

Sygn. akt: KIO 2793/11

## WYROK

z dnia 10 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2011 r. przez **wykonawcę SUDOP Polska Sp. z o.o., ul. Tamka 16/11, 00-349 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie WBP Zabrze Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i PxM – Projekt - Południe Sp. z o.o., z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Pawliczka 25, 41-800 Zabrze**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin i:**
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SUDOP Polska Sp. z o.o., ul. Tamka 16/11, 00-349 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;**

2.2 zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin** na rzecz **SUDOP Polska Sp. z o.o., ul. Tamka 16/11, 00-349 Warszawa** kwotę: **18 500 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu uiszczanego przez Odwołującego oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Szczecinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie dokumentacji projektowej na budowę obwodnicy Koszalina i Sianowa na S-6 wraz z odcinkiem S-11 od węzła „Koszalin” do węzła „Bielice””. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 27 września 2011 r. pod nr 2011/S 185 - 302998.

W postępowaniu tym wykonawca RESPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 29 grudnia 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie zostało złożone na skutek informacji o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, która to informacja została przesłana Odwołującemu faksem w dniu 22 grudnia 2011 r.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na:

- 1) wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, z uwagi na to, że Odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert;
- 2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: WBP Zabrze Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Zabrzu.

Wskazanym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert ze szczególnym uwzględnieniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp;

3. wykluczenia firmy Roden Road Design Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że decyzja Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu go z postępowania narusza przepisy obowiązującego prawa z uwagi na to, że Zamawiający nie może wykluczyć z postępowania wykonawcy, za którego wadium w formie pieniężnej wniósł podmiot trzeci. Podstawą wykluczenia może być wyłącznie brak wadium na rachunku Zamawiającego do upływu terminu składania ofert. Podkreślił, że z żadnego przepisu ustawy Pzp nie można wyinterpretować obowiązku osobistego wniesienia wadium przez uczestnika postępowania. Istotne jest wyłącznie to, aby przed upływem terminu składania ofert, wadium w formie pieniężnej zostało zaksięgowane na rachunek Zamawiającego. Jest to – zdaniem Odwołującego – jedyny warunek skutecznego zabezpieczenia oferty. Według Odwołującego jeśli wadium wnosi za wykonawcę podmiot trzeci (w tym przypadku oddział spółki matki) to oczywiste jest w czyim imieniu i na rzecz jakiego podmiotu jest ono wnoszone. Wykluczenie wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy wadium zostało w terminie uiszczony przez inną osobę na jego rzecz stanowi – jego zdaniem - wykroczenie poza przysługujące Zamawiającemu uprawnienia.

Odwołujący na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki: KIO 132/10; KIO/UZP 663/08; KIO/UZP 31/08), wskazując także, że ustawodawca w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie przewidział wykluczenia z postępowania w przypadku wniesienia wadium przez podmiot trzeci. Ustawodawca nie przewidział wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodów, na które wskazuje Zamawiający w swoim uzasadnieniu, tj. z powodu nieskutecznego – zdaniem Zamawiającego – zabezpieczenia jego interesów. Powyższe przyczyny wykluczenia wykonawcy z postępowania nie zostały – w ocenie Odwołującego - wskazane w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Powołując się na orzecznictwo KIO z 2008 r. Odwołujący podkreślił także, że literalne brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp) wskazuje, iż tylko i wyłącznie na brak wadium na rachunku wskazanym przez Zamawiającego do upływu terminu składania ofert, a więc jego niewniesienie, skutkować może wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Odwołujący tymczasem dokonał wniesienia wadium w stosownej wysokości w wymaganym terminie, czego dowodem jest załączony do oferty dokument wniesienia wadium, w związku z powyższym – zdaniem Odwołującego – cel wadium, a więc ochrona interesów Zamawiającego został w niniejszym

postępowaniu osiągnięty, tym bardziej, że w treści dokumentu jest numer referencyjny postępowania, w ramach którego wadium zostało wniesione.

