

Sygn. akt: **KIO/UZP 201/09,**

**KIO/UZP 213/09**

**KIO/UZP 214/09**

## **WYROK**

**z dnia 9 marca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Renata Tubisz**

**Członkowie: Barbara Bettman**

**Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 marca 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **26.02.2009r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. Konsorcjum: BUD-INVENT Sp. z o.o., PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany Waldemar Żak; ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa (KIO/UZP 201/09)**

**B. Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o.; Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa (KIO/UZP 213/09)**

**C. Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o.; Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa(KIO/UZP 214/09)**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa-Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji Zakład Budżetowy, ul. Rozbrat 26, 00-429 Warszawa** protestów:

**A. Konsorcjum: BUD-INVENT Sp. z o.o., PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany Waldemar Żak; ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa z dnia 06.02.2009 r.**

**B. Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o.; Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa z dnia 06.02.2009 r.**

**C. Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o.; Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa z dnia 05.02.2009 r.**

przy udziale

**- Konsorcjum: BUD-INVENT Sp. z o.o., PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany Waldemar Żak; ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa**

**(dot. sprawy sygn. akt KIO/UZP 213/09 i KIO/UZP 214/09)**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołania Konsorcjum:BUD – INVENT Sp. z o.o.,PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany Waldemar Żak (KIO/UZP 201/09) oraz Konsorcjum:ECM Group Polska Sp. z o.o.,BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o.(KIO/UZP 214/09), a oddala odwołanie Konsorcjum:ECM Group Polska Sp. z o.o. ,BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o.(KIO/UZP 213/09) i nakazuje Zamawiającemu wykluczenie z postępowania Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. i odrzucenie jego oferty oraz ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty wyłącznie w zakresie oferty Konsorcjum: BUD – INVENT Sp. z o.o.,PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany Waldemar Żak**

**2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa-Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji Zakład Budżetowy, ul. Rozbrat 26, 00-429 Warszawa (dotyczy sprawy sygn. akt KIO/UZP 201/09 i 214/09) i Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o.; Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa (dotyczy sprawy o sygn. akt KIO/UZP 213/09)**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4574zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A** koszty w wysokości **1524 zł 67 gr** (słownie: jeden tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: BUD-INVENT Sp. z o.o., PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany Waldemar Żak; ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa,**

- B** koszty w wysokości **1524 zł 67 gr** (słownie: jeden tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o.; Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa,**
- C** koszty w wysokości **1524 zł 66 gr** (słownie: jeden tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o.; Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 848 zł 33 gr** (słownie: trzynaście tysięcy osiemset czterdzieści osiem złotych trzydzieści trzy grosze)  
stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
- A** kwoty **5123 zł 67 gr** (słownie: pięć tysięcy sto dwadzieścia trzy złote sześćdziesiąt siedem groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa-Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji Zakład Budżetowy, ul. Rozbrat 26, 00-429 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum: BUD-INVENT Sp. z o.o., PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany Waldemar Żak; ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów postępowania odwoławczego i wynagrodzenia pełnomocnika
- B** kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o.; Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa** na rzecz **Miasto Stołeczne Warszawa-Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji Zakład Budżetowy, ul. Rozbrat 26, 00-429 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
- C** kwoty **5124 zł 66 gr** (słownie: pięć tysięcy sto dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa-Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji Zakład Budżetowy, ul. Rozbrat 26, 00-429 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o.; Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów postępowania odwoławczego i wynagrodzenia pełnomocnika
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
- B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
- C** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**

4) dokonać zwrotu kwoty **40 426 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

- A** kwoty **13 475 zł 33 gr** (słownie: trzynaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Konsorcjum: BUD-INVENT Sp. z o.o., PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany Waldemar Żak; ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa,**
- B** kwoty **13 475 zł 33 gr** (słownie: trzynaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., BEG Inżynierie Polska Sp. z o.o.; Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa,**
- C** kwoty **13 475 zł 34 gr** (słownie: trzynaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., BEG Inżynierie Polska Sp. z o.o.; Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa.**

### **U z a s a d n i e**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 maja 2008 r., poz. S-97-130785 oraz na stronie internetowej: [www.wosir.waw.pl](http://www.wosir.waw.pl)

Przedmiot zamówienia: usługi -"Inżynier dla zadania inwestycyjnego pn. Budowa stadionu piłkarskiego przy ul. Łazienkowskiej 1/3 w Warszawie", Numer ref. postępowania: SU/ZP/4/08

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego.

