI ZAPŁATY WADIUM NR 02GJ39/15/00050*”, w którym gwarant InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna

Vienna Insurance Group w Warszawie, z siedzibą w Warszawie, wskazał: „§ 1 Niniejszym zmianie ulega zapis w pkt 3 w gwarancji polegający na przedłużeniu terminu związania ofertą. Aktualny okres ważności gwarancji jest następujący: 3. Niniejsza gwarancja jest ważna w okresie od 14.10.2015 r. do 12.01.2016 r. (zwanym dalej "okresem ważności gwarancji"). Przez okres ważności gwarancji rozumie się okres czasu w którym zaistniał którykolwiek z przypadków, o których mowa w ust. 1, skutkujących zatrzymaniem wadium. § 2. Wszystkie pozostałe zapisy gwarancji pozostają w mocy. § 3. Aneks wchodzi w życie z dniem podpisania.”

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania i uznał ofertę wykonawcy za odrzuconą, przedstawiając w piśmie doręczonym odwołującemu w dniu 25 listopada 2015 r. następujące stanowisko:

Uzasadnienie faktyczne: Termin związania ofertą upłynął 12-11-2015 roku. Zamawiający, pismem z dnia 05-11-2015 roku, Nr GDDKiA-O/ZG-D3.2412,7.10.fc.2015, zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni oraz poinformował, 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. Wykonawca przedłużył termin związania ofertą bez jednoczesnego przedłużenia ważności wadium. Aneks przedłużający ważności wadium został wniesiony po terminie.

Uzasadnienie prawne: art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Oferty wykonawców uznaje się za odrzucone - art. 24 ust. 4 ustawy Pzp jako oferty wykonawców wykluczonych z postępowania.

Z wyjaśnień złożonych na rozprawie wynika, że w ocenie zamawiającego, dokument złożony 13 listopada 2015 r. jest dokumentem przedłużającym okres ważności wadium, natomiast dokument złożony 12 listopada 2015 r. nie jest takim dokumentem. Istotę zarzutu stanowiącą podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania, stanowi złożenie właściwego dokumentu przedłużającego okres ważności wadium po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego, co powoduje, że nie zachowano jednoczesności czynności przedłużenia okresu ważności wadium z przedłużeniem terminu związania ofertą.

Izba zważyła.

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, warunkujące uprawnienie do wniesienia odwołania - wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołanie rozpoznane na rozprawie, w granicach przedstawionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 ustawy), zasługuje na uwzględnienia, zgodnie z normą wynikającą z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp (*Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*). Zatem, warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jest stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, rozumiany jako wybór najkorzystniejszej oferty (podobnie w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12).

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, będący podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania, stanowi: *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą*.

Skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania jest uznanie jego oferty za odrzuconą, zgodnie z ust. 4 tego artykułu (*ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą*).

Z przytoczonego przepisu wynikają cztery przesłanki skutkujące wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Przedstawiając w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy jako podstawę prawną wykluczenia, zamawiający w istocie uznał, że odwołujący nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą. Podnosząc w uzasadnieniu faktycznym okoliczności: *„Wykonawca, (...) przedłużył termin związania ofertą bez jednoczesnego przedłużenia ważności wadium. Aneks przedłużający ważność wadium został wniesiony po terminie”*, zamawiający zarzucił brak jednoczesności czynności przedłużenia terminu związania ofertą z przedłużeniem ważności wadium oraz przedłużenie ważności wadium po terminie wyznaczonym przez zamawiającego, co wskazuje na unormowania zamieszczone w art. 85 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania, skutkująca uznaniem jego oferty za odrzuconą/odrzuconiem oferty, jako eliminująca wykonawcę z udziału w postępowaniu, ma istotne znaczenie dla wykonawcy i prowadzonego postępowania, stąd powinna mieć miejsce wyłącznie w okolicznościach ściśle

odpowiadających przesłance wynikającej z przepisu, w tym przypadku art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Zatem, wykluczenie odwołującego z postępowania na tej podstawie mogło mieć miejsce w sytuacji, braku ciągłości zabezpieczenia oferty odwołującego wadium w okresie związania ofertą.

W rozpoznanej sprawie oferta odwołującego była nieprzerwanie zabezpieczona wadium wniesionym w formie ubezpieczeniowej gwarancji. Wadium zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert, w sposób zaakceptowany przez zamawiającego, z okresem ważności gwarancji od dnia 14 października 2015 r. do 13 listopada 2015 r. (okoliczność niesporna). Odwołujący wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o wnioskowane przez zamawiającego 60 dni, przez złożenie w wyznaczonym przez zamawiającego terminie (12 listopada 2015 r.) stosownego pisma (z datą 10 listopada 2015 r.) wraz z załącznikiem, wskazał przedłużenie terminu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą. Załączony Aneks 1 do Polisy numer 02GJ39/15/00050 oryginał, nr umowy o udzielenie gwarancji: 02GJ39/15/00050, złożony zamawiającemu w przedostatnim dniu okresu ważności gwarancji, przedstawiał przedłużenie terminu jej ważności do 12.01.2016 r. oraz nieprzerwany okres ważności gwarancji - od 14 października 2015 r. do 12.01.2016 r. Drugi dokument - Aneks Nr 1 z dnia 09.11.2015 roku do UBEZPIECZENIOWEJ GWARANCJI ZAPŁATY WADIUM NR 02GJ39/15/00050, złożony przed upływem okresu ważności gwarancji, w ostatnim dniu jej ważności (13 listopada 2015 r.), w pełni odpowiadający oczekiwaniom zamawiającego, wskazujący okres ważności gwarancji od 14.10.2015 r. do 12.01.2016 r., stanowił potwierdzenie przedłużenia terminu ważności wadium w formie nie kwestionowanej przez zamawiającego. Zatem, odwołujący przedłużył okres ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą.