Odwołujący podkreślił także, że Zamawiający w treści SIWZ nie wymagał złożenia jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium w formie pieniężnej (pkt 9.6.4 oraz 11.4 SIWZ). Odwołujący spełnił wszystkie wymagania SIWZ w tym zakresie, a dodatkowo dołączył do oferty dokument potwierdzający dokonanie przelewu (str. 14 oferty). Podkreślił także, że w przypadku jakichkolwiek wątpliwości Zamawiający mając jakiegokolwiek wątpliwości czy kwota wadium wniesiona przez Odwołującego została wniesiona w imieniu i na rzecz Odwołującego powinien zwrócić się do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego nie uczynił. Wskazał, że jest w dyspozycji oświadczenia firmy Sudop Praha a.s. z dnia 15 listopada 2011 r., że wniesione wadium jest wadium wniesionym w imieniu i na rzecz Odwołującego, które to oświadczenie mógł przedstawić Zamawiającemu. Wskazane oświadczenie zostało załączone do odwołania.

Odwołujący podniósł także, że w pełni podziela decyzję Zamawiającego co do wykluczenia z postępowania wykonawcy Roden Road Design Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, gdyż odstąpienie Zamawiającego od dwóch umów z ww. firmą z jej winy w pełni wyczerpuje przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, a więc wykluczenie wskazanego wykonawcy z postępowania jest - w ocenie Odwołującego – najbardziej prawidłowe i zgodne z obowiązującym prawem.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, dodatkowo wyjaśniając, że kwestia wykluczenia firmy Roden Router Design Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie stanowi formalnego zarzutu odwołania. Odwołujący podkreślił także, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w przedmiotowej sprawie nie zawierała dodatkowych wymogów dołączenia do oferty jakiś dokumentów potwierdzających, że wadium w formie pieniężnej wnoszone przez podmiot trzeci zostało złożone w imieniu i na rzecz Odwołującego. Wszystkie wymogi SIWZ co do wadium (postanowienie pkt 9.6.4 wskazujące na konieczność złożenia dokumentu wadium jeśli wadium jest wnoszone w innej formie niż pieniężna, pkt 11.2 lit. a, gdzie zamawiający wymagał, aby w przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu wpłacanego na konkretny rachunek bankowy w tytule przelewu wpisać sygnaturę przetargu, co zostało w przypadku odwołującego uczynione i pkt 11.4, wskazujący na konieczność wniesienia wadium w określonym terminie) zostały przez Odwołującego wypełnione. Odwołujący dodatkowo poza tymi wymogami załączył do oferty potwierdzenie wniesienia wadium na str. 14 oferty i dokument ten nie znalazł się w ofercie Odwołującego bez przyczyny, a ponadto został on potwierdzony „za zgodność z oryginałem” przez pracownika Odwołującego, co także potwierdza, że wadium zostało złożone na rzecz Odwołującego. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że na str. 15 jego oferty znalazło się oświadczenie SUDOP PRAHA AS o udostępnieniu Odwołującemu swoich zasobów w

zakresie doświadczenia, co może dodatkowo – jego zdaniem - potwierdzać, że wskazany podmiot trzeci także w zakresie wniesienia wadium działał na rzecz Odwołującego.

W toku rozprawy Odwołujący jako dowód w sprawie przedłożył również do akt sprawy wyciąg bankowy nr 203/2011 na okoliczność wykazania, że Zamawiający wniesioną przez SUDOP PRAHA AS kwotę potraktował jako wadium wniesione w tym postępowaniu, na co – w jego ocenie - wskazują takie okoliczności, jak data zwrotu wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej, jak i zwrot tej kwoty wraz z odsetkami, na co wskazują przepisy ustawy Pzp.

W dniu 2 stycznia 2012 r. na skutek wezwania ze strony Zamawiającego skierowanego w dniu 29 grudnia 2011 r., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: WBP Zabrze Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Zabrzu (dalej: „Przystępujący”) złożyli zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Kopia przystąpienia została przekazana stronom postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu przystąpienia wskazano, że zarzuty odwołania są bezpodstawne. Przystępujący podniósł, że nie sposób uznać wpłaty wadium przez inny podmiot – niezależnie od powiązań kapitałowych z Odwołującym – za skuteczne zabezpieczenie oferty Odwołującego. Podkreślił on także, że w treści przelewu wskazano wyłącznie na nr postępowania zaś nie wskazano czyją ofertę ta kwota zabezpiecza. Dołączenie do oferty potwierdzenia przelewu może stanowić podstawę przypuszczenia, że zabezpieczeniem tym objęto ofertę Odwołującego, jednak w przypadku zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium przez Zamawiającego firma SUDOP PRAHA a.s. Oddział w Polsce mógłby skutecznie żądać zwrotu wadium z uwagi na fakt, że przesłanki zatrzymania wadium nie są związane z ofertą zabezpieczoną wadium wpłaconym przez ten podmiot.

Przystępujący zgodził się z Odwołującym, że przepisy prawa nie zakładają obowiązku, aby wadium zostało wniesione przez wykonawcę, jednak musi ono zabezpieczać konkretną ofertę. Wskazał tutaj na orzecznictwo KIO oraz ZA (KIO 126/11 i UZP/ZO/0-1337/06), jak też na stanowisko doktryny.

Według Przystępującego skoro wadium wniesione przez SUDOP PRAHA a.s. Oddział w Polsce nie zabezpiecza interesów Zamawiającego w odniesieniu do oferty Odwołującego oczywistym jest, że Odwołujący nie wniósł wadium. Powołał się tutaj na orzeczenie KIO w sprawie KIO 883/11. Przystępujący nie zgodził się z Odwołującym, że Zamawiający winien wezwać go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, w wyniku których Odwołujący wykazałby – poprzez załączone do odwołania oświadczenie SUDOP PRAHA a.s. – że jego oferta została zabezpieczona wadium. Wielokrotnie w orzecznictwie

KIO podkreślano – według niego – że dokumenty składane jako wadium, czy też potwierdzenie jego wniesienia, nie stanowią oferty, zatem art. 87 ust. 1 nie znajduje w tym zakresie zastosowania. Tym samym Przystępujący zwrócił uwagę na to, że cel wadium, jakim jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego na wypadek zajścia określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp okoliczności. Cel ten nie został osiągnięty, zatem - według Przystępującego - wykluczenie Odwołującego z postępowania jest uzasadnione.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko.

Zamawiający w toku rozprawy w dniu 10 stycznia 2012 r. wniósł o oddalenie odwołania i podtrzymał swoje stanowisko co do prawidłowości wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu braku wadium. Potwierdził także, że pomiędzy stronami postępowania nie ma sporu co do tego, że wadium może być wniesione przez podmiot trzeci, jednak według niego z wniesienia wadium w takiej sytuacji musi wynikać na czym rzecz dokonuje wpłaty podmiot trzeci. Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono około 30 ofert, więc wpłata kwoty wadium przez SUDOP PRAHA AS mogła dotyczyć każdej z tych ofert, nie tylko oferty Odwołującego. Podkreślił także, że w przypadku zatrzymania wadium przez Zamawiającego kwota ta przekształca się w zryczałtowane odszkodowanie i w takiej sytuacji musi istnieć, bądź tożsamość podmiotowa pomiędzy podmiotem wnoszącym odwołanie, a wykonawcą, któremu zatrzymuje się wadium, albo też musi istnieć oświadczenie tego podmiotu trzeciego, który przejmuje na siebie odpowiedzialność z tytułu zatrzymania kwoty wadium.

Zamawiający wskazał także, że oświadczenie SUDOP PRAHA AS z 15 listopada 2011 r. załączone do odwołania nie zostało załączone do oferty i jako takie nie może mieć znaczenia dla oceny skuteczności wniesienia wadium przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: WBP Zabrze Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Zabrzu.