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa -Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. Rozbrat 26, 00-429 Warszawa zwany dalej "Zamawiającym"

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym rozpoznano na podstawie art. 187 ust.1 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, zm. Dz. U. 2008r. Nr 171, poz.1058) zwanej dalej "ustawą pzp" trzy odwołania połączone do łącznego rozpoznania o Sygn. akt :

1. KIO/UZP/201/09;
2. KIO/UZP/213/09;
3. KIO/UZP/214/09.

#### 1. Odwołanie o Sygn.akt KIO/UZP/201/09.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 23.02.2009 r. na podstawie art. 184 ust. 1 i 2 ustawy pzp, w imieniu i na rzecz wykonawców występujących wspólnie tj. Konsorcjum w składzie: Lider - "Bud-Invent" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111 oraz Członek-PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany Waldemar Żak z siedzibą w Warszawie zwany dalej "Bud-Invent" ("Odwołujący") od oddalenia protestu w części objętej punktami 1,2,3,4 oraz 7,8.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący wnioskował o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu ponownego powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. nakazanie Zamawiającemu odstąpienia od czynności wykluczenia Odwołującego (Bud-Invent) z prowadzonego postępowania;
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z prowadzonego postępowania wykonawcy - "Bureau Veritas Polska" Sp. z o.o., ul. Migdałowa 4, 02-796 Warszawa zwanego dalej Bureau Veritas Polska oraz uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą;
5. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Bureau Veritas Polska;
6. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
7. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej, złożonej przez Odwołującego oferty.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalno- prawną.

Zamawiający, pismem datowanym na 27 stycznia 2009 r. (L. dz. SU/376/2009) zawiadomił o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę -Bureau Veritas Polska.

Pismo zawierało również informację o wykluczeniu Odwołującego z prowadzonego postępowania, a także o wykluczeniu innych wykonawców, w tym, m. in., wykonawców występujących wspólnie -Konsorcjum w składzie: "ECM Group Polska" Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa i "BEG Ingerierie Polska" Sp. z o.o. ul. Targowa 72, 03-734 Warszawa zwane dalej "ECM Group Polska". W uzasadnieniu obu wykluczeń zostało podniesione, iż zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą ze wskazaną konkretną datą nie uczyniła zadość żądaniu Zamawiającego (przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni), opartemu na art. 85 ust. 2 ustawy pzp.

Wobec:

- 1)czynności powtórnego badania i oceny ofert;
- 2)czynności wykluczenia z prowadzonego postępowania;
- 3)zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy -Bureau Veritas Polska oraz uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą;
- 4)zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Bureau Veritas Polska;
- 5)czynności wykluczenia z postępowania ECM Group Polska, w zakresie podstawy faktycznej dokonania tej czynności;
- 6)zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez ECM Group Polska;
- 7)czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł protest do Zamawiającego.

Zamawiający rozstrzygnął protest, w ten sposób, że go uwzględnił co do punktu 5 (tj. zmiany podstawy faktycznej wykluczenia z prowadzonego postępowania ECM Group Polska, zaś oddalił w pozostałym zakresie.

Odwołujący podtrzymał argumenty podniesione w proteście, a ponadto stwierdził, że:

1.

Zamawiający, uzasadniając oddalenie protestu w zakresie zarzutu niezgodnego z prawem wykluczenia z postępowania, pominął zagadnienia związane ze ścisłym związkiem przedłużenia terminu związania ofertą z przedłużeniem ważności wadium. Jest bowiem niemożliwe, tj. prawnie nieskuteczne przedłużenie terminu związania ofertą bez jednoczesnego przedłużenia terminu ważności wadium. Skoro zatem wybór formy wadium (w granicach przewidzianych przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych) należy do wykonawcy, a nie jest możliwe uzyskanie ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, która by nie zawierała końcowego terminu obowiązywania, za dopuszczalne należy uznać

przedłużenie terminu związania ofertą ze wskazaną konkretną datą. Należy przy tym zauważyć, iż w przedmiotowym przypadku nie było przesądzone, że końcowa data przedłużonego terminu nie okaże się wystarczająca z punktu widzenia zabezpieczenia związaniem ofertą całego okresu trwania przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie ma różnicy pomiędzy sytuacją prawną podmiotu, który wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do określonego dnia (określonej daty), a sytuacją prawną podmiotu, który wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o określoną liczbę dni.

2.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Bureau Veritas Polska, Zamawiający przyznaje, że pierwsze oświadczenie złożone przez wzmiankowanego Wykonawcę w tej sprawie było obarczone wadą. Następnie zaś usiłuje wywodzić, iż z okoliczności wynika, że Wykonawca uzyskał zgodę Zamawiającego na zmodyfikowanie pierwotnego wadliwego oświadczenia z dnia 4 grudnia 2008 r., kolejnym oświadczeniem (z 12 grudnia 2008 r.), które wywołało skutek w postaci bezwarunkowego przedłużenia terminu związania ofertą o 30 dni.

Odwołujący podnosi, że nie istnieje żaden dokument, który zawierałby oświadczenie Zamawiającego o udzieleniu takiej zgody.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Doktryna (Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Zakamycze 2005, s. 81) wyraźnie podkreśla, że przy rozpatrywaniu skutków dochowania formy pisemnej należy odróżnić czynności prawne od czynności nie mających takiego charakteru, przy czym dla czynności prawnych wymagane jest zachowanie zwykłej formy pisemnej, która w większości przypadków, jest zastrzeżona dla celów dowodowych.

W orzecznictwie podkreśla się fakt, że funkcją oświadczenia woli, będącego koniecznym składnikiem każdej czynności prawnej, jest wywołanie skutku prawnego w postaci ustanowienia, zmiany lub zniesienia stosunku prawnego; O wykreowaniu tego stosunku, jego zmianie lub zniesieniu decyduje więc podmiot prawa dokonujący czynności prawnej (por. uzasadnienie Wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 października 1995 r., III CRN 40/95 OSNC 3/96, poz. 43). Zatem przedmiotową (rzekomą) zgodę Zamawiającego należy uznać za czynność prawną (oświadczenie woli), jako iż zmienia i to w sposób istotny sytuację prawną jednego z Wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 78 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy pzp, dla zachowania formy pisemnej wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Skoro zatem zgoda, na którą powołuje się Zamawiający nie została wyrażona w formie pisemnej, a co więcej nie została wyrażona wprost, lecz jedynie w sposób dorozumiany ("wynika z okoliczności"), to nawet, gdyby naprawdę została wyrażona, trzeba by uznać ją za wyrażoną z ewidentnym pogwałceniem zasady pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

3.

Co najmniej dziwny jest brak konsekwencji w działaniu Zamawiającego. Mianowicie, Zamawiający dopuszcza "stan niepewności prawnej" w odniesieniu do dalszego udziału w postępowaniu Wykonawcy Bureau Veritas Polska (nie było przecież oczywiste, że wzmiankowany Wykonawca, po wadliwym oświadczeniu z dnia 4 grudnia 2008 r., złoży jakiegokolwiek kolejne oświadczenie, a jeżeli nawet złoży, to kiedy takie oświadczenie miałyby zostać złożone Zamawiającemu).

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający jest obowiązany przygotować i prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

4.

Odrębną kwestią jest możliwość zmiany treści oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zmiana treści takiego oświadczenia poprzez jego odwołanie mogłaby mieć miejsce jedynie w przypadku przewidzianym w art. 61 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią, zaś odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Pismo Bureau Veritas Polska z dnia 4 grudnia 2008 r., Zamawiający otrzymał z całą pewnością przed 12 grudnia 2008 r. Jednocześnie, zaś w treści pisma z dnia 4 grudnia 2008 r., Wykonawca Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. odwołuje się nie tylko do pisma Zamawiającego z dnia 24 listopada 2008 r., L. dz. SU/6272/2008, ale także do kolejnego pisma Zamawiającego, tj. pisma z dnia 4 grudnia 2008 r., L. dz. SU/6477/2008, co wskazuje, iż w momencie podpisania oba pisma zostały już złożone wzmiankowanemu Wykonawcy. Ponadto nie ma wśród załączników do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego żadnego dokumentu, z którego by wynikało, że treść oświadczenia woli złożonego Zamawiającemu pismem z dnia 4 grudnia 2008 r. została odwołana. Reasumując, nie sposób przyjąć, iż wadliwe oświadczenie z dnia 4 grudnia 2008 r. nie zostało skutecznie odwołane, a następnie zastąpione



oświadczeniem złożonym pismem z dnia 12 grudnia 2008 r. W piśmie z dnia 12 grudnia 2008 r., znajduje się zresztą odwołanie do wcześniejszej korespondencji, z którego wynika, iż Bureau Veritas Polska nie wycofuje się z jej treści, lecz do niej nawiązuje wyjaśniając swoje rzekome intencje.

