

Sygn. akt KIO/1205/10

**WYROK**  
**z dnia 29 czerwca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2010 r. przez odwołującego - **konsorcjum firm: (lider) Józef Kądziołka Usługowy Zakład Murarski, ul. Słowackiego 23, 64-830 Margonin, (partner) Przedsiębiorstwo WENO Węgrzyn i Nowak spółka jawna, ul. Mostowa 2, 64-800 Chodzież**, od czynności zamawiającego **Gmina Wyrzysk, ul. Bydgoska 29, 89-300 Wyrzysk**,

przy udziale wykonawcy **ABM SOLID S.A., ul. Bartła 3, 33-100 Tarnów**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **konsorcjum firm: (lider) Józef Kądziołka Usługowy Zakład Murarski, ul. Słowackiego 23, 64-830 Margonin, (partner) Przedsiębiorstwo WENO Węgrzyn i Nowak spółka jawna, ul. Mostowa 2, 64-800 Chodzież** i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez odwołującego - konsorcjum firm: (lider) Józef Kądziołka Usługowy Zakład Murarski, ul. Słowackiego 23, 64-830 Margonin, (partner) Przedsiębiorstwo WENO Węgrzyn i Nowak spółka jawna, ul. Mostowa 2, 64-800 Chodzież.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Odwołujący wniósł w dniu 16 czerwca 2010 r. odwołanie od czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane pn. „Budowa hali sportowej przy Gimnazjum w Osieku nad Notecią”, przekazując kopie odwołania zamawiającemu w dniu 15 czerwca 2010 r. i uiszczając wpis od odwołania w dniu 15 czerwca 2010 r. w kwocie 10 000 zł.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 lutego 2010 r. pozycja 42395 i zmiana ogłoszenia w dniu 12 marca 2010 r. pozycja 70274.

Odwołanie dotyczy czynności zamawiającego polegającej na ocenie oferty odwołującego. Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności oceny ofert,
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert i wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie ustawą Pzp:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5,
- 4) art. 46 ust. 1, przez nie zwrócenie niezwłocznie wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z treścią wskazanego przepisu,
- 5) art. 7 przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) unieważnienie czynności oceny ofert,
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert i wybór, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania w dniu 11 czerwca 2010 r., otrzymując drogą faksową pismo dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu z postępowania.

Odwołanie wniosków w terminie 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia stanowiącego podstawę jego wniesienia.

W piśmie oprócz wskazania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą zamawiający zawarł zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty. Zamawiający przedstawił uzasadnienie czynności następująco: 1) pismem z dnia 7 kwietnia 2010 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów / złożenia wyjaśnień dotyczących spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej / finansowej, opisanego jako „posiadać rachunek ze środkami finansowymi lub zdolność kredytową w banku lub spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej na poziomie 2.000.000,00 zł”. W wyznaczonym terminie tj. do dnia 9 kwietnia 2010 r. do godz. 10.00 wykonawca złożył tylko wyjaśnienia dotyczące spełnienia wyżej opisanego warunku. Zamawiający nie przyjął wyjaśnień, podając, że:

1) wykonawca podał w wyjaśnieniach, iż ma możliwość uzyskania kredytu w wysokości 1 000 000,00. Zamawiający takiego potwierdzenia nie znalazł w informacji o Sytuacji Finansowej Klienta wystawionej dla Przedsiębiorstwa WENO Węgrzyn i Nowacki s.j. Stwierdzenie zawarte w Informacji o Sytuacji Finansowej Klienta wystawione dla Przedsiębiorstwa WENO Węgrzyn i Nowacki s.j. dotyczy tylko możliwości udzielenia kredytu w wysokości 1.000.000,00 zł., gdy:

- a) bank pozytywnie ocenił zdolność kredytową klienta,
- b) strony porozumieją się co do warunków umowy wg decyzji banku.

Oznacza to, że bank w późniejszym terminie oceni zdolność kredytową klienta, co zdaniem zamawiającego, nie jest wystarczającą informacją.

Zamawiający nie przyjął wyjaśnień, wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucił jego ofertę;

- 2) zamawiający pismem z dnia 20 maja 2010 r. wezwał odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą. Wskazał, że wykonawca jest zobowiązany do przesłania zamawiającemu pisma zawierającego zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 24 maja 2010 r. do godz. 15.00. Poinformował jednocześnie, że zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, zgoda na przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalna tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Odwołujący wnioskował w wyznaczonym terminie wadium bez pisemnego zawiadomienia zamawiającego o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i odrzucił jego ofertę.

Odwołujący podniósł, że w siwz w rozdziale 10 - Warunki udziału w postępowaniu wraz z oceną spełniania warunków oraz dokumentami i oświadczeniami wymaganymi przez zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania tych warunków, na potwierdzenie spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - sytuacja ekonomiczna i finansowa, wykonawca musiał posiadać rachunek ze środkami finansowymi lub zdolność kredytową w banku lub w spółdzielczej kasie oszczędnościowo - kredytowej na poziomie minimum 2.000.000,00 zł. Odwołujący załączył do oferty wymaganą informację.

Zamawiający dokonując pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty wykluczył odwołującego wskazując jedynie, jako podstawę czynności art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne podał brak potwierdzenia niekaralności za przestępstwo przeciwko środowisku. Po rozstrzygnięciu odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 14 maja 2010 r., w którym nakazano zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odwołujący nie został ponownie wezwany do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień. Zamawiający mógł ponownie wezwać odwołującego, zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, nie skorzystał jednak z tego uprawnienia.

Odwołujący potwierdził, iż w opinii bankowej przedstawionej przez Przedsiębiorstwo WENO Węgrzyn i Nowacki Spółka Jawna Bank Zachodni WBK S.A. nie stwierdzono jednoznacznie iż wykonawca „ma możliwość uzyskania kredytu w wysokości 100 000,00 zł”, jednak zamawiający przy prowadzeniu postępowania powinien zachować należytą staranność i uwzględnić, że w opinii Bank Zachodni WBK S.A. stwierdził m.in., iż „w związku z tym, że Przedsiębiorstwo WENO Węgrzyn i Nowacki Spółka Jawna w Chodzieży, ul. Mostowa 2 bierze udział w przetargu, uprzejmie informuje, że w przypadku przyznania kontraktu zachodzi możliwość udzielenia kredytu w wysokości 1.000.000,00 zł.” Zamawiający nie może kwestionować poprawności złożonego dokumentu twierdząc, że opinia bankowa Banku Zachodniego WBK S.A. zawiera w swojej opinii następujące twierdzenie: „Kredyt we wnioskowanej wysokości zostanie udzielony: a) jeśli Bank pozytywnie oceni zdolność kredytową Klienta, b) jeśli strony porozumieją się co do warunków wg decyzji Banku”, ponieważ zgodnie z wyrokiem KIO sygn. akt KIO/UZP 137/09 należy stwierdzić, iż „to, że bank dodatkowo wskazał, jakie będą warunki uzyskania kredytu i w jaki sposób będzie podejmował decyzję o przyznaniu kredytu, nie ma znaczenia gdyż są to informacje dodatkowe w stosunku do wymagań zamawiającego.”

Zamawiający swym postępowaniem naruszył jedną z podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż w sytuacji gdy opinia banku budziła jakiegokolwiek wątpliwości nawet po złożeniu stosownych wyjaśnień, powinien od razu wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a nie dopiero pozyskaniu korzystnego dla odwołującego orzeczenia KIO.

Odnosząc się co do drugiej podstawy wykluczenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający stwierdził, iż „Wykonawca w wyznaczonym terminie wniósł wadium bez pisemnego powiadomienia zamawiającego o wyrażeniu zgody na przedłużony termin związania ofertą”.

Odwołujący podniósł, że pismo wzywające do przedłużenia terminu związania ofertą otrzymał drogą faksową w dniu 20 maja 2010 r. i w dniu 21 maja 2010 r. dokonał wpłaty wadium w wysokości 60 000,00 zł.

Z treści art. 85 ust. 4 ustawy Pzp wynika, iż „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”. Ustawodawca nie wskazał w jakiej formie ma być dokonana zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą, a przepis stanowi jedynie, iż „Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą.” Wykonawca zaraz po otrzymaniu pisma wpłacił wadium, co w jego ocenie jest tożsame z wyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, zgodnie z w art. 85 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiącym, że odmowa wyrażenia zgody nie powoduje utraty wadium.

Odwołujący ponadto zwrócił uwagę na treść art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, który zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowaniu, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Odwołujący podkreślił, iż do dnia 14 czerwca 2010 r. nie otrzymał gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr GWo/406/2010-081-29-01-10 z dnia 03.03.2010 r. będącej wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z tym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Uznał, że zarzuty zawarte w odwołaniu znajdują uzasadnienie zarówno w treści obowiązującej ustawy Pzp, jak i prawie unijnym i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca - ABM Solid S.A. z siedzibą w Tarnowie, wnosząc o odrzucenie lub oddalenie odwołania w całości. Przystępujący wskazał, że posiada interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, ponieważ złożył ofertę, która została wybrana jako najkorzystniejsza, stąd jest zainteresowany szybkim zawarciem umowy.

Podniósł, że odwołujące konsorcjum przedłożyło w ofercie dokument, z którego nie wynika spełnianie warunku posiadania zdolności finansowej, gdyż dokument wystawiony przez Bank Zachodni WBK S.A. zawarowany jest potrójnym warunkiem:

- 1) oświadczenie „że w wypadku przyznania kontraktu zachodzi możliwość udzielenia kredytu w wysokości...”, oznacza w ocenie wykonawcy, że w dniu składania ofert konsorcjum nie posiada zdolności kredytowej, bowiem jeśliby nawet ją uzyskało to dopiero po zawarciu kontraktu z zamawiającym, a nie na dzień składania ofert,
- 2) pozytywnej oceny zdolności kredytowej klienta (warunek dotyczy również czynności przyszłej i niepewnej),
- 3) porozumienia się co do warunków wg decyzji Banku (warunek dotyczy również czynności przyszłej i niepewnej).

Zdaniem wykonawcy, na dzień składania ofert konsorcjum nie wykazało spełniania warunku posiadania zdolności finansowej do wykonania kontraktu, bowiem nie posiadało na rachunku środków finansowych w wymaganej wysokości oraz nie posiadało zdolności kredytowej w tej wysokości.

W zakresie drugiego zarzutu - braku zwrotu wadium w postaci dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej nr GWo/406/2010-081-29-01-10 z dnia 03.03.2010 r., podał, że odwołujący myli pojęcia, bowiem pojęcie „wadium” nie jest tożsame z pojęciem „dokumentu potwierdzającego udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej”.

Dokument nie jest wadium lecz pisemnym potwierdzeniem prawa zamawiającego do żądania wypłaty wadium od gwaranta.

Dlatego, w ocenie wykonawcy, nie można stosować do dokumentu nr GWo/406/2010-081-29-01-10 z dnia 03.03.2010 r. przepisu art. 46 ust. 2 ustawy Pzp, w którym jest mowa o „wadium”.

Uznał, że żądanie dotyczące zwrotu wadium jest nieuzasadnione i niezrozumiałe, podobnie jak całe odwołanie.

KIO ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes wnosząc odwołanie, jego oferta jest ofertą najtańszą spośród złożonych ofert i w razie uwzględnienia odwołania oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, miałby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W pkt 10.1. lit. E siwz zamawiający opisał, że potwierdzeniem spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy jest m.in. posiadanie rachunku ze środkami finansowymi lub zdolności kredytowej na poziomie minimum 2 000 000,00 zł. Dokumentem potwierdzającym ten wymóg miała być informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej.

W informacji Banku Zachodniego WBK S.A. Oddział w Chodzieży z dnia 4 marca 2010 r., złożonej w ofercie odwołującego i stanowiącej przedmiot odwołania, podano w zakresie zdolności kredytowej dotyczącej Przedsiębiorstwa WENO Węgrzyn i Nowacki Spółka Jawna,

że w przypadku przyznania kontraktu wykonawcy zachodzi możliwość udzielenia kredytu w wysokości 1 000 000,00 zł. Kredyt we wnioskowanej wysokości zostanie udzielony: a) jeśli bank pozytywnie oceni zdolność kredytową klienta, b) jeśli strony porozumieją się co do warunków umowy wg decyzji banku.