Tym samym wskazany wykonawca stał się uczestnikiem niniejszego postępowania odwoławczego.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła też, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące wykluczenia go z udziału w postępowaniu, co w sposób bezpośredni pozbawiało Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i narażało go na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Powyższe wskazuje na wypełnienie materialno prawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za zasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 11 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) określił wymogi dotyczące wadium. Wskazał na kwotę wadium ( 30 000, 00 zł), rachunek na jaki wadium w pieniądzu powinno być wniesione oraz formy wadium i zasady zwrotu i zatrzymania wadium. W pkt 11.2 lit. a SIWZ wskazano dodatkowo, że w przypadku wniesienia wadium w pieniądzu w tytule przelewu należy wpisać sygnaturę przetargu.

Strony potwierdziły zgodnie, że kwota 30 000 zł wpłacona przez SUDOP PRAHA A.S. wpłynęła na rachunek wskazany przez Zamawiającego w SIWZ w terminie na składanie ofert, przyjętym w niniejszym postępowaniu.

Izba stwierdziła także, że do oferty Odwołującego na stronie 14 został załączony potwierdzony za zgodność z oryginałem przez Odwołującego dokument „*Potwierdzenie wniesienia wadium*” na rachunek Zamawiającego wskazany w SIWZ kwoty: 30 000 zł, gdzie w tytule przelewu wskazano sygnaturę niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i gdzie jako wpłacający został wskazany podmiot SUDOP PRAHA A.S.

Izba ustaliła, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, że wadium zostało opłacone nie przez Odwołującego tylko przez firma SUDOP PRAHA A.S. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie. Podkreślił, że okoliczność, kto jest podmiotem wnoszącym wadium nie ma znaczenia dla skuteczności zabezpieczenia wadialnego, o ile tylko skutecznie zabezpiecza wykonanie zamówienia. Według Zamawiającego dokument potwierdzający wniesienie



wadium powinien jednak wskazywać w czyim imieniu lub na czyją rzecz wadium jest wnoszone. W innym przypadku – według Zamawiającego – wykonawca może uniknąć sankcji zatrzymania wadium przez Zamawiającego. W związku z powyższym - w ocenie Zamawiającego – wadium wniesione przez firmę SUDOP PRAHA A.S. Oddział w Polsce nieskutecznie zabezpiecza interesy Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Zamawiający w świetle obowiązujących przepisów prawa nie miał uprawnień do wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o przesłankę określoną w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem Zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawców z postępowania, jeśli wykonawcy ci nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Przepis ten nakładana więc na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania w następujących sytuacjach:

- 1) braku wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert;
- 2) braku wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą;
- 3) braku wniesienia wadium ponownie na wezwanie zamawiającego, w sytuacji gdy wadium zostało wykonawcy zwrócone, a w wyniku rozstrzygnięcia odwołania oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza;
- 4) braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą.

Analizowaną przez Izbę sprawę możemy rozpatrywać w kontekście pierwszej z sytuacji wskazanych w przywołanym przepisie ustawy Pzp, a więc ewentualnego braku wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert. Przy rozpatrywaniu tego przypadku istotnym jest, aby ocenić, czy mamy do czynienia w ogóle z instytucją wadium oraz okolicznością jego wniesienia do upływu terminu składania ofert.

Złożenie wadium związane jest z konkretnego rodzaju zabezpieczeniem finansowym oferty wykonawcy, wniesionym w określonej, dopuszczonej przepisami prawa formie (art. 45 ust. 6 ustawy Pzp), we wskazanej przez Zamawiającego w SIWZ wysokości (w niniejszym postępowaniu: 30 000,00 zł), z którego to zabezpieczenia Zamawiający ma bezwarunkową możliwość skorzystania w sytuacji zaistnienia ustawowych przesłanek zatrzymania wadium, wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Drugim ważnym elementem jest ustalenie terminu złożenia (wpłaty) wadium, tj., że wadium wpłynęło do Zamawiającego najpóźniej do upływu terminu składania ofert i zabezpiecza ono ofertę przez cały termin związania ofertą.