Po złożeniu oświadczenia z dnia 4 grudnia 2008 r., Zamawiający uzyskał "pewność prawną", co do dalszego udziału wzmiankowanego Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Mianowicie, wobec wadliwości oświadczenia winien uznać, iż Bureau Veritas Polska nie uczyniło zadość wezwaniu i wykluczyć wzmiankowanego Wykonawcę z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp. W świetle obowiązujących przepisów, w tym, w szczególności w świetle przepisów powołanej ustawy, brak bowiem podstaw prawnych do zmiany oświadczenia woli złożonego przez Wykonawcę w przedmiocie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Takiej możliwości nie przewidział również Zamawiający w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

5.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Bureau Veritas Polska Odwołujący również podnosi, iż należy odróżnić faktyczne wniesienie wadium od przeprowadzenia dowodu na jego wniesienie w treści oferty, czego wymagał Zamawiający. W przedmiotowym przypadku złożenie samego polecenia przelewu nie stanowi wystarczającego dowodu na wniesienie wadium, jako iż nie potwierdza wykonania operacji bankowej, lecz jedynie złożenie w banku dyspozycji jej wykonania.

Tym samym wymagany dowód nie został przez tegoż Wykonawcę przeprowadzony, a tym samym treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

6.

Dalej Odwołujący wskazuje, że z zadowoleniem przyjmuje uwzględnienie złożonego protestu w zakresie punktu V, tj. zmiany podstawy faktycznej wykluczenia z prowadzonego postępowania ECM Group Polska. Tym samym podstawa faktyczna wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz podstawa faktyczna wykluczenia z postępowania wzmiankowanego Konsorcjum różnią się między sobą w zakresie istotnych okoliczności.

7.

Zamawiający nie odniósł się do żądań zawartych w pkt 7 i 8 złożonego protestu, co Odwołujący uznał, iż w tym zakresie protest został oddalony.

Interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku polegającego na tym, iż w przypadku nie wykluczenia Odwołującego z postępowania, a zarazem wykluczenia z

postępowania wykonawcy - Bureau Veritas Polska, złożona przez Bud-Invent oferta została uznana za najkorzystniejszą, a w rezultacie przedmiotowe zamówienia zostały udzielone Odwołującemu.

Mając na uwadze argumenty podniesione w proteście i odwołaniu, przedstawione żądania Odwołujący Bud-Invent uważa za w pełni zasadne.

W złożonym proteście w dniu 06.02.2009r. zaskarżono zaniechania i czynności Zamawiającego jak w odwołaniu oraz w zakresie podstawy faktycznej dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez ECM Group Polska.

Naruszenia przepisów ustawy pzp w proteście były tożsame z przepisami ustawy wskazanymi w odwołaniu.

Żądania zawarte w proteście były tożsame z żądaniami zawartymi w odwołaniu, za wyjątkiem uwzględnionej przez Zamawiającego podstawy faktycznej wykluczenia z postępowania ECM Group Polska.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący przedstawił zbieżną argumentację jak w odwołaniu. Przy czym w następujący sposób uzasadnił uwzględnione żądanie co do wykluczenia z postępowania ECM Group Polska.

1.

Oferta wykonawców w ECM Group Polska nie została skutecznie złożona. Co prawda w pkt. 2 Formularza ofertowego jako wykonawców wskazano dwa podmioty występujące wspólnie (tj. "ECM Group Polska" Sp. z o.o., "BEG Ingenierie Polska" Sp. z o.o.), jednakże w pkt. 5 wzmiankowanego Formularza pn. "Podpisy" wskazano tylko jednego Wykonawcę, tj. "ECM Group Polska" Sp. z o.o. Należy zatem przyjąć, iż, niezależnie od zakresu umocowania osoby podpisującej (Pana Aleksandra Dżoga), oświadczenie woli, jakim jest oferta zostało złożone tylko w imieniu i na rachunek jednego podmiotu, tj. "ECM Group Polska" Sp. z o.o. Znajduje to potwierdzenie w tytule drugiej od lewej kolumny rubryki "Podpis(y)", z którego wyraźnie wynika, że w przypadku, gdy oferta jest składana przez wykonawców występujących wspólnie, konieczne jest podanie nazw wszystkich wykonawców, a nie np. jedynie nazwy wykonawcy, który jest liderem czy pełnomocnikiem Konsorcjum. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu

ograniczonego, jest niedopuszczalna zmiana podmiotowa po stronie wykonawców, pomiędzy momentem złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a momentem złożenia oferty. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

2.

Wykonawcy ECM Group Polska złożyli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Zamawiający, w związku z bezskutecznym upływem drugiego z wyznaczonych terminów do zawarcia umowy zwrócił się pismem datowanym na dzień 27 listopada 2008 r. (L.dz. SU/6346/2008), za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego do wystawcy gwarancji -Polskiego Towarzystwa Ubezpieczeń S.A.

o wypłatę kwoty 100 000 złotych z tytułu wzmiankowanej gwarancji. Tym samym gwarancja ubezpieczeniowa, czyli de facto wadium została przez Zamawiającego skonsumowana, zaś oferta złożona przez konsorcjum ECM Group Polska przestała być zabezpieczona wadium. Należy bowiem zauważyć, iż w treści wzmiankowanej gwarancji znajduje się wyraźne i jednoznaczne zastrzeżenie, zgodnie z którym gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku, gdy roszczenie zabezpieczone gwarancją zostanie uregulowane w sposób w sposób całkowicie zaspokajający roszczenia Beneficjenta (Zamawiającego). Zatem po uzyskaniu wypłaty z gwarancji nie sposób skutecznie przywrócić stanu faktycznego sprzed żądania wypłaty, w którym oferta była zabezpieczona wadium w formie gwarancji. Skoro zaś oferta nie jest zabezpieczona wadium wykonawcy, którzy ją złożyli winni zostać wykluczeni z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy pzp chyba, że wnieśli nowe wadium w terminie, który zapewniał ciągłość zabezpieczenia złożonej oferty. W przedmiotowym przypadku wniesienie nowego wadium przez wzmiankowanych wykonawców występujących wspólnie, nie miało miejsca.

Bez znaczenia jest przy tym okoliczność, iż Zamawiający, po podjęciu czynności zmierzających do skonsumowania wadium, nie wezwał wzmiankowanych wykonawców występujących wspólnie do wniesienia nowego wadium, gdyż, jak wynika z poglądów prezentowanych w orzecznictwie (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 7 kwietnia 2006 r., Sygn. akt I Ca 601/05), to wykonawca, we własnym interesie powinien śledzić tok postępowania przetargowego, zwłaszcza w sytuacji, gdy postępowanie przedłuża się, na skutek protestu wniesionego także przez tego wykonawcę.

3.

Niezależnie od wcześniejszych twierdzeń i sposobu oceny ich zasadności, należy zauważyć, iż została przerwana ciągłość ważności wadium mającego zabezpieczać ofertę

złożoną przez konsorcjum ECM Group Polska. Mianowicie, sam Zamawiający pismem z dnia 19 stycznia 2009 r. (L. dz. SU/284/2009) zażądał udokumentowania przez wzmiankowanych wykonawców występujących wspólnie, ich twierdzenia, że złożyli Zamawiającemu oryginał

Aneksu Nr 2 do Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium z dnia 17 września 2009r. na które to żądanie nie udzielono dotąd odpowiedzi. Należy zatem uznać, iż wobec nie złożenia Zamawiającemu we właściwym terminie oryginału dokumentu przedłużającego wadium złożona oferta była niezabezpieczona wadium.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający jest obowiązany wykluczyć z prowadzonego postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą lub nie zgodzili się na przedłużenia okresu związania ofertą.

4.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy pzp (zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji), polegało, w szczególności na bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego z prowadzonego postępowania, na bezpodstawnym zaniechaniu wykluczenia z postępowania Wykonawcy –Bureau Veritas Polska oraz na przyjęciu błędnej podstawy faktycznej wykluczenia z postępowania wykonawców występujących wspólnie -Konsorcjum ECM Group Polska. Tymczasem rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego winny być wiążące dla wszystkich wykonawców, także tych, którzy złożyli ofertę korzystniejszą z ekonomicznego punktu widzenia.

Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku polegającego na tym, iż w przypadku nie wykluczenia z postępowania, wykluczenia z postępowania wykonawcy –Bureau Veritas Polska oraz przyjęcia właściwej podstawy faktycznej wykluczenia wykonawców występujących wspólnie ECM Group Polska, złożona oferta Bud - Invent zostałaby uznana za najkorzystniejszą, a w rezultacie przedmiotowe zamówienia zostałyby udzielone Odwołującemu.

Zamawiający w dniu 13 lutego 2009 r. rozstrzygnął protest przez jego:

- 1) oddalenie w części objętej punktami I-IV protestu
- 2) uwzględnienie co do punktu V protestu.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podał następującą argumentację formalno – prawną.

I.

Dotyczy; zarzutu niezgodnego z prawem wykluczenia Protestującego z postępowania Protestujący w proteście podważa czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu go z postępowania w powodu złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do określonego dnia, nie zaś o określoną liczbę dni, tak jak żądał tego Zamawiający w przesłanym do Protestującego wezwaniu.

Ponieważ Zamawiający wystąpił o przedłużenie terminu związania ofertą do Wykonawców o 30 dni wezwaniem z 24 listopada 2008 r., oświadczenie Protestującego ze wskazaną, konkretną datą (pierwotnie do dnia 4 stycznia 2009 r., a następnie na dalsze okresy) nie uczyniło zadość żądaniu Zamawiającego, opartemu na art. 85 ust. 2 ustawy. Przyjęcie i uznanie za prawidłowe oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do określonego dnia (określonej daty), a nie jak przewiduje to ustawa o określoną liczbę dni powoduje, że sytuacja prawna podmiotu, który złożył takie oświadczenie (czyli Protestującego) różni się znacząco od sytuacji prawnej wykonawcy, który zgodnie z wezwaniem Zamawiającego wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o określoną liczbę dni. Wykonawca, który przedłużył termin związania ofertą do określonej daty, ma bowiem możliwość wycofania się z postępowania bez żadnych konsekwencji dla siebie po upływie wskazanej w oświadczeniu daty. Zamawiający jest w takiej sytuacji uzależniony od dobrej woli wykonawcy co do chęci dalszego udziału w postępowaniu. tj. wykonawca, który wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do określonej przez siebie daty może bądź przed tą datą ponownie wyrazić zgodę na dalsze przedłużenie terminu związania oferta, bądź też nie składając takiego oświadczenia -wycofać się z postępowania, Tymczasem Wykonawca, który wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, jest bezwarunkowo związany ofertą, aż do upływu terminu oznaczonego w wezwaniu (w istniejącym stanie faktycznym jest to dodatkowy 30-dniowy termin związaniu ofertą, który z uwagi na postępowania protestacyjno-odwoławcze i związane z nimi okresy zawieszenia terminu związania jeszcze nie upłynął). Taka różna sytuacja prawna dwóch (lub więcej) podmiotów implikuje po stronie Zamawiającego obowiązek wykluczenia Wykonawcy, który złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do określonej daty. W przeciwnym przypadku doszłoby do naruszenia zasad prowadzenia postępowania określonych w art. 7 ustawy pzp. Złożone przez Protestującego oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do 4 stycznia 2009 r. spowodowało, że Protestujący mógł bez żadnych ujemnych skutków dla siebie zrezygnować z udziału w postępowaniu już po 4 stycznia 2009

r. Gdyby zaś Protestujący wyraził zgodę w treści odpowiadającej ustawie i wezwaniu Zamawiającego, byłby nadal i bezwarunkowo związany ofertą w przedmiotowym postępowaniu. Dla oceny przedmiotowego stanu prawnego bez znaczenia jest fakt, że Protestujący składał do Zamawiającego kolejne oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą o dalsze okresy. Albowiem jego skuteczne pozostawanie związanym ofertą w zaistniałym stanie faktycznym zależało już tylko od woli Wykonawcy. Rodziło to po stronie Zamawiającego stan niepewności prawnej.

II.

Dotyczy: zarzutu zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Bureau Veritas Polska.

Jedyną ważną ofertą w mniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pozostała oferta złożona przez Bureau Veritas Polska z uwagi na ważne oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Pierwsze oświadczenie Bureau Veritas Polska w tej sprawie było obarczone wadą, czego Zamawiający od początku był świadomy. Bureau Veritas Polska w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 24 listopada 2008 r. do przedłużenia okresu związania ofertą pismem z 4 grudnia 2008 r. wyraziło zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni, licząc od 29 listopada 2008 r., ale złożyło to oświadczenie woli pod warunkiem uznania przez Zamawiającego za wystarczające dokumentów polis ubezpieczeniowych, którymi wówczas dysponował, i wyjaśnień do nich. Bureau Veritas Polska nie uczyniło więc od razu zadość wezwaniu Zamawiającego. Bezwarunkowe oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało zawarte dopiero w oświadczeniu z 12 grudnia 2008 r. Pismem z 12 grudnia 2008 r. Wykonawca ten złożył już prawidłowe, bo nie zawierające warunku, oświadczenie woli o stanowczym przedłużeniu terminu związania ofertą.