W wyroku z dnia 13 maja 2008 r., sygn. akt XIX Ga 170/08, Sąd Okręgowy w Katowicach wyraził pogląd, że *„Wadium to niewątpliwie powinno zostać przedłożone zamawiającemu najpóźniej do dnia upływu ważności poprzedniego wadium, czyli w niniejszym przypadku do dnia 16.04.2008 r.”*, w sytuacji gdy *„Poprzednie wadium w postaci gwarancji bankowej zostało udzielone przez skarżącego do dnia 16.04.2008 r.”*

Przesłanka wynikająca z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jest jednoznaczna - wykonawca podlega wykluczeniu, jeżeli nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą. Przepis wskazujący tę przesłankę nie zawiera odesłania do przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Istotą przedłużenia okresu ważności wadium, w rozumieniu podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, jest zapewnienie zabezpieczenia oferty wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Wykładnię przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp (stan faktyczny - przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania wobec nie wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania

ofertą), odnoszącą się również do pozostałych przesłanek tego przepisu, przedstawił Sąd Okręgowy w Rzeszowie w postanowieniu z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt VI Ga 192/10, uznając, że art. 24 Pzp stanowi katalog zamknięty, a ze względu na charakter zawartego w nim uregulowania, wykluczona jest jakakolwiek rozszerzająca jego interpretacja.

W przywołanych w odpowiedzi na odwołanie wyrokach, Izba wskazała jak niżej.

1. Z dnia 19 marca 2015 r., sygn. akt KIO 456/15, wyrok został wydany w sprawie, w której wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą oraz przedłużenia okresu ważności wadium, złożył oświadczenie, w którym wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, z zastrzeżeniem, że termin wykonania zamówienia zadeklarowany w jego ofercie ulegnie wydłużeniu o ilość dni, która upłynie od pierwotnego okresu związania ofertą, do ostatecznej daty wyboru oferty najkorzystniejszej.

Rozstrzygnięcie Izby, to przede wszystkim: *„Przepisy odnoszące się do składania oświadczeń o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie dopuszczają, aby oświadczenia te składane były pod jakimkolwiek warunkiem, czy zastrzeżeniem”;*

2. Z dnia 21 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1007/13, 1021/13, 1050/13, 1054/13 - wyrok łączny, w którego uzasadnieniu przedstawiono szereg wątków związanych z przedmiotową tematyką, w tym m.in.: *„Wymaganie, by wykonawca mając jeszcze w pełni ważne wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej, oświadczając o dalszym związaniu ofertą na kolejny czas, musiał jednocześnie przedłużać wadium wydaje się być wyrazem zarówno niczym nieuzasadnionego formalizmu i nadmiernego rygoryzmu jak i nakładającym na wykonawców nieuzasadniony wydatek. O ile faktycznie, Zamawiający w takim wypadku może chwilowo pozostawać w niepewności, co do tego, czy wykonawca, w wyniku złożenia oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą na określony czas, który w danej sytuacji będzie dłuższy niż ważność jego wadium, pozostanie stabilny w tym oświadczeniu (przedłuży w odpowiednim czasie wadium na pozostały czas), to stan faktyczny analizowanej sprawy nie pozwala przyjąć, że zaistniała przerwa w zabezpieczeniu wadium Odwołującego, a co za tym idzie - cel wadium, wymagania wobec niego stawiane (nieprzerwane zabezpieczenie oferty), zostały spełnione. Podzielając zatem argumentację wyrażoną w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 4 lutego 2012 roku w spr. o sygn. KIO/UZP 1763/09, KIO/UZP 1764/09, biorąc pod uwagę okoliczności analizowanej sprawy, uznano, że wykluczenie Odwołującego z postępowania było wyrazem nadmiernego rygoryzmu i nie powinno mieć miejsca, co determinowało podzielenie stawianego w odwołaniu zarzutu.”*

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zasadność zarzutów przedstawionych przez odwołującego i uwzględniła odwołanie oraz nakazała jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Zakres odwołania wyznacza wartość zamówienia - wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i uznanie jego oferty za odrzuconą - art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy Pzp. Nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jest skutkiem uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis w kwocie 10 000 zł uiszczony przez odwołującego (z wpłaconej kwoty 20 000 zł), obciążyła zamawiającego kwotą zaliczonego wpisu oraz nakazała dokonanie zwrotu odwołującemu pozostałej kwoty 10 000 zł, nadpłaconej tytułem wpisu. Izba nie uwzględniła rachunku odwołującego na kwotę 3 600 zł (wynagrodzenie pełnomocnika), gdyż przedłożony dokument nie spełnia wymagań rachunku wynikających z przepisów rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. Nr 165, poz.1373).

Przewodniczący: