

Sygn. akt: KIO 2901/12

Sygn. akt: KIO 2905/12

Sygn. akt: KIO 2919/12

WYROK

z dnia 21 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**
Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 14 i 18 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 28 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **URS Polska Sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa,**
 - B. w dniu 28 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa**
 - C. w dniu 28 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "Energopomiar" Sp. z o.o., ul. Gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice**
- w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **ENEA Wytwarzanie S.A., Świerże Górne, 26-900 Koziencice**

przy udziale:

- A. wykonawcy **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2901/12 po stronie odwołującego,
- B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Parsons Brinckerhoff Ltd., adres dla pełnomocnika: Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2901/12, KIO 2905/12 oraz KIO 2919/12 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **URS Polska Sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2919/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. A. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę URS Polska Sp. z o.o.,

B. uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego

C. uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "Energopomiar" Sp. z o.o. i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża:

- **URS Polska Sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa**

- **ENEA Wytwarzanie S.A., Świerże Górne, 26-900 Kozienice** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **URS Polska Sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa, ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa** i **Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "Energopomiar" Sp. z o.o., ul. Gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **URS Polska Sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa** na rzecz **ENEA Wytwarzanie S.A., Świerże Górne, 26-900 Kozienice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od **ENEA Wytwarzanie S.A., Świerże Górne, 26-900 Kozienice** na rzecz **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2.4. zasądza od **ENEA Wytwarzanie S.A., Świerże Górne, 26-900 Kozienice** na rzecz **Zakładów Pomiarowo-Badawczych Energetyki "Energopomiar" Sp. z o.o., ul. Gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2901/12

Sygn. akt: KIO 2905/12

Sygn. akt: KIO 2919/12

Uzasadnienie

KIO 2901/12

Zamawiający Enea Wytwarzanie SA Świerże Górne prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji pn Budowa bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne opalanego węglem kamiennym o mocy elektrycznej netto minimum 900 MWe, maksimum 1000 Mwe w Enea - Wytwarzanie S.A. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 czerwca 2012 r. pod nr 2012/S 110 - 183286.

URS Polska sp. z o.o. wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez Wykluczenie Odwołującego z postępowania i jednocześnie zaniechanie wykluczenia z tego powodu wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą tj konsorcjum Parsons Brinckerhoff sp. z o.o. oraz Parsons Brinckerhoff Limited; naruszenie art. 24 ust 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 3 oraz art. 22 ust 1 pkt 2 - 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Parsons Brinckerhoff sp. z o.o. oraz Parsons Brinckerhoff Limited; naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy - konsorcjum Parsons Brinckerhoff sp. z o.o. oraz Parsons Brinckerhoff Limited, który podał nieprawdziwe informacje w składanej ofercie, mogące mieć wpływ na wynik postępowania, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Parsons Brinckerhoff sp. z o.o. oraz Parsons Brinckerhoff Limited ze względu na jej niezgodność z ustawą i nieważność na podstawie przepisów odrębnych, przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów” - w szczególności § 1 ust. 1 pkt 10, § 6 ust. 1, art. 14 Pzp w zw. z art. 83 § 1 i art. 58 Kc poprzez działanie zmierzające do umożliwienia zakazanego prawem dwukrotnego uzupełniania tego samego dokumentu składanego przez konsorcjum Parsons Brinckerhoff sp. z o.o. oraz Parsons Brinckerhoff Limited oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert, dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została wybrana przez

Zamawiającego tj konsorcjum Parsons Brinckerhoff sp. z o.o. oraz Parsons Brinckerhoff Limited („konsorcjum Parsons”).

Zamawiający Enea Wytwarzanie S.A. rozstrzygając postępowanie o udzielenie zamówienia wykluczył z postępowania wszystkich wykonawców, za wyjątkiem konsorcjum Parsons, które złożyło najdroższą ofertę, uznaną za najkorzystniejszą wskutek wykluczenia konkurentów.

Odwołujący URS Polska sp. z o.o. wskazał, że 11 października Zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący URS sp. z o.o. faksem, w dniu 14 października wyraził zgodę na przedłużenie terminu o wymagany okres. 15 października wysłał pocztą Zamawiającemu aneks do gwarancji wadialnej, który Zamawiający otrzymał w dniu 18 października. 17 października Odwołujący przesłał mailem Zamawiającemu informację o opłaconej gwarancji wadialnej. Odwołujący został wykluczony z postępowania. Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego. Argumentował, że zapewnił ciągłość zabezpieczenia oferty wadium, zabezpieczenie oferty nie zostało przerwane. Ponadto podnosił, że Zamawiający był informowany o przekazaniu dokumentu stanowiącego wadium za pośrednictwem operatora pocztowego. Potwierdzony i nie będący przedmiotem sporu fakt przekazania korespondencji operatorowi ustawowo wyznaczonemu do przekazywania przesyłek urzędowych, którego wiarygodność nie może być podważana nie może pozostawać bez znaczenia przy dokonywaniu wykładni oświadczeń Odwołującego. Jest więc jasne, że Odwołujący był przez cały żądany przez zamawiającego czas związany ofertą oraz że Zamawiający miał pewność iż dokument wadialny został mu przekazany, przed wygaśnięciem pierwotnego wadium.

Dodatkowo Odwołujący wskazywał na okoliczność, że w postępowaniu doszło do złożenia odwołania. W takiej sytuacji zamawiający zgodnie z art. 184 ustawy powinien wezwać wykonawców do przedłużenia ważności wadium na co najmniej 7 dni przed terminem ich ważności. Odwołujący podnosił, że w niniejszej sprawie termin ten nie został zachowany. Wezwanie do wykonawców skierowano 11 października podczas gdy wadium Wykonawcy URS opiewało na dzień 15. października. Odwołujący argumentował, że gdyby termin 7 - dniowy został zachowany - wówczas zamawiający nie miałby jakichkolwiek wątpliwości, że wadium URS wpłynęło w terminie gdyż w terminie 7 dni od wezwania dokument wadialny do zamawiającego dotarł. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuszczając się naruszenia ustawy, próbuje poprzez wykluczenie URS, skutki tego naruszenia przenieść na wykonawcę co należy uznać za niedopuszczalne.

Odwołujący podniósł także, że rygoryzm w traktowaniu oferty Odwołującego jest odmienny od sposobu oceny oferty konsorcjum Parsons. Wskazał na wady oferty wykonawcy Parsons, które w jego ocenie powinny stać się przyczyną wykluczenia tego wykonawcy z

postępowania.

Zamawiający w SIWZ sformułował warunek by wykonawca posiadał ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż 15.000.000 PLN (pkt 5.1.3.2 SIWZ). W celu potwierdzenia spełnienia warunku wykonawca winien złożyć dokumenty wskazane 6.6.2 SIWZ tj. opłaconą polisę potwierdzającą posiadanie ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności. W ofercie Konsorcjum Parsons złożono na stronie 72 dokument wystawiono dla Ubezpieczonego - Parsons Brinckerhoff sp. z o.o. Odwołujący podniósł, że jest to dokument, który nie jest polisą, a zapowiada jej wystawienie. Tym samym dokument ten nie może być uznany za spełniający wymogi rozporządzenia w sprawie dokumentów. Odwołujący wskazywał okoliczność, że z treści tego dokumentu oraz z treści dowodu zapłaty zamieszczonego na str. 73 oferty wynika, że polisa nie tylko może być ale wręcz została wystawiona, a tym samym to polisa a nie inny dokument powinna zostać złożona.

W pkt 5.1.3.3. SIWZ Zamawiający postawił warunek, aby wykonawcy przedstawili dokument, z którego będzie wynikało, że osiągają przychody (co najmniej 40 mln zł średniorocznie w ostatnich 3 latach obrotowych) z działalności operacyjnej. W ofercie konsorcjum Parsons złożono na str. 78 - 107 złożono sprawozdania finansowe Parsons Brinckerhoff Ltd. Odwołujący podniósł, że żadne ze sprawozdań nie potwierdza, że wykazywane w nich przychody pochodzą z działalności operacyjnej, czego żądał zamawiający.