Nie ulega wątpliwości, że ocena zdolności kredytowej wykonawcy w zakresie brakującej kwoty w wysokości 1 000 000,00 zł, zostanie dokonana przez bank w przyszłości, tj. w przypadku przyznania wykonawcy kontraktu, przy ustalaniu możliwości udzielenia wykonawcy kredytu w wysokości 1 000 000,00 zł. W świetle opisanego w siwz sposobu dokonywania oceny spełniania warunku mającego uzasadnienie w przepisach art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (sytuacja ekonomiczna i finansowa wykonawcy), potwierdzenie spełniania warunku musi być dokonane wg stanu, najpóźniej na dzień składania ofert, co wynika m.in. również z treści art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazany dokument nie potwierdza zdolności kredytowej wykonawcy według stanu na dzień 03.03.2010 r., tj. dzień wskazany przez bank w informacji, jak również nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (15 marca 2010 r.). Wykonawca został wezwany do złożenia dokumentu lub wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp (pismo z dnia 7 kwietnia 2010 r. OSZP 341-1/10). Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie (pismo z dnia 09.04.2010 r.) nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, stwierdził, że wraz z ofertą złożył dokumenty, z których jasno wynika, że wymagany warunek został spełniony, powołał się na wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 137/09. W ocenie KIO, złożone wyjaśnienie nie przyczyniło się do potwierdzenia wymaganej zdolności kredytowej w kwocie podanej w siwz, bowiem wyjaśnienie sprowadza się wyłącznie do twierdzenia odwołującego, że złożona przedmiotowa informacja banku potwierdza zdolność kredytową wykonawcy wymaganą przez zamawiającego.

W wyroku z dnia 13 lutego sygn. akt KIO/UZP 137/09, na który powołuje się odwołujący, KIO orzekła „Uwzględniając wyjaśnienia stron w toku rozprawy oraz mając na względzie postanowienia SIWZ, skład orzekający Izby uznał, iż zaświadczenie o zdolności kredytowej z dnia 11 grudnia 2008 r. wystawione przez BZ WBK odpowiada wymaganiom ustalonym w SIWZ i potwierdza spełnianie warunku określonego w pkt 6.2.3.a SIWZ. Z treści tego zaświadczenia jednoznacznie wynika, że Odwołujący na dzień wystawienia zaświadczenia posiada zdolność do spłaty kredytu w wysokości wymaganej przez Zamawiającego, odpowiadającej w tym przypadku kwocie 2.500.000,-zł. Wprawdzie bank dodatkowo wskazał, jakie są warunki, czyli, co należy zrobić, by faktycznie uzyskać kredyt w ramach wskazanej w zaświadczeniu zdolności kredytowej i w jaki sposób bank będzie podejmował decyzję o przyznaniu kredytu, ale są to dodatkowe - w stosunku do wymaganych przez Zamawiającego – informacje, albowiem dla oceny tego zaświadczenia w aspekcie ustalonego warunku w SIWZ, rozstrzygające jest zawarte w nim stwierdzenie o posiadaniu



zdolności do spłaty kredytu (...) 2) w wysokości 2.500.000, zł, i tym samym zaświadczenie na użytek tego postępowania w sprawie zamówienia publicznego jest wystarczające.”

Z przytoczonej części uzasadnienia wyroku wynika w sposób niewątpliwy, że w rozpoznawanej wówczas sprawie wykonawca złożył zaświadczenia banku potwierdzające zdolność kredytową wykonawcy na dzień wystawienia zaświadczenia, co nie występuje w przedmiotowej sprawie.

Wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający w toku ponownego badania i oceny ofert miał prawo zbadać spełnianie warunków podmiotowych wykonawcy. Fakt, że pierwotnie nie wskazał wszystkich przesłanek wykluczenia podając jedną z podstaw, nie wyklucza obowiązku wskazania dodatkowych podstaw wykluczenia. Nie można bowiem przyjąć, że zamawiający stwierdzając brak potwierdzenia spełniania warunku nie podejmuje obligatoryjnych czynności w tym zakresie.

Obowiązek żądania przez zamawiającego uzupełnienia oferty przez złożenie nowych dokumentów lub oświadczeń w trybie w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, obciąża zamawiającego w okolicznościach podanych w tym przepisie. Z przepisu nie wynika ile razy w toku badania i oceny ofert zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić wskazaną procedurę. W orzecznictwie KIO, również w piśmiennictwie przyjęto interpretację, że przepis ten dotyczy tylko jednorazowej czynności w danym zakresie. Gdyby przyjąć przeciwną interpretację przepisu, którą wskazywał odwołujący, niewątpliwie należałoby ocenić obowiązek zamawiającego w zakresie ponownego wezwania wykonawcy w kontekście zasadności takiej czynności oraz możliwości naruszenia zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W rozpoznanej sprawie wykonawca został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia nowych dokumentów lub wyjaśnień w przedmiocie nie wykazania zdolności kredytowej według opisu zawartego w siwz oraz złożył, w jego ocenie, wystarczające wyjaśnienia.