W przypadku wadium składanego w formie pieniężnej, jeśli określona kwota stanowiąca zabezpieczenie wadium oferty wpłynie na rachunek zamawiającego, najpóźniej

do upływu terminu składania ofert i wykonawca nie złożył do zamawiającego wniosku o zwrot tej kwoty, zasadniczo brak jest podstaw do kwestionowania takiego finansowego zabezpieczenia oferty. Określona kwota pieniędzy znajduje się bowiem w dyspozycji zamawiającego i podmiot ten może z niej w każdym momencie, w sytuacji zaistnienia przesłankę zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp skorzystać. Powyższe stanowi istotę zabezpieczenia finansowego oferty i wypełnia ten cel przypisany instytucji wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wskazano w treści odwołania, co zresztą potwierdził sam Przystępujący, obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują obowiązku wnoszenia wadium składanego w formie pieniężnej wyłącznie przez wykonawcę. Nie ma też obowiązku, aby wadium wpłacane przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego było wpłacane wyłącznie z rachunku bankowego wykonawcy, którego ofertę wadium zabezpiecza. Art. 45 ust. 7 ustawy Pzp wskazuje tylko na wpłatę wadium na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Z kolei art. 45 ust. 3 ustawy Pzp reguluje kwestię wniesienia wadium w określonym terminie nie wskazując podmiotowo, że wprost wykonawca ma ponosić skutki finansowe wadium; przepis ten wskazuje bezosobowo, iż „*wadium wnosi się (...)*”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba w przedmiotowej sprawie uznała, że wadium wniesione przez oddział zagranicznego przedsiębiorcy w Polsce firmy czeskiej, do której to grupy spółek należy także Odwołujący, przede wszystkim w sytuacji, gdy do oferty Odwołującego dołączono dowód dokonania przelewu kwoty wadium przez firmę czeską, a sama firma czeska odrębnie oferty w postępowaniu nie złożyła, wskazuje, że mamy do czynienia z prawidłowym wadium zabezpieczeniem oferty Odwołującego w postępowaniu.

Nieuzasadnione są wątpliwości Zamawiającego i Przystępującego, że Zamawiający mógłby mieć problem z ewentualnym zatrzymaniem kwoty wadium Odwołującego, skoro sam Odwołujący tego wadium nie opłacił. Jak wskazano po pierwsze obowiązujące przepisy prawa nie przewidują dla skuteczności wniesienia wadium w formie pieniężnej osobistego świadczenia pieniężnego składanego przez wykonawcę. Po drugie zaś kwota wpłacona na rachunek Zamawiającego pozostaje w jego dyspozycji i może podlegać ewentualnemu bezwarunkowemu zatrzymaniu w sytuacji ziszczenia się okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, bowiem stanowi zabezpieczenie wadium konkretnej oferty. Podkreślenia także wymaga okoliczność, że ani Odwołujący w przedmiotowej sprawie nie złożył wniosku o zwrot wadium, ani takiego wniosku do Zamawiającego nie złożyła firma SUDOP PRAHA A.S.

Bez znaczenia w tym przypadku jest – zdaniem Izby – kwestia żądania bądź braku żądania po stronie Zamawiającego wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp co do złożonego wadium, skoro oczywistym jest prawidłowość zabezpieczenia wadium oferty.

Izba nie uwzględniła żądań Odwołującego co do wykluczenia wykonawcy Roden Road Desing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz nakazania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, uznając - w oparciu o dyspozycję art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, że nie jest związana żądaniami odwołania. W pierwszym bowiem przypadku żądanie było nieuzasadnione bowiem czynność wykluczenia wskazanej firmy została przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu dokonana i powyższe nie było przez Odwołującego kwestionowane. Co do żądania nakazania Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej Izba uznała żądanie za nieuzasadnione z uwagi na to, że uwzględnienie podstawowego zarzutu odwołania związanego z zaskarżoną czynnością wykluczenia Odwołującego z postępowania wiąże się z nakazaniem Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego co w zaskarżonej kwestii zabezpiecza interes Odwołującego.

Z tych też względów Izba stwierdziła, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp – uznając, że wskazane naruszenie przepisów ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Zamawiającego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego,

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2 lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku, w kwocie wskazanej w tym przepisie.

**Przewodniczący:** .....