W pkt 5.1.4 SIWZ zamawiający sformułował warunek posiadania wiedzy i doświadczenia. Wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy wykażą że wykonali należycie co najmniej jedną usługę obejmującą pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w całym zakresie realizacji inwestycji polegającej na budowie bloku energetycznego opalanego węglem kamiennym lub brunatnym o mocy co najmniej 400 MWe (w tym: kotła lub turbiny) w elektrowni lub elektrociepłowni, przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności Wykonawcy jest krótszy, to w tym okresie. W ofercie wykonawcy Parsons wskazano na str. 109 - 110 (wykaz) dwie pozycje, które miały potwierdzać spełnienie warunku. Odwołujący podniósł, że wskazane w pozycji nr 1, doświadczenie nie dotyczy budowy lecz modernizacji bloku istniejącego. Tym samym nie może być ona uznana za potwierdzającą spełnienie warunku. W pozycji nr 2 - wskazano roboty przy inwestycji Kogan Creek Power Station, nie wspominając, iż nie jest to doświadczenie uzyskane przez któregokolwiek z konsorcjantów ubiegających się o zamówienie. Odwołujący podniósł, że wykaz zatytułowano w sposób wprowadzający w błąd. Wskazano, że jest to doświadczenie *Parsons Brinckerhoff*. Po wyjaśnieniach okazało się, że doświadczenie to należy do Parsons Brinckerhoff Australia PTY Limited - a więc podmiotu trzeciego i po wyjaśnieniach złożono zobowiązanie do

udostępnienia tego potencjału. Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, podnosząc, że tak sformułowany wykaz jest podaniem informacji nieprawdziwych, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania, a intencjonalność tego działania wynika wprost z wspomnianego opisanego wykazu nazwą niedookreślającą dokładnie posiadacza doświadczeń.

Odwołujący sformułował także zarzut, że do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wykonanie przedmiotu zamówienia stanowiącego doświadczenie, na które powołuje się konsorcjum Parsons, zamawiający wezwał w/w konsorcjum dwukrotnie. Pierwszy raz w dniu 9.11, uzyskując w odpowiedzi na wezwanie kopię dokumentu (referencji dla Parsons Brickenhoff PTY Australia) potwierdzoną nie przez ten podmiot, lecz pełnomocnika konsorcjum - p. Witolda Rusina, który od Parsons Brickenhoff PTY Australia pełnomocnictwa do tej czynności nie posiadał. W ocenie Odwołującego uzupełniono w ten sposób dokument bez zachowania wymaganej formy. Kolejne wezwanie do uzupełnienia dokumentu nastąpiło w oparciu o § 6 ust 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów tj. zamawiający wezwał wykonawcę Parsons do złożenia oryginału. W ocenie Odwołującego wezwanie to jest czynnością pozorną, zgodnie z zamiarem stron mającą sanować wadę poprzedniego uzupełnienia. Odwołujący stwierdził bowiem, że nie ma jakichkolwiek podstaw by wątpić w autentyczność a tym bardziej podważać czytelność złożonej kopii. Zdaniem Odwołującego jest to czynność nieważna i naruszająca art. 83 § 1 Kc, a tym samym art. 14 Pzp. Odwołujący sformułował twierdzenie, że czynności zamawiającego i wykonawcy należy też zakwalifikować jako czynności nieważne na podstawie art. 58 Kc jako zmierzające do obejścia prawa.

Odwołujący wskazał także na naruszenie art. 26 ust. 2b w tym zakresie oraz pkt 6.7.2 SIWZ nakazującego by podmiot udostępniający zasoby uczestniczył w realizacji zamówienia, stosownie do udostępnianego potencjału. Zamawiający przyjął wyjaśnienia wykonawcy (z dnia 7.12), że uczestnictwo podmiotu udostępniającego doświadczenie będzie polegało na konsultacjach oraz udostępnieniu osób. Odwołujący wskazał, że udział osób, nie jest tym samym co udział podmiotu udostępniającego potencjał w realizacji zamówienia. Tym samym wymóg uczestnictwa podmiotu nie jest wykazany. Ponadto Odwołujący podniósł, że wiarygodność udziału osób które nabyły doświadczenie przy realizacji zamówienia dot. Kogan Creek Power Station jest niewykazana, gdyż Wykonawca wskazał do realizacji zamówienia zupełnie inne osoby. Stąd trudno uznać, że Zamawiający może się spodziewać udziału tych osób, które deklaruje Konsorcjum Parsons w imieniu Parsons Brickenhoff PTY Australia. Odwołujący podniósł, że konsultacje nie są uczestnictwem w realizacji zamówienia (umowy wykonywanej na rzecz zamawiającego) lecz odrębną czynnością konsultanta dla wykonawcy. Tym samym Odwołujący podniósł, że wymóg uczestnictwa żądany przez zamawiającego nie jest spełniony.

Zamawiający żądał by wykonawcy dysponowali 21 osobami wskazanymi w pkt 5.4.1.2 SIWZ. Odwołujący podniósł, że Wykonawca Parsons nie dysponuje takimi osobami. W szczególności, zdaniem Odwołującego, nie wykazano czy p. M..... C..... posiada doświadczenie wymagane w SIWZ, gdyż brak jest informacji czy wskazywany blok energetyczny opalany był węglem kamiennym lub brunatnym. Nie wynika też, czy został przekazany do eksploatacji. Ponadto wykonawca Parsons nie dysponował w/w osobą, ani inną osobą na to stanowisko, ponieważ na dzień składania ofert posiadało jedynie zobowiązanie warunkowe wskazujące iż dysponowanie może nastąpić „po uzgodnieniu warunków”.

Odwołujący wskazywał także, że nie wiadomo, czy p. J..... P..... posiada doświadczenie wymagane w SIWZ, gdyż brak jest wiedzy czy wskazane projekty dotyczyły realizacji inwestycji polegającej na budowie bloku energetycznego. Brak też wiedzy czy wskazane bloki zostały przekazane do eksploatacji, oraz czy blok z poz. 2 i 3 jest opalany węglem kamiennym lub brunatnym. Brak wiedzy jaka jest moc bloku wskazanego w poz. nr 2

Odwołujący wskazywał także, że nie wiadomo, czy p. Z..... P..... posiada doświadczenie wymagane w SIWZ, gdyż brak wiedzy czy wskazane uprawnienia są uprawnieniami do kierowania. Nie ustalono też czy wskazane projekty zostały przekazane do eksploatacji. Brak podanej mocy Zielonego Bloku w Połańcu i tym samym wiedzy czy potwierdza spełnienie warunku.

Odwołujący wskazywał także, że nie wiadomo, czy p. T..... K..... posiada doświadczenie oraz kwalifikacje wymagane w SIWZ gdyż brak wiedzy o nr uprawnień oraz brak uprawnień wymaganych dla telekomunikacji radiowej, a te zawierają się w warunku sformułowanym wobec osoby, o której mowa w tym pkt SIWZ w lit h. Brak wykazania że doświadczenie nabyto przy realizacji inwestycji polegającej na budowie bloku energetycznego opalanego węglem kamiennym lub brunatnym. Brak też informacji czy blok przekazano do eksploatacji, co w związku z tym że nadzór inwestorski trwa nadal powinno budzić wątpliwości.

Odwołujący wskazywał także, że nie wiadomo, czy p. J..... B..... posiada doświadczenie wymagane w SIWZ, gdyż nie wykazano czy blok przekazano do eksploatacji.

Odwołujący wskazywał także, że nie wiadomo, czy p. A..... C..... posiada doświadczenie wymagane w SIWZ, gdyż nie wykazano czy w ramach wskazanego projektu pełnił funkcję w zakresie nadzoru inwestorskiego.

Odwołujący wskazywał także, że nie wiadomo, czy p. Z..... S..... posiada doświadczenie wymagane w SIWZ, gdyż nie wykazano czy blok przekazano do eksploatacji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w stosunku do niektórych osób Zamawiający zwracał się już o uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wskazując na zakres informacji jakie były w odniesieniu do każdej z tych osób wymagane w SIWZ.

Odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy Parsons, oświadczenia złożone przez tego

wykonawcę, a także potwierdzenie za zgodność z oryginałem wszystkich dokumentów są dokonane przez osoby nieuprawnione, a tym samym oferta jest nieważna na podstawie przepisów odrębnych poprzez działanie bez umocowania. Jednocześnie przepisy o zamówieniach publicznych nie umożliwiają sanowania takiej czynności w oparciu o art. 103 i 104 Kc. Ponadto zgodnie z art. 23 ust 1 wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie winni ustanowić pełnomocnika. Jego brak powoduje iż oferta jest niezgodna z ustawą. Pełnomocnictwo dla p. W..... R..... od Parsons Brinckerhoff sp. z o.o oraz Parsons Brinckerhoff Ltd zostało udzielone, w imieniu Parsons Brinckerhoff Ltd, przez podpisujących się jako dyrektorzy Spółki p. S..... D..... B..... oraz p. S..... J..... R..... Z dokumentu z rejestru Spółek tłumaczenie na str. 19 oferty), nie wynika, że p. R..... jest dyrektorem Spółki. Nie wynika też zasada reprezentacji. Tym samym Odwołujący wskazał, że nie wykazano czy p. B..... mógł działać w jej imieniu jednoosobowo udzielając pełnomocnictwa. Wadliwie podpisana oferta powoduje konieczność jej odrzucenia.

Odwołujący podniósł także, że p. W..... R..... nie podpisał oferty w imieniu Konsorcjum. Pełnomocnictwo otrzymał bowiem jako osoba fizyczna, bez związku z pełnioną funkcją lub zajmowanym stanowiskiem. Sposób podpisania oferty zdaniem Odwołującego potwierdza, że p. W..... R..... złożył ofertę jako Dyrektor Parsons Brinckerhoff sp. z o.o., a więc jednego podmiotu. Tym samym, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum Parsons powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

KIO 2905/12

Odwołujący: ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. (zwany dalej Odwołujący lub ILF) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz wyborze oferty wykonawcy - konsorcjum firm w składzie: Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o. oraz Parsons Brinckerhoff Limited jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 punkt 2, w związku z art. 85 ust. 4 Ustawy PZP poprzez jego zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo, że Odwołujący zapewnił jednocześnie i nieprzerwane zabezpieczenie złożonej oferty wadium w całym okresie przedłużonego terminu związania ofertą, w szczególności poprzez wydłużenie terminu ważności wadium do dnia 19 lutego 2013 r., art. 91 ust. 1 Ustawy PZP poprzez wybór oferty konsorcjum firm w składzie: Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Parsons Brinckerhoff Limited z siedzibą w Newcastle - jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Odwołującego - wobec braku podstaw do wykluczenia Odwołującego - stanowi ofertę najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia

Odwołującego z postępowania i wyboru oferty Konsorcjum Parsons Brinckerhoff - jako oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Jako podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 punkt 2 w związku z art. 85 ust. 4 Ustawy PZP. Uzasadnieniem faktycznym był brak zabezpieczenia oferty Odwołującego odpowiednim wadium w całym przedłużonym okresie związania tą ofertą. Zamawiający wskazał, że przedłużony termin związania ofertą upływa w dniu 25 grudnia 2012 r., natomiast wadium zabezpieczające ofertę Odwołującego jest ważne do dnia 18 grudnia 2012 r.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 11 grudnia 2012 r., (otrzymanym przez Zamawiającego w oryginale w dniu 12 grudnia 2012 r.), przedłożył dodatkowe oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz Zmianę nr 2 do Gwarancji Przetargowej nr BOFH12003503GRAA/ z dnia 6 grudnia 2012 r., na mocy której okres ważności oferty, w tym wadium został wydłużony do dnia 19 lutego 2013 r. Odwołujący argumentował, że w wyżej wymieniony sposób zapewnił nieprzerwane utrzymanie ważności wadium w całym przedłużonym okresie związania ofertą.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, twierdzenie Zamawiającego o braku dodatkowych dokumentów dotyczących wadium mijają się z prawdą. Tym samym Odwołujący stwierdził, że wykluczenie go z postępowania nie było zasadne i nie znajduje podstaw w obowiązujących przepisach prawa zamówień publicznych.

Odwołujący argumentował, że za prawidłowe zabezpieczenie interesów Zamawiającego uznawane jest wniesienie wadium nie tylko w sposób wymagany przepisami Ustawy PZP, ale również w sposób w pełni umożliwiający jego realizację (zatrzymanie lub uzyskanie sumy wadialnej) w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Ustawy PZP. Wymogi te bezsprzecznie zostały spełnione w przedmiotowej sprawie, gdyż oferta Odwołującego była skutecznie zabezpieczona wadium w całym okresie terminu jej związania. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, wykluczenie go z postępowania odbyło się z naruszeniem przepisów Ustawy PZP.

W konsekwencji wykluczenia Odwołującego z postępowania, Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty Konsorcjum Parsons Brinckerhoff jako oferty najkorzystniejszej. Zaniechanie wykluczenia Odwołującego z postępowania winno natomiast skutkować wyborem oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, bowiem spośród ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczenia oferta Odwołującego stanowi ofertę najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonanie zaś wyboru oferty Konsorcjum PARSONS BRINCKERHOFF jako oferty najkorzystniejszej, zdaniem Odwołującego, w sposób rażący

godzi w zasadę celowości ustawy Prawo Zamówień Publicznych albowiem zaofertowana przez ww. Konsorcjum cena znacząco przekracza kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację niniejszego zamówienia.

KIO 2919/12

Odwołujący „Energopomiar” sp z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu: naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 4 Pzp. poprzez dokonanie czynności polegającej na bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego z Postępowania; naruszenie art. 184 Pzp. poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium: c. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. poprzez niezapewnienie w Postępowaniu zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w następstwie bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z Postępowania;

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez konsorcjum w składzie Parsons Brinckerhoff sp. z o.o. oraz Parsons Brinckerhoff Limited jako oferty najkorzystniejszej; unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania; ponownego dokonania czynności oceny i wyboru ofert; wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Termin składania ofert upływał 17 sierpnia 2012 r. Termin związania ofertą wynosił 60 dni, a jego bieg rozpoczynał się wraz z upływem terminu składania ofert. W związku z powyższym pierwotny termin związania ofertą upływał w dniu 15 października 2012 r. Jednocześnie wykonawcy zostali zobowiązani do wniesienia wadium, które w przypadku wadium wnoszonego w formie niepieniężnej, powinno było zachowywać ważność przez cały okres, w którym wykonawcy byli związani ofertą. W wykonaniu tego zobowiązania Odwołujący przedstawił gwarancję przetargową nr 61/2012 wystawioną w dniu 9 sierpnia 2012 r. przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. ważną do 18 października 2012 r., zwaną dalej "Gwarancją". 12 września 2012 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o złożeniu w w dniu 10 września 2012 r. odwołania przez jednego z wykonawców - ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. i wezwał Odwołującego do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zamawiający poinformował również Odwołującego, że zgodnie z art. 182 ust. 6 Pzp bieg terminu związania ofertami ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Krajówką Izbę Odwoławczą orzeczenia w sprawie. Odwołujący nie przystąpił do postępowania odwoławczego. 21 września 2012 r. KIO postanowieniem o sygn. KIO 1916/12 umorzyła postępowanie odwoławcze, na skutek uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez Zamawiającego.

11 października 2012 r. Zamawiający zwrócił się na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp do

Odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni. W przypadku wyrażenia zgody Zamawiający poprosił Odwołującego o jednoczesne przedłużenie okresu wadium albo, jeżeli nie było to możliwe, o wniesienie nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Pismem z 12 października 2012 r., doręczonym do Zamawiającego 15 października 2012 r., Odwołujący poinformował Zamawiającego o przedłużeniu okresu związania ofertą o 60 dni oraz o jednoczesnym przedłużeniu okresu ważności wadium. Dołączył do pisma aneks nr 1 do Gwarancji z dnia 12 października 2012 r., zgodnie z którym Bank Polska Kasa Opieki S.A. przedłużył termin obowiązywania Gwarancji z dnia 18 października 2012 r. do dnia 21 grudnia 2012 r. Działając na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp., Odwołujący wysłał 13 grudnia 2012 r. do Zamawiającego kolejne pismo, doręczone Zamawiającemu w dniu 14 grudnia 2012 r., w którym oświadczył, iż przedłuża termin związania ofertą do dnia 15 stycznia 2013 r. oraz przedłuża okres ważności wadium również do dnia 15 stycznia 2013 r. Odwołujący dołączył do pisma aneks nr 2 do Gwarancji z dnia 12 grudnia 2012 r., zgodnie z którym Bank Polska Kasa Opieki S.A. przedłużył termin ważności Gwarancji do 15 stycznia 2013 r.

19 grudnia 2012 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację, że jako oferta najkorzystniejsza w Postępowaniu została wybrana oferta złożona przez konsorcjum w składzie Parsons Brinckerhoff sp. z o.o. oraz Parsons Brinckerhoff Limited - jako jedyna oferta, która została złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z Postępowania. Oferta wybranego wykonawcy była droższa od oferty Odwołującego o ponad 33 miliony zł i o blisko 7 mln zł wyższa od kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. w zw. z art. 85 ust. 4 Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że w związku z odwołaniem ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o., pierwotny termin związania ofertami upływał 26 października 2012 r., a przedłużony (o 60 dni) termin związania ofertami upływa natomiast 25 grudnia 2012 r. Następnie Zamawiający przypomniał, że termin ważności gwarancji wadialnej dołączonej do oferty Odwołującego upływał 18 października 2012 r., a doręczony Zamawiającemu oryginał aneksu do gwarancji wadialnej przedłużył jej ważność do 21 grudnia 2012 r. Zamawiający dodał, że "po tym dniu Wykonawca [Odwołujący] nie przesłał Zamawiającemu żadnych dodatkowych dokumentów dot. wadium.". Odwołujący podniósł, że ostatnie twierdzenie Zamawiającego nie jest zgodne z prawdą. W rezultacie, w ocenie Zamawiającego, należało uznać, iż Gwarancja nie zabezpiecza oferty Odwołującego na pełen przedłużony okres związania ofertą, co w świetle ww. przepisów Pzp. stanowiło podstawę do wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Odwołujący podniósł, że „wbrew dokonanej przez Zamawiającego ocenie, Gwarancja zabezpiecza ofertę Odwołującego na pełen przedłużony okres związania ofertą (a nawet,

zgodnie z decyzją Odwołującego, na okres dłuższy). W dacie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania, tj. 19 grudnia 2012 r., Odwołujący realnie posiadał zabezpieczenie swojej oferty wadium, którego okres przedłużył do 21 grudnia 2012 r. na prośbę Zamawiającego. Ponadto Zamawiający dysponował dokumentem, zgodnie z którym ważność Gwarancji upływała w dniu 15 stycznia 2013 r., a więc wadium zachowywało ważność przez cały okres, w którym Odwołujący był związany ofertą, tj. co najmniej do 25 grudnia 2012 r.” Odwołujący podnosił także okoliczności, iż aneks przedłużający ważność Gwarancji dotarł do Zamawiającego przed upływem przedłużonego terminu ważności Gwarancji, a tym samym została zachowana ciągłość zabezpieczenia oferty wadium w całym okresie związania złożoną ofertą. Argumentował, że żaden przepis Pzp nie zabraniał Odwołującemu, w przypadku przedłużenia pierwotnego okresu ważności wadium na okres krótszy niż termin związania ofertą, przedłużyć następnie wadium na dalszy okres. Podkreślał, że oferta Odwołującego w dacie dokonywania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej pozostawała zabezpieczona wadium, spełniając w ten sposób nadrzędny cel dyspozycji art. 85 ust. 4 Pzp. i zabezpieczając interesy Zamawiającego.

Odwołujący stoi na stanowisku, że wynikający z art. 85 ust. 4 Pzp. wymóg jednoczesnego przedłużenia okresu związania ofertą wraz z wniesieniem wadium na przedłużony okres związania ofertą należy interpretować w sposób celowościowy.

Odwołujący argumentował także, że żaden przepis Pzp. nie zabrania wykonawcy, w przypadku przedłużenia pierwotnego okresu ważności wadium na okres krótszy niż termin związania ofertą, przedłużyć go następnie na dalszy okres. Przyjęcie innego rozwiązania stanowiłoby przykład skrajnego formalizmu, niemającego żadnego uzasadnienia w przepisach prawa zamówień publicznych i wartościach, które za nim stoją.

Wyjaśnił także, że Zamawiający nigdy nie poinformował Odwołującego o dacie ogłoszenia przez KIO orzeczenia w sprawie z odwołania ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. (Odwołujący nie miał obowiązku przystąpienia do postępowania odwoławczego), a tym samym, ile trwał okres zawieszenia terminu związania ofertą. Odwołujący dowiedział się o dacie rozstrzygnięcia KIO po tym, jak poinformował Zamawiającego o przedłużeniu okresu związania ofertą o 60 dni oraz o jednoczesnym przedłużeniu okresu ważności wadium do dnia 21 grudnia 2012 r.

Odwołujący podkreślał, że istota wadium polega na tym, że ma ono zabezpieczać interesy zamawiającego do dnia zawarcia umowy w przypadku wybrania oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą. Odwołujący podniósł, że w Postępowaniu w dacie wyboru oferty najkorzystniejszej (19 grudnia 2012 r.) Zamawiający był w posiadaniu ważnego wadium, Zamawiający dysponował dokumentem przedłużającym okres ważności wadium do 15 stycznia 2013 r., co oznacza, że do dnia upływu ważności wadium (tj. do dnia 15 stycznia

2013 r. włącznie) Zamawiający mógł zrealizować swoje uprawnienia w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a czy art. 46 ust. 5 Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę na jeszcze jedną okoliczność. W uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania Zamawiający wskazał, że po wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (o 60 dni) oraz przedłużeniu okresu wadium (do 21 grudnia 2012 r.), co nastąpiło w dniu 15 października 2012 r., Odwołujący "nie przesłał Zamawiającemu żadnych dodatkowych dokumentów dot. wadium". Zdaniem Odwołującego, wynika stąd, iż Zamawiający dopuszczał działanie ze strony Odwołującego polegające na przedłużeniu okresu ważności wadium. W ocenie Odwołującego, należy uznać, iż Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z Postępowania poprzez błędne uznanie, iż Gwarancja nie zabezpieczała oferty Odwołującego na pełen przedłużony okres związania ofertą, co faktycznie nie miało miejsca, a wniesione i skutecznie przedłużone wadium w sposób realny i nieprzerwany zabezpieczało interes Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu naruszenie art. 184 Pzp. Mając na uwadze, że pierwotny okres ważności Gwarancji upływał 18 października 2012 r., czyniąc zadość dyspozycji art. 184 Pzp., Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do przedłużenia Gwarancji najpóźniej 10 października 2012 r. Zamawiający tego nie uczynił, ponieważ podstawą wezwania uczynił art. 85 ust. 2 Pzp., a nie art. 184 Pzp. Zamawiający zwrócił się bowiem do Odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni, a w konsekwencji dopiero o przedłużenie okresu ważności wadium. Powyższe uchybienie, zdaniem Odwołującego, miało istotne konsekwencje w Postępowaniu. W przypadku gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 184 Pzp. miał on pełne prawo oczekiwać, że Zamawiający wskaże wówczas konkretny okres ważności Gwarancji (np. 25 grudnia 2012 r.), którego wymaga w Postępowaniu w związku z przedłużonym terminem związania ofertami.

Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. W ocenie Odwołującego, Zamawiający wykluczając z Postępowania Odwołującego nie tylko naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 4 Pzp., ale też - w następstwie tego naruszenia - złamał zasadę równego traktowania wykonawcy oraz prowadzenia postępowania w sposób respektujący zasady uczciwej konkurencji, a tym samym naruszył również art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Bezzasadne wykluczenie wykonawcy zawsze narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób respektujący zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego, Zamawiający dopuścił się również naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. poprzez wybór oferty najmniej korzystnej przy jednocześnie błędnej ocenie, iż oferta Odwołującego, oraz innych wykonawców, nie będzie podlegała "merytorycznemu" rozpoznaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

KIO 2901/12

Odwołanie o sygnaturze KIO 2901/2012 nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Odwołujący URS sp. z o.o. posiada interes we wniesieniu odwołania. Złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a więc miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Został wykluczony z postępowania, a tym samym poniósł szkodę. Odwołujący kwestionował także dokonanie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty wykonawcy Parsons, która zawierała cenę przewyższającą kwotę, jaką zaoferował Odwołujący. W ocenie Izby art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy możliwości wniesienia środków ochrony prawnej, a zatem możliwości wniesienia odwołania. Jak wskazano powyżej, Odwołujący spełnia każdą z przesłanek wymienionych w art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych determinującą możliwość wniesienia odwołania. Należy uznać, że wykonawca, który podnosi zarzuty w odniesieniu do czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu go z postępowania i w odniesieniu do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy, posiada również możliwość podniesienia zarzutów wobec tych czynności Zamawiającego, bowiem każda z tych czynności stanowi przeszkodę uniemożliwiającą uzyskanie zamówienia przez Odwołującego.

Zamawiający wykluczył Odwołującego URS Polska sp. z o.o. z uwagi na brak zabezpieczenia oferty wadium na przedłużony okres związania ofertą. Odwołujący uznał wykluczenie za nieskuteczne, twierdząc, że oferta była przez cały okres związania ofertą zabezpieczona wadium.

Termin zabezpieczenia oferty Odwołującego wadium upływał w dniu 15 października 2012r., a kolejny dokument, przedłużający zabezpieczenie wadium, Odwołujący przedstawił Zamawiającemu 18 października 2012r., natomiast skan tego dokumentu przesłany został Zamawiającemu dzień wcześniej, tj. 17 października 2012r.

W celu wyjaśnienia, czy postępowanie Zamawiającego może zostać uznane za prawidłowe, wyjaśnienia wymaga istota instytucji wadium. Wadium jest instytucją zabezpieczającą ofertę. Zabezpieczenie to musi być realne, a warunek ten zapewniany jest poprzez:

1. Postawienie przez ustawę wymogów co do formy, w jakiej wadium może zostać wniesione – wadium może zostać skutecznie wniesione wyłącznie w jednej z form, jakie przewiduje ustawa Prawo zamówień publicznych.
2. Postawienie przez ustawę wymogu, aby wadium zabezpieczało cały okres związania ofertą, przy czym wymóg ten jest niezależny od formy, w jakiej wadium zostało

wniesione

Celem instytucji wadium jest doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający w każdej chwili, przez cały okres związania ofertą, posiadać będzie rzeczywistą możliwość zaspokojenia z wadium. Jest to element kluczowy. Za prawidłowo wniesione może zostać uznane tylko takie wadium, które umożliwi Zamawiającemu skorzystanie z wadium. Nawet więc ustanowienie wadium przez wykonawcę, jednakże bez przekazania Zamawiającemu odpowiednich instrumentów (np. stosownych dokumentów, które umożliwiłyby skorzystanie z wadium), nie może zostać uznane za skuteczne ustanowienie wadium zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający musi bowiem przez cały okres związania ofertą dysponować wszelkimi elementami niezbędnymi do skutecznego skorzystania z zabezpieczenia, jakie stanowi wadium. Jest to wymóg kluczowy, gdyż immanentną cechą wadium jest jego realność.

Brak realnej możliwości zaspokojenia z wadium powoduje, że Zamawiający w istocie nie dysponuje wadium.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający pozbawiony był realnej możliwości skorzystania z wadium.

Nie została zachowana podstawowa funkcja wadium. Ostatnim dniem, w którym Zamawiający dysponował wadium był 15 października 2012r., gdyż tego dnia upływał okres gwarancji, przedstawionej przez Odwołującego. Oryginał kolejnego dokumentu gwarancji Odwołujący nadesłał dopiero w dniu 18 października 2012r. Oznacza to, że przez co najmniej dwa dni (16 i 17 października 2012r.) Zamawiający pozbawiony był możliwości skorzystania z wadium, gdyż nie dysponował żadnym dokumentem, który by mu to umożliwiał. W dniu 16 października 2012r. Zamawiający nie dysponował żadnym dokumentem umożliwiającym zaspokojenie z wadium. Przesłany Zamawiającemu w dniu 17 października 2012r. skan aneksu do gwarancji wadialnej także takiej możliwości nie zapewniał, gdyż możliwość tę daje tylko oryginał dokumentu, a ten Zamawiający uzyskał dopiero 18 października 2012r. Oznacza to, że w tych dniach Zamawiający nie mógł realnie zaspokoić się z wadium, a więc Odwołujący wniósł wadium z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie zapewnił ciągłości realnego pokrycia wadium przez cały okres związania ofertą. Powyższego ustalenia nie zmienia fakt, że doręczony Zamawiającemu aneks do gwarancji wadialnej obejmował okres poprzedzający doręczenie tego aneksu Zamawiającemu. Kluczowa jest bowiem okoliczność, że ponieważ Zamawiający przez okres 2 dni nie dysponował oryginałem tego dokumentu, przez okres tych 2 dni pozbawiony został realnej możliwości skorzystania z wadium. Tym samym nie sposób uznać, że wadium zostało przez Odwołującego prawidłowo wniesione. Zatem Izba uznała, iż istniała podstawa do wykluczenia wykonawcy URS Polska sp. z o.o. z postępowania.

Odwołujący podniósł, że w ofercie wykonawcy Parsons brak jest wymaganej w SIWZ polisy

potwierdzającej posiadanie ubezpieczenia.

Izba ustaliła, że wykonawca Parsons złożył w ofercie dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawodowej Parsons Brinckerhoff sp. z o.o. wystawiony przez ubezpieczyciela Generali T.U. S.A. Izba ustaliła także, że obok tego dokumentu złożono potwierdzenie opłacenia składki. Przedstawiono także dokument ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawodowej wykonawcy Parsons Brinckerhoff Ltd. Izba uznała, że złożony dokument jest wystarczający do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca ma bowiem możliwość przedstawienia dokumentu, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie wymaganego przez Zamawiającego warunku. Odwołujący nie wykazał aby obok dokumentu, jaki został złożony w ofercie wykonawcy Parsons wystawiany był także dokument polisy OC. Z tego też względu Izba nie uwzględniła zarzutu.

Izba uznała także za bezpodstawny zarzut dotyczący przedstawienia przez wykonawcę Parsons informacji nieprawdziwych.

Izba ustaliła, że wykonawca ten przedstawił w ofercie wykaz zrealizowanych usług. Wskazał w tytule wykazu, iż usługi wykonał Parsons Brinckerhoff – bez wskazywania, gdzie siedzibę ma ten podmiot i w jakiej formie prawnej prowadzi działalność. Załączone do oferty referencje w zakresie projektu Kogan Creek Power Station również były wystawione na Parsons Brinckerhoff, bez wskazania siedziby i formy prawnej tego podmiotu. Zdaniem Odwołującego, formułując w ten sposób treść wykazu zrealizowanych usług, wykonawca Parsons podał informacje nieprawdziwe, gdyż projekt Kogan Creek Power Station realizowany był przez Parsons Brinckerhoff Australia PTY Limited, który to podmiot nie był członkiem konsorcjum, które złożyło ofertę w niniejszym postępowaniu. Zdaniem Izby, o ile można uznać, że wykaz prac złożony przez wykonawcę Parsons był nieprecyzyjny, o tyle nie można uznać, że zawiera on informacje nieprawdziwe. Wykluczenie związane ze składaniem nieprawdziwych informacji ma miejsce w sytuacji, gdy wykonawca przedstawił informacje nieprawdziwe oraz gdy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Informacje nieprawdziwe, to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym. Trudno uznać, że wykonawca Parsons przedstawił informacje nieprawdziwe, gdyż wymieniony w wykazie prac projekt Kogan Creek Power Station faktycznie realizowany był przez Parsons Brinckerhoff, tyle tylko, że nie był to członek konsorcjum, a Parsons Brinckerhoff Australia PTY Limited. Złożony wykaz nie zawierał więc informacji nieprawdziwej, a informację nieprecyzyjną, gdyż nie zawierał informacji, że projekt ten realizował podmiot nie będący członkiem konsorcjum. Sprezycowanie tego wykazu i wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości związanych z jego treścią zostało dokonane przez Zamawiającego w trybie uzupełnienia przez wykonawcę Parsons dokumentów załączonych do oferty.

W nawiązaniu do wykazywanej przez wykonawcę Parsons usługi na rzecz Kogan Creek Power Station, Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 83 §1 kc oraz art. 58 kc, poprzez podjęcie przez Zamawiającego działań zmierzających do umożliwienia wykonawcy Parsons dwukrotnego uzupełnienia tego samego dokumentu. Ponadto Odwołujący podniósł, że pełnomocnik konsorcjum Parsons nie był uprawniony do poświadczenia zgodności z oryginałem dokumentu referencyjnego wystawionego przez Kogan Creek Power Station, gdyż dokument ten pochodzi od podmiotu trzeciego, nie będącego członkiem konsorcjum.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego są bezzasadne.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut dwukrotnego wezwania wykonawcy Parsons przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego doświadczenie, na które powoływał się ten wykonawca. Zamawiający bowiem dokonał dwóch rodzajów czynności: wezwał wykonawcę Parsons do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie wezwał wykonawcę Parsons do złożenia oryginału dokumentu. Zamawiający wyjaśnił, że wezwanie to spowodowane było faktem, iż przedłożona kopia dokumentu nie była w pełni czytelna.

W zakresie zarzutu nieuprawnionego poświadczenia zgodności z oryginałem dokumentu podnieść należy, że rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w § 6 stanowi, że dokumenty dotyczące spełnienia warunków mogą być poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz w przypadku podmiotów, na potencjale których wykonawca polega, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty. Zatem w sytuacji, gdy Pan W..... R..... występujący jako pełnomocnik konsorcjum (a więc wykonawcy w niniejszym postępowaniu) poświadczył zgodność z oryginałem dokumentu referencyjnego pochodzącego od Kogan Creek Power Station, nie można uznać, że nie zostały dochowane wymagania formalne, określające poświadczenia zgodności z oryginałem dokumentów. Skoro wykonawca (działający przez swoich przedstawicieli) uprawniony jest do poświadczania zgodności z oryginałem dokumentów pochodzących od podmiotów, na których potencjale wykonawca ten polega, to takiego poświadczenia może w szczególności dokonać pełnomocnik wykonawcy stanowiącego konsorcjum i tak się stało w niniejszym postępowaniu. Bezpodstawne jest więc twierdzenie, że wykonawca Parsons nie spełnił warunku udziału w postępowaniu polegającym na wykazaniu doświadczenia. W ocenie Izby nie potwierdziły się twierdzenia Odwołującego o braku podstaw do podważania przez Zamawiającego czytelności przedłożonej kopii dokumentów. Izba uznała, że nie ma w tych okolicznościach znaczenia kolejna czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu do złożenia oryginału tego dokumentu. Ponadto nie można uznać, że dokonanie wezwania

do uzupełnienia dokumentów uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie czynności wezwania do złożenia oryginału dokumentu, dokonanego w trybie i na zasadach określonych w § 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, gdyż są to dwie różne czynności, dokonywane na różnych podstawach prawnych.

Odwołujący podnosił także zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, że uczestnictwo podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał może polegać na konsultacjach oraz udostępnianiu osób, a w konsekwencji do niewykazania udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia.

Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji jest zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Posłużenie się przez ustawodawcę czasem przyszłym wskazuje, że do faktycznej możliwości rozporządzenia udostępnianymi przez inny podmiot zasobami może dojść dopiero na etapie wykonania zamówienia. Oznacza to, że ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca nie jest zobowiązany wykazać, że już dysponuje udostępnianymi zasobami, wystarczające jest przyrzeczenie oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, wyrażone w pisemnym oświadczeniu podmiotu trzeciego. Oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci zasobów (określonych w art. 26 ust.2b ustawy Prawo zamówień publicznych) jest związane z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Sposób uczestnictwa nie został przez ustawę określony, zatem może mieć dowolną, prawem dozwoloną formę, a więc podwykonawstwo, ale także doradztwo, konsultacje, itp. Oczywistym jest, że udostępnienie potencjału może polegać także na udostępnianiu osób. Zatem przyjęcie przez Zamawiającego, że, że uczestnictwo podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał może polegać na konsultacjach oraz udostępnianiu osób nie może stanowić podstawy zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych. Istotne jest także, aby na etapie oferty wykonawca wykazał, iż dysponuje odpowiednią kadrą.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że Pan W..... R..... posiada pełnomocnictwa do

podpisania i złożenia oferty, które zostały mu udzielone przez obu członków konsorcjum. Nie budzi także wątpliwości, że na wstępie formularza oferty wpisani są obaj członkowie konsorcjum, co jednoznacznie przesądza, że złożona oferta jest ofertą pochodzącą od konsorcjum. Z tego względu twierdzenie, że Pan W..... R..... składa ofertę jedynie w imieniu Parsons Brinckerhoff sp. z o.o., jest bezzasadne. Skoro oferta pochodzi od konsorcjum, to osoba podpisująca się pod treścią tej oferty działa w imieniu konsorcjum. Odcisnięcie na ofercie pieczętki z podanym nazwiskiem Pana R..... i nazwą stanowiska, jakie pełni on u jednego z członka konsorcjum może pełnić funkcję informacyjną. Podpisanie oferty w ten sposób nie oznacza, iż Pan R..... nie działał w imieniu konsorcjum.

Zamawiający żądał, by wykonawcy dysponowali 21 osobami, spełniającymi warunki określone w pkt 5.4.1.2 SIWZ. Wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia w ofercie wykazu osób, które będą pełniły określone przez Zamawiającego w SIWZ funkcje oraz zobowiązani byli podać w wykazie wymagane informacje dotyczące bądź to funkcji, bądź rodzaju uprawnień bądź też np. elektrowni, w której doświadczenia zostały zdobyte.

