

Sygn. akt: KIO 1413/10

WYROK
z dnia 22 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 lipca 2010 r. przez **HG Inwest Budowlani Kaczmarek Chmara Sp. j.; 64-800 Chodzież, ul. Buszczaka 5** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Białoград, 78-200 Białoград, ul. Wileńska 8.**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie czynności ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Białoград, 78-200 Białoград, ul. Wileńska 8 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez HG Inwest Budowlani Kaczmarek Chmara Sp. j.; 64-800 Chodzież, ul. Buszczaka 5 tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 12 440 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy czterysta czterdzieści złotych zero groszy) przez Gminę Białoград, 78-200 Białoград, ul.**

Wileńska 8 na rzecz **HG Inwest Budowlani Kaczmarek Chmara Sp. j.; 64-800 Chodzież, ul. Buszczaka 5** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koszalinie.**

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE
Do wyroku KIO 1413/10

Odwołujący, HG INWEST BUDOWLANI Kaczmarek, Chmara sp.j zgodnie z art. 180 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 zwana dalej ustawą Pzp) złożył odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegające na wykluczeniu wykonawcy z postępowania i odrzucenie oferty przez zamawiającego, którym jest Gmina Białogard 78-200 Białogard, ul. Wileńska 8 w prowadzonym postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Termomodernizacja Szkoły Podstawowej w Rogowie i Gimnazjum w Pomianowie” do realizacji projektu nr POIS.09.03.00-00-034/09-00 „Termomodernizacja obiektów użyteczności publicznej na terenie powiatów: białogardzkiego, drawskiego, kołobrzeskiego, koszalińskiego, szczecineckiego i świdwińskiego”.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu uchybienie następującym przepisom: art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 46 ust. 1 i ust. 3, art. 85 ust. 4, art. 184 ustawy Pzp.

Informację o wyniku postępowania Odwołujący uzyskał dnia 2.07.2010 r. a więc zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp został zachowany termin na wniesieni odwołania.

W uzasadnieniu Odwołujący stawia zamawiającemu następujące zarzuty faktyczne. Zamawiający wykluczył firmę Odwołującego się z postępowania i odrzucił jego ofertę stwierdzając, że oferta nie była zabezpieczona wadium mimo, że zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych po wyborze oferty najkorzystniejszej oferta nie musiała być zabezpieczona wadium ponieważ nie wybrano jej jako najkorzystniejszej.

W dniu 14.05.2010 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty PPHU „MATEXIM Weidner i wspólnicy, s.j.” w Białogardzie, ul. Królowej Jadwigi 4 jako najkorzystniejszej i o wykluczeniu odwołującego z postępowania z jednoczesnym odrzuceniem jego oferty. Od tego dnia zgodnie z nowelizacją ustawy Pzp art. 46 ust. 1 tylko oferta, która była wybrana jako najkorzystniejsza musi być zabezpieczona wadium. Obowiązek zwrotu wadium leży po stronie zamawiającego i wykonawca nie ma udziału w realizacji tego obowiązku.

W związku z naruszeniem prawa przez zamawiającego na etapie oceny ofert Odwołujący złożył odwołanie od decyzji zamawiającego z dnia 14.05.2010 r. wybierającej ofertę firmy PPHU „MATEXIM Weidner i wspólnicy, s.j.” w Białogardzie jako najkorzystniejszą z jednoczesnym wykluczeniem jego z postępowania a w konsekwencji odrzuceniem jego oferty. Odwołanie zostało w całości uznane i pismem z dnia 18.06.2010 r. Odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz do przedłużenia ważności wadium mimo, że zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający miał obowiązek niezwłocznego zwrócenia wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodnie z art.

46 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1 **jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza**. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego. Zamawiający nie zawiadomił Odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, nie miał w związku z tym prawa żądania ponownego wniesienia wadium. Mimo takiej sytuacji, z ostrożności procesowej Odwołujący wniósł ponownie, zgodnie z żądaniem zamawiającego, wadium z datą zabezpieczenia wadialnego od dnia 17 czerwca 2010 r. do dnia 16 lipca 2010 r.

Zamawiający całkowicie zignorował zapis art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, iż 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.

Zdaniem Odwołującego zamawiający nie zachował zasad uczciwej konkurencji i próbuje po raz kolejny w tym samym postępowaniu udzielić zamówienia naruszając art. 7 ust. 3 tzn. wykonawcy nie wybranemu zgodnie z zapisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zamawiający nie miał prawa wykluczyć firmy Odwołującego i odrzucić jego oferty z powodu braku wadium w okresie, w którym ustawodawca nowelizując ustawę Pzp nie przewidział konieczności zabezpieczenia wadium oferty nie wybranej jako najkorzystniejszej. Zamawiający mimo, że po uzupełnieniu oferty zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu i jego oferta była najkorzystniejsza nie wybrał jej do dnia dzisiejszego jako najkorzystniejszej.

Wskazywane czynności zamawiającego (a faktycznie zaniechanie czynności wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej) naruszają interes prawny Odwołującego gdyż jego oferta po wykonaniu czynności uzupełnienia dokumentów i po wezwaniu przez zamawiającego zabezpieczona jest dodatkowo wadium, tym samym na pewno jest złożona zgodnie z warunkami opisanymi przez zamawiającego i powinna zostać oceniona zgodnie z przyjętymi kryteriami w SIWZ a w wyniku tej oceny być wybraną jako najkorzystniejsza.

Interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia wyżej przytaczanych przepisów Prawa zamówień publicznych. Odwołujący ma interes w uzyskaniu tego zamówienia ponieważ faktycznie spełnia warunki udziału w postępowaniu i ponosi szkodę minimum w zakresie kosztów przygotowania oferty, jak także kosztów przygotowania kolejnych odwołań w wyniku nie wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym zostały spełnione przesłanki art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący żąda:

- 1) uznania odwołania,
- 2) unieważnienia czynności zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej,

- 3) powtórzenia wykonania czynności oceny ofert, dokonanie jej zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych wybierając ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą,
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W dniu 12 lipca 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie.

Zamawiający, Gmina Białogard, w wyniku prowadzonego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonania zadania pn.: „Termomodernizacja szkoły Podstawowej w Rogowie i Gimnazjum w Pomianowie” i po uznaniu, że odwołanie Wykonawcy HG BN WEST BUDOWLANI Kaczmarek, Chmara sp.j z dnia 20 maja 2010r. należy uwzględnić w całości, dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty i zgodnie z wymogami art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych, pismem z dnia 02 lipca 2010 roku poinformowała Odwołującego się, że podlega on wykluczeniu z przedmiotowego postępowania, a jego oferta odrzuceniu. Przesłanką takiego rozstrzygnięcia przez Zamawiającego było stwierdzenie faktu, że w dniach od 09 czerwca do 16 czerwca 2010 roku oferta Odwołującego nie była zabezpieczona wadium. Brak zabezpieczenia oferty wadium, zdaniem Zamawiającego, oznacza ustawowo niedopuszczalny wybór takiej oferty, tzn. Zamawiający jest zobowiązany oferenta z postępowania wykluczyć, a złożoną ofertę odrzucić (powyższe stanowisko potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 1780/09).

Mając powyższe na względzie, za zupełnie nietrafne należy uznać stanowisko Odwołującego się - wyrażone w odwołaniu wniesionym w dniu 7 lipca 2010 roku - że zgodnie z treścią znowelizowanego art. 46 ust.1 tylko oferta wybrana, jako najkorzystniejsza winna być zabezpieczona wadium, ponieważ -jak twierdzi Odwołujący - obowiązek zwrotu wadium (po dokonaniu przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty) leży po stronie Zamawiającego i Wykonawca nie ma udziału w realizacji tego obowiązku. Mając to na uwadze również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 46 ust. 3 uznać należy za nieuzasadniony. W zaistniałym bowiem stanie faktycznym Zamawiający nie zwracał Odwołującemu wadium. Wadium to utraciło swoją ważność, ponieważ upłynął termin ważności udzielonej Odwołującemu gwarancji ubezpieczeniowej (gwarancja ubezpieczeniowa Odwołującego opiewała na okres od 10 maja 2010 roku do 8 czerwca 2010 roku). A zatem obowiązki Zamawiającego względem Odwołującego, wynikające z przepisów art. 46, w tym wypadku nie mają zastosowania, tak więc Zamawiający nie mógł ich naruszyć, co skutkuje tym, że stawiane Zamawiającemu w odwołaniu zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym.

Również zarzut naruszenia, czy jak chce Odwołujący, zignorowania przez Zamawiającego art. 85 ust. 5 ustawy wydaje się niczym nieuzasadniony. Ustęp 5-ty tego artykułu brzmi: „Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert”. Zamiarem ustawodawcy, przy redagowaniu tego przepisu, była jak się wydaje, potrzeba ujednoczenia sposobu obliczania terminu związania ofertą. Jest to przepis instrukcyjny, nakazujący zarówno Zamawiającemu, jak i innym uczestnikom postępowania, obliczać w taki to a taki sposób bieg terminu związania ofertą. Ponieważ w żadnym punkcie swojego odwołania Odwołujący nie zarzuca Zamawiającemu nieprawidłowości w sposobie obliczania biegu terminu związania ofertą, to nie można Zamawiającemu postawić zarzutu naruszenia (zignorowania) tego przepisu.

W uzasadnieniu przywołanego na wstępie wyroku z dnia 26 stycznia 2010 roku Krajowej Izby Odwoławczej, skład orzekający w sposób jednoznaczny odniósł się do niemal identycznego stanu faktycznego: „Utrata ciągłości zabezpieczenia oferty wadium w tym przypadku oznacza, że oferta nie była zabezpieczona wadium w całym okresie jej związania”.(...) „Brak zabezpieczenia oferty wadium oznacza ustawowo niedopuszczalny wybór takiej oferty jako najkorzystniejszej, a zatem odwołujący się, który musi być wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art, 24. ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, nie ma szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co przesądza o niemożliwości naruszenia interesu prawnego tego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia (...)”.

Mając powyższe na względzie Zamawiający wnosi o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów niewłaściwego wykluczenia Wykonawcy odwołującego się i odrzucenia jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W wyniku wniesienia w dniu 24 maja 2010 roku odwołania przez obecnie Odwołującego się, Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. W wyniku umorzenia postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą postanowieniem z dnia 9 czerwca 2010 roku, w dniu 18 czerwca 2010 roku Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 maja 2010 roku oraz czynność odrzucenia oferty Odwołującego się i jego wykluczenia. W tym samym dniu (tj. 18 czerwca 2010 roku) Zamawiający wezwał wykonawcę HG INWEST BUDOWLANI Kaczmarek, Chmara Sp.j. (obecnie Odwołującego się) pod rygorem wykluczenia z postępowania do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres do 9 lipca 2010 roku oraz do uzupełnienia oferty o wykaz co najmniej 3 robót budowlanych polegających na wykonaniu termomodernizacji obiektów szkolnych o wartości minimum 1 000 000, 00 zł każda oraz dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wykonawcy wyznaczono termin do 23 czerwca 2010 roku. W dniu 22 czerwca 2010 roku Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dni, wniósł gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium i złożył wskazany przez Zamawiającego wykaz robót budowlanych wraz z referencjami.

W dniu 2 lipca 2010 roku Odwołujący został poinformowany o wynikach postępowania. Z otrzymanej informacji wynikało, iż jego oferta została odrzucona, a on wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ Spółka Odwołującego się nie wniósła wadium na przedłużony okres związania ofertą i w okresie od 9 do 16 czerwca 2010 roku oferta nie była zabezpieczona wadium. Jednocześnie Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego „MATEXIM” Heidner i wspólnicy Sp. j. Na taką okoliczność, w dniu

7 lipca 2010 roku, wykluczony wykonawca wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:

Zarzuty zawarte w odwołaniu zasługują na uwzględnienie.

Za całkowicie bezpodstawne należy uznać działania Zamawiającego odnoszące się do wykonawcy Odwołującego się i skutkujące odrzuceniem jego oferty w postępowaniu.

Zasady dotyczące zwracania przez Zamawiającego wadium znowelizowane zostały ustawą z dnia 5 listopada 2009 roku oraz ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku. W wyniku wprowadzonych zmian, w art. 46 ust. 1 wyrażony został obowiązek zwrotu przez Zamawiającego wadium, niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej. Wadium należy zwrócić wszystkim wykonawcom, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Nowa regulacja umożliwiła wykonawcom odzyskanie środków pieniężnych lub zwrot dokumentów gwarancji lub poręczenia do ich wystawców, co wpływało pozytywnie na ich sytuację finansową i możliwość ubiegania się o inne zamówienia. Z powyższą zmianą związana jest także zmiana art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którą obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia w związku z przedłużeniem terminu związania ofertą dotyczy **wyłącznie** wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodnie zaś z postanowieniami art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający, w przypadku rozstrzygnięcia odwołania i wyboru oferty najkorzystniejszej odwołującego się w danym postępowaniu, ma obowiązek żądania ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu po pierwotnym wyborze je zwrócono, określając jednocześnie termin na jego wniesienie.

W przedmiotowym postępowaniu nie zaistniała żadna z sytuacji opisanych powyżej.

Po wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający obowiązany jest zwrócić wadium wszystkim wykonawcom poza wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Jak stanowi przepis, jest to jego obowiązek nie zaś uprawnienie. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego zawartymi w odpowiedzi na odwołanie, że skoro Zamawiający po pierwotnym wyborze nie zwrócił Odwołującemu się wadium, to nie naruszył art. 46 ust. 3 ustawy Pzp. Takie zachowanie Zamawiającego rozpatrywać raczej należy w kategorii niestaranego prowadzenia postępowania i nieprzestrzegania przepisów powszechnie obowiązujących niż zwykłego niedopatrzania. Fakt, że Zamawiający nie zwrócił dokumentu gwarancji wadialnej, chociaż był do tego zobligowany postanowieniami art. 46 ust. 1, stanowi właśnie naruszenie tego przepisu. Jeżeli zaś Zamawiający nie wykonał nałożonych na niego przez ustawodawcę obowiązków, to z pewnością nie można z tego powodu wyciągać negatywnych konsekwencji dla wykonawców biorących udział

w postępowaniu, w tym przede wszystkim skutkującym wykluczeniem danego wykonawcy. To czy termin ważności złożonej wraz z ofertą gwarancji ubezpieczeniowej wygaś nie ma w przedmiotowej sprawie żadnego znaczenia. Termin określony w dokumencie gwarancyjnym stanowiącym wadium jest terminem maksymalnym, do którego gwarant zobowiązuje się wykonać w stosunku do Zamawiającego obowiązki wynikające z tego dokumentu. Jednakże, jak stanowi art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający zobowiązany jest zwrócić wadium innym wykonawcom bez względu na sposób (formę) jego wniesienia, stąd też określona w tym dokumencie data związania ma znaczenie drugorzędne.

Co więcej Izba pragnie zauważyć, iż w jej ocenie Zamawiający nie posiadał jakiegokolwiek podstawy prawnej do sformułowania żądania skierowanego do wykonawcy Odwołującego się, z której mógł skorzystać przy wzywaniu do uzupełnienia dokumentów żądając jednocześnie przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego. Nie stanowi tej podstawy ani art. 46 ani też art. 85 ustawy Pzp. Można byłoby uznać racje Zamawiającego, gdyby ten wezwał wykonawcę do przedłużenia terminu związania ofertą lecz nie tak było sformułowane wezwanie Zamawiającego. Zamawiający wyraźnie skierował swoje żądania na wniesienie wadium, podczas gdy nie był do tego uprawniony. Jeżeli nawet Zamawiający wezwałby do przedłużenia terminu związania ofertą, to zgodnie z brzmieniem art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia skierowany być może tylko do wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Izba stwierdza ponownie, że sytuacja ta nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu. W obecnie obowiązującym stanie prawnym, termin związania ofertą nie jest ściśle powiązany z obowiązkiem nieprzerwanego zabezpieczenia oferty wadium. Taka koniunkcja zachodzi tylko w przypadku oferty najkorzystniejszej, w przypadku której wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nastąpić musi z jednoczesnym obowiązkiem przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium. W przypadku pozostałych wykonawców możliwe jest samo wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą bez dokonywania jakichkolwiek czynności dotyczących wadium. Co więcej, z interpretacji łącznej przepisów art. 46 i 85 ustawy Pzp wynika, iż w momencie wyrażania zgody na przedłużenie terminu związania oferta, inne oferty niż najkorzystniejsza nie powinny być już zabezpieczone wadium, ponieważ Zamawiający ma obowiązek zaraz po wyborze oferty najkorzystniejszej wadium zwrócić.

W przedmiotowym postępowaniu więc, dopiero gdyby w wyniku oceny przedłożonych przez Odwołującego uzupełnionych dokumentów, Zamawiający dokonałby wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej, miałyby obowiązek wezwania do wniesienia nowego wadium lub przedłużenia ważności złożonego wraz z ofertą w wyznaczonym przez siebie

terminie. Izbie nie sposób w tym miejscu odnieść się, czy Zamawiający dokonał oceny złożonych dokumentów, czy też w ogóle ich nie analizując, stwierdził że Odwołujący podlega wykluczeniu z powodu niezabezpieczenia oferty wadium a jego oferta winna być odrzucona. Izba pragnie zwrócić również uwagę na niekonsekwencję działań Zamawiającego. W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający żądał przedłużenia ważności wadium natomiast powodem wykluczenia było nie wniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą, podczas gdy Odwołujący nie był wzywany do przedłużenia terminu związania ofertą.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia, orzeczono jak w sentencji wyroku uznając, że Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jako wykonawca, który nie wniósł wadium na przedłużony termin związania ofertą, lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy (nie zachodził obowiązek jego wzywania do wniesienia) albo nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą (do takiej czynności nie był wzywany).

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się. Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 2 440,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....