W ocenie KIO, nie można uznać, że zdolność kredytowa wykonawcy została potwierdzona na dzień wystawienia informacji lub nie później niż na dzień upływu terminu składania ofert, co jednoznacznie wynika ze wskazanych przepisów ustawy Pzp, w sytuacji gdy bank informuje, że zdolność kredytowa wykonawcy zostanie ustalona dopiero przy przyznawaniu kredytu w związku z uzyskaniem kontraktu będącego wynikiem prowadzonego przetargu. Warunki podmiotowe wykonawcy muszą być potwierdzone najpóźniej na dzień składania ofert. Wykonawca, jak oświadczył na rozprawie, nie podjął żadnych czynności związanych z uzyskaniem potwierdzenia zdolności kredytowej w wymagany sposób. Na rozprawie nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej zgodnej z wymaganiami siwz. Przyznał, że banki, które prowadzą rachunki obu firm tworzących

konsorcjum nie są w stanie potwierdzić zdolności kredytowej wykonawcy najpóźniej na dzień składania ofert w wysokości wymaganej przez zamawiającego.

Zatem, zarzut bezpodstawności wykluczenia wykonawcy z postępowania z powyżej przyczyny nie znalazł potwierdzenia w zebranych materiałach dowodowych.

Nie potwierdził się również, w ocenie KIO, drugi zarzut odwołania dotyczący wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu nie wyrażenia zgody na przedłużenia okresu związania ofertą, przez niezłożenie pisemnego oświadczenia wykonawcy w tym zakresie, żądanego w wezwaniu zamawiającego zawartym w piśmie z dnia 20 maja 2010 r. Zamawiający powołując się na treść art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp zwrócił się o przedłużenie terminu związania ofertą. Podał, że wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia zamawiającemu pisma zawierającego zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Poinformował także, że zgoda wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalna tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Odwołujący wniósł wadium w wyznaczonym terminie w kwocie 60 000,00 zł, co jest niesporne w sprawie. Nie złożył jednak pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, podając na rozprawie, że fakt ten przeoczył, ponadto uznał, że czynność wniesienia wadium zastępuje również żądaną pisemną zgodę.

Analizując treść art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, KIO, mając również na względzie orzecznictwo Izby w tym zakresie, przywołane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu, uznała, że istotnie czynność wniesienia wadium, obok swojej zasadniczej funkcji, nie może być uznana jako równoczesna czynność zastępująca wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, zwłaszcza w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, gdy zamawiający wezwał pisemnie wykonawcę do dokonania wskazanych czynności, określając wymóg pisemnego złożenia oświadczenia.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego do postępowania odwoławczego, że gwarancja ubezpieczeniowa nie stanowi wadium. Zgodnie z art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp gwarancja ubezpieczeniowa jest jedną z form wnoszonego wadium. Odwołujący nie zawarł w żądaniach co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania wydania orzeczenia w przedmiocie zwrotu wadium. Podał jedynie, że zamawiający nie zwrócił mu gwarancji ubezpieczeniowej, co stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiocie zwrotu wadium KIO podziela stanowisko Izby, potwierdzone przez komentatorów prawa cywilnego i sędziów sądów okręgowych, że wadium nie stanowi o możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez wykonawcę w danym postępowaniu, stąd orzekanie w tym zakresie należy do sądów powszechnych (m.in. wyroki KIO/UZP 449/09 i 755/09). W wyroku KIO/UZP

449/09 stwierdzono „Skład orzekający Izby wyraża również opinię, że zatrzymanie wadium przez zamawiającego w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie jest *sensu stricte* czynnością podejmowaną przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmierzającą do zakończenia tego postępowania, poprzez zawarcie umowy. Tym samym to działanie zamawiającego może być rozpatrywane w kategoriach roszczenia cywilnoprawnego, składanego do właściwego sądu powszechnego.”

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że KIO uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ponieważ odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył przepisy ustawy wykluczając wykonawcę z postępowania z powodu braku potwierdzenia zdolności kredytowej (art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) oraz z powodu braku pisemnego oświadczenia w przedmiocie wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą (art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp), KIO oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 lit. a 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).

**Przewodniczący:**

.....