Wykonawca konsorcjum Parsons przedstawił kandydaturę p. M..... C..... na stanowisko zastępcy kierownika projektu. Odwołujący kwestionował tę kandydaturę, zarzucając brak posiadania przez ww. osobę wymaganego doświadczenia, gdyż nie zostały podane szczegółowe informacje, tj. nie wiadomo, jakim węglem opalany był blok, wskazany jako ten, na którym ww. osoba uzyskała wymagane doświadczenie, jak również nie wiadomo, czy blok został przekazany do eksploatacji.

Zamawiający wyjaśnił, iż zgodnie z jego wiedzą, która jest jednocześnie powszechnie dostępna, blok o mocy 464 MW w Elektrowni Pątnów II jest opalany węglem brunatnym i został oddany do eksploatacji w 2008 roku. Zamawiający wyjaśnił także, iż uznał za zbędne wzywaniem do uzupełnienia wykazu o informacje, które uzyskać może każdy, bez żadnego wysiłku.

Izba stoi na stanowisku, że Wykonawcy zobowiązani są przedstawić wymagane przez Zamawiającego w SIWZ informacje. W przypadku nieprzedstawienia informacji, które umożliwiają ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający może wezwać wykonawców do uzupełniania takich informacji. Jednak, w ocenie Izby, nie ma konieczności wzywania wykonawców do uzupełnienia wymaganych informacji w sytuacji, gdy informacje te są oczywiste lub powszechnie dostępne albo też, tak jak w niniejszym postępowaniu, są znane z urzędu Zamawiającemu.

W niniejszym postępowaniu Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, iż wymagane informacje są mu znane i są powszechnie dostępne. W ofercie wykonawcy Parsons brakowało tych danych, które odnosiły się do daty oddania do eksploatacji elektrowni, czy też rodzaju opału w określonej elektrowni. Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego, że powyższe dane są mu znane z urzędu, z uwagi na fakt, że Zamawiający

jest podmiotem działającym w branży energetycznej, a informacje dotyczące elektrowni są dostępne w drodze elektronicznej dla każdego użytkownika internetu.

Podobne rozważania dotyczą zarzutu braku informacji, kiedy przekazany został do eksploatacji projekt, przy realizacji którego p. Z..... P....., p. T..... K..... oraz p. Z..... S..... zdobyli wymagane doświadczenie zawodowe. Zamawiający wyjaśnił, że projekt dotyczy bloku o mocy 460 MW w Elektrowni Łagisza, który został oddany do eksploatacji w 2009 roku, zaś projekt, przy realizacji którego zdobył wymagane doświadczenie zawodowe p. J..... B....., został przekazany do eksploatacji w 2008 roku (dotyczy to bloku o mocy 464 MW w Elektrowni Pątnów II, opalanej węglem brunatnym).

Zamawiający nie jest także zobowiązany do wyjaśniania lub występowania o uzupełnianie dokumentu o informacje, które wynikają z treści samej oferty. Zamawiający wyjaśnił, że informacje dotyczącą doświadczenia p. A..... C..... w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu kotła czerpał z treści oferty. Zgodnie z oświadczeniem wykonawcy Parsons zamieszczonym w wykazie osób, p. A..... C..... był członkiem zespołu inżyniera kontraktu odpowiedzialnym za montaż kotła.

Odnosząc się do zarzutu braku wymaganych uprawnień do kierowania robotami w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie instalacji, sieci, i urządzeń sanitarnych należy stwierdzić, że w ofercie wykonawcy Parsons wpisano iż proponowana na to stanowisko Pani Z..... P..... posiada uprawnienia budowlane wykonawcze bez ograniczeń w zakresie instalacji, sieci, i urządzeń sanitarnych oraz podano numer i datę uzyskania uprawnień. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, że uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi przyjęło się nazywać „wykonawczymi”. Odwołujący nie wykazał w tym zakresie dowodu przeciwnego.

Zamawiający zażądał aby jedna z proponowanych osób wykazała się posiadaniem uprawnień budowlanych do kierowania budową lub robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń. Wykonawca Parsons przedstawił kandydaturę p. T..... K..... na stanowisko inspektora nadzoru budowlanego o specjalności telekomunikacyjnej, wpisując w wykazie, że ww. osoba dysponuje uprawnieniami budowlanymi w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych. Odwołujący podniósł, że nie wykazano, aby p. T..... K..... posiadał uprawnienia wymagane dla telekomunikacji radiowej. Należy zauważyć, że w chwili, kiedy uprawnienia uzyskał Pan T..... K....., obowiązywało rozporządzenie Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym. Zgodnie z § 2 tego rozporządzenia, możliwe było uzyskanie uprawnień w dwóch różnych specjalizacjach w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń w telekomunikacji: telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą

towarzyszącą oraz telekomunikacji radiowej. Powyższe oznacza, że skoro ustawa rozróżnia dwie specjalności, to spełnienie wymagań w jednej z tych specjalizacji uznać należy za spełnienie wymagań SIWZ. Dodatkowym argumentem jest fakt, że osoba proponowana przez Odwołującego na to samo stanowisko p. J..... G..... dysponuje również uprawnieniami w jednej tylko ze specjalności - specjalności telekomunikacji przewodowej. Powyższe oznacza, że również Odwołujący uważał, że posiadanie uprawnień w jednej z tych specjalizacji uznać należy za spełnienie wymagań SIWZ.

Izba stoi na stanowisku, że wykonawca jest zobowiązany wskazać wymagane informacje. W niniejszej sprawie część wymaganych informacji nie wynikała z wykazu osób, które będą pełniły określone przez Zamawiającego w SIWZ funkcje.

Jednakże w okolicznościach szczególnych niniejszej sprawy należy mieć na uwadze fakt, że pewne wymagane informacje podane zostały w innym miejscu oferty niż wykaz osób (np. informacje dotyczące p. A..... C.....), pewne informacje były powszechnie dostępne dla każdego (w tym dla Zamawiającego), a pewne informacje były Zamawiającemu znane z urzędu z racji prowadzenia działalności na określonym rynku. W ocenie Izby zbędne było wzywianie do uzupełnienia informacji w sytuacji, gdy informacje te znane były Zamawiającemu z urzędu lub też z uwagi na powszechną dostępność mogą zostać poznane przez każdego. Zbędne było także żądanie wyjaśnień w zakresie doświadczenia p. J..... P..... w sytuacji, gdy wystarczyło wskazać jedną osobę na stanowisko Zastępcy Kierownika Projektu i gdy Zamawiający uznał, że zaproponowana na to stanowisko osoba p. M..... C..... spełniała wymagania postawione w SIWZ.

Odwołujący podnosił także okoliczność, że zobowiązanie p. M..... C..... do wzięcia udziału w wykonywaniu zamówienia ma charakter warunkowy. Odnosząc się do tego zarzutu Izba stwierdziła, że z treści zobowiązania nie wynika, że p. M..... C..... nie weźmie udziału w realizacji zamówienia, natomiast wynika jedynie pewne kwestie zostaną pomiędzy stronami omówione. Złożona deklaracja nie zawiera także trybu warunkowego. Izba wzięła pod uwagę fakt, że stosownie do uregulowań prawnych, Zamawiający może, w odniesieniu do wykazu osób żądać jedynie deklaracji w zakresie podstawy dysponowania osobami. Zatem stwierdzenie, pisemna deklaracja, że ww. osoba weźmie udział w realizacji zamówienia, w ocenie Izby w niniejszej sprawie, jest wystarczająca do oceny spełnienia warunku. Wobec faktu, że taka deklaracja została dołączona do oferty, Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Odwołujący oświadczył w trakcie rozprawy, że cofa podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczący, okoliczności, podpisania oferty wykonawcy Parsons przez osoby nieuprawnione, co zgodnie z treścią odwołania skutkowało nieważnością oferty na podstawie przepisów odrębnych poprzez działanie bez umocowania.

Zamawiający postawił warunek posiadania przez wykonawcę odpowiedniego potencjału finansowego. Celem wykazania spełnienia tego warunku, wykonawcy byli zobowiązani załączyć do oferty sprawozdanie finansowe za ostatnie trzy lata obrotowe oraz wykazać, że przychody z działalności operacyjnej za okres ostatnich 3 lat obrotowych są na poziomie nie niższym niż 40 mln złotych.

Odwołujący podniósł zarzut, że ze sprawozdań finansowych złożonych w ofercie wykonawcy Parsons nie wynika, że wskazane przychody pochodzą z działalności operacyjnej. W ocenie Izby zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca Parsons wyjaśnił, że przedstawił w ofercie sprawozdanie finansowe jednego z konsorcjantów - Parsons Brinckerhoff Limited z siedzibą w Newcastle, Wielka Brytania. Z uwagi na fakt, iż siedziba tego konsorcjanta znajduje się w Wielkiej Brytanii, sprawozdanie finansowe zostało sporządzone zgodnie z wymogami stawianymi przez prawo brytyjskie. Wykonawca Parsons wyjaśnił, iż zgodnie z prawem brytyjskim dokument, który określa wysokość przychodów, kosztów i wyników finansowych jednostki nosi nazwę Profit and Loss Account (w tłumaczeniu Rachunek Zysków i Strat) i jego wzór jest również ściśle określony w obowiązującym w Wielkiej Brytanii prawie bilansowym. Z tego też względu różni się on od wzorców sprawozdań obowiązujących w prawie polskim. Pozycja „obrót” („Turnover”) wymieniona w Rachunku Zysków i Strat sporządzonym zgodnie z prawem brytyjskim odpowiada pozycji „przychody z działalności operacyjnej”, określonej we wzorcu rachunku zysków i strat sporządzanym zgodnie z wymogami prawa polskiego. Zamawiający wyjaśnił, że termin „obrót” (funkcjonujący w dokumentacji sprawozdania finansowego wykonawcy Parsons jako tłumaczenie angielskiego słowa „Turnover”) oznacza przychód z działalności operacyjnej, gdyż jest terminem odrębnym od terminu określającego całkowity przychód spółki („income”). Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego. Skoro w sprawozdaniu finansowym sporządzonym według wymogów prawa brytyjskiego, istnieje pozycja odnosząca się do całkowitego przychodu spółki („income”), a jednocześnie istnieje odrębna pozycja odnosząca się do przychodu ze sprzedaży („Turnover”), to zasadne jest przyjęcie, że pozycja opisana jako „Turnover” tożsama jest z przychodami z działalności operacyjnej w rozumieniu polskiej ustawy o rachunkowości. Sprzedaż jest formą prowadzenia działalności operacyjnej, a przychody ze sprzedaży – przychodami z działalności operacyjnej. Jednocześnie Izba podkreśla, że poza postawieniem zarzutu w odwołaniu, Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do wyjaśnień Zamawiającego i Przystępującego, dotyczących tożsamości określenia „Turnover” i określenia przychody z działalności operacyjnej. Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że pojęcia te nie mogą zostać uznane za tożsame. Z powyższych względów, Izba uznała zarzut Odwołującego za nieuzasadniony. Izba uznała powyższe wyjaśnienia za wiarygodne także z uwagi na fakt, że Odwołujący nie wykazał, aby pozycja wskazana jako „obrót” („Turnover”) w sprawozdaniu finansowym sporządzonym zgodnie z prawem brytyjskim nie odpowiadała

pozycji określonej zgodnie z prawem polskim jako przychody z działalności operacyjnej.

KIO 2905/12

KIO 2919/12

Odwołanie wniesione przez wykonawców ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. (sygn.. KIO 2905) oraz Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "Energopomiar" Sp. z o.o. (sygn.. KIO 2919) zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. oraz Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "Energopomiar" Sp. z o.o. legitymują się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu. Gdyby potwierdziły się zarzuty stawiane w odwołaniu, mieliby szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Odnosząc się do zarzutu wykluczenia wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. oraz Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "Energopomiar" Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. Z art. 85 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała powyższy zarzut za uzasadniony. W ocenie Izby nie jest przypadkiem, że wszyscy wykonawcy, którzy przedłużyli okres związania ofertą na wezwanie Zamawiającego, jednocześnie przedłużyli ważność wniesionych wadium na okresy, które nie pokrywały się z okresami związania ofertą.

Taki skutek zdaniem Izby był efektem nieprecyzyjnej treści wezwania, jakie Zamawiający przesłał do wykonawców. W wezwaniu tym Zamawiający wezwał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wskazując jedynie okres, o jaki termin związania ofertą ma być przedłużony, nie wskazując natomiast terminu końcowego, do którego wykonawcy mają być związani swoimi ofertami. Ponieważ Zamawiający nie podał wykonawcom informacji o terminie końcowym związania ofertą, ani też nie podał, jak długo trwał okres zawieszenia biegu terminu związania ofertą spowodowany toczącym się postępowaniem odwoławczym, wykonawcy nie otrzymali od Zamawiającego precyzyjnej informacji dotyczącej okresu, do którego mają przedłużyć okres związania swoimi ofertami, a tym samym nie otrzymali także precyzyjnej informacji na temat terminu, do którego mają przedłużyć wniesione przez siebie wadium. Wskutek tego wykonawcy, przedłużając okresy wniesienia wadium (co następowało łącznie z wyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą), w różny sposób ustalili terminy końcowe, do których wniesione przez nich wadium zachowywały ważność.

Zamawiający wymagał przedłużenia o okres 60 dni terminu związania ofertą i jednocześnie zabezpieczenie tego terminu wadium. Wykonawcy uczynili zadość ww. wezwaniu. Fakt zaniechania wskazania terminu zakończenia postępowania odwoławczego, jak również brak wskazania terminu, w jakim zdaniem zamawiającego kończył się okres związania ofertą,

spowodował że wykonawcy nie otrzymali precyzyjnej informacji w zakresie terminu w jakim upływa nowy termin związania ofertą i do którego dnia należy zabezpieczyć ofertę wadium. Uzasadnione jest więc twierdzenie, że zaniechanie Zamawiającego przyczyniło się do braku wiedzy wykonawców co do długości okresu zawieszenia biegu terminu związania ofertą. W konsekwencji, niektórzy z wykonawców przedłużyli okresy ważności wadium na okresy, które nie w pełni pokrywały się z terminem związania ofertą. Jednakże podkreślić należy, że na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej oferty obu wykonawców Odwołujących zabezpieczone były wadiumi.

Należy przede wszystkim mieć na uwadze, że istotą wadium jest zapewnienie zamawiającemu realnej możliwości skorzystania z tego zabezpieczenia. Do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej możliwość tę zamawiający posiadał w odniesieniu do wadium wniesionego przez Odwołującego ILF i Energopomiar. Odwołujący przedłużyli okresy ważności swoich wadium w sposób zapewniający ciągłość tego zabezpieczenia.

Odwołujący ILF Consulting Engenners Polska sp. z o.o. oraz wykonawca Energopomiar Polska sp. z o.o. wskazał na okoliczność, że Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Parsons, pomimo iż cena zaproponowana przez tego wykonawcę przekracza znacząco kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Zgodnie z artykułem 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Z powyższego artykułu wynika, że sam fakt, iż kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną, nie oznacza konieczności automatycznego unieważnienia postępowania. Zamawiający nie jest zobligowany do unieważnienia postępowania, jeżeli ma możliwość zwiększenia kwoty na realizację zamówienia (w ramach posiadanych środków budżetowych) tak, by pokrywała się z ceną oferty najkorzystniejszej. Niewykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający pozbawiony jest możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do wysokości ceny najkorzystniejszej oferty powoduje, że zarzut Odwołującego jest pozbawiony podstawy faktycznej. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie wykazał, aby została wyłączona została możliwość zwiększenia przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia w taki sposób, aby pokrywała ona wartość oferty wybranej. Izba uznała więc za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....