Dokonując wykładni oświadczenia Bureau Veritas Polska z 12 grudnia 2008 r., należy mieć też na uwadze treść przepisu art. 61 §1 k.c. Zgodnie z nim oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią (teoria doręczenia). Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Z kolei zgodnie z art. 62 oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, nie traci mocy wskutek tego, że zanim do tej osoby doszło, składający je zmarł lub utracił zdolność do czynności prawnych, chyba że co innego wynika z treści oświadczenia, z ustawy lub z okoliczności. Otóż z okoliczności wynika, że Zamawiający wyraził zgodę na zmodyfikowanie pierwotnego, wadliwego oświadczenia z dnia 4 grudnia 2008 r., przez co oświadczenie z 12 grudnia 2008 r. wywołało zamierzony przez Bureau Veritas Polska Sp. z o. o. skutek bezwarunkowego przedłużenia terminu związania ofertą o 30 dni. Oświadczenie z 12 grudnia 2008 r. podlegało ocenie przez Zamawiającego po "odwieszeniu" biegu związania ofertą.

### III

Dotyczy: zarzutu zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Bureau Veritas Polska.

Protestujący w pkt. 4 uzasadnienia protestu stwierdził, iż z polecenia przelewu złożonego przez Bureau Veritas Polska jako dowód wniesienia wadium "nie wynika w sposób jednoznaczny i ostateczny, że bank wzmiankowanego Wykonawcy zrealizował polecenie i przelał wymaganą kwotę na rachunek Zamawiającego. Protestujący stwierdził dalej, że złożony dokument "nie jest w istocie dowodem złożenia wadium ... ". Na tej podstawie Protestujący wywodzi, iż powyższe jest jego zdaniem przesłanką do odrzucenia oferty ww. Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający uznaje zarzut Protestującego za bezpodstawny i nieuzasadniony. Złożona przez Bureau Veritas Polska na potwierdzenie wniesienia wadium potwierdzona za zgodność z oryginałem kopia polecenia przelewu stanowi wymagany przez SIWZ dowód wniesienia wadium, tudzież pozostaje w zgodzie z wymogami ustawy. Ponadto kwota wadium została zaksięgowana na koncie Zamawiającego przed upływem terminu na złożenie oferty, co oznacza prawidłowe zabezpieczenie rozważanej oferty wadium.

### IV.

Dotyczy: zarzutu zaniechania czynności odrzucenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum ECM Group Polska.

Zarzut sprecyzowany w pkt 5 uzasadnieniu protestu, był już przedmiotem wcześniejszego protestu Protestującego wniesionego pismem z 23 października 2008r. Protest z 23 października 2008 r. w zakresie ww. zarzutu został przez Zamawiającego prawomocnie oddalony. Zatem w przedmiocie tego zarzutu zastosowanie ma art. 181 ust 7 ustawy, zgodnie z którym wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust 3 nie mogą następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności Zamawiający tylko z ostrożności procesowej przedstawia poniższą argumentację w tym przedmiocie (za uzasadnieniem rozstrzygnięcia protestu wniesionego 23 października 2008 r.). Otóż, formularz oferty w rubryce 2 określa, przez kogo i w czym imieniu złożona jest dana oferta. Z rubryki 2 Formularza oferty złożonej przez Konsorcjum ECM Group Polska z kolei wynika, że oferta ta złożona jest przez konsorcjum ECM Group Polska. Ponadto stosownie do treści art. 23 ust 2 ustawy ECM Group Polska Sp. z o. o. oraz BEG Ingerierie Polska Sp. z o. o. jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia ustanowili ECM Group Polska pełnomocnikiem do reprezentowania ich w postępowaniu. Oferta Konsorcjum ECM została więc złożona przez dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (ECM Group Polska Sp. z o.o. oraz BEG Ingerierie Polska Sp. z o.o.) i podpisana w ich imieniu przez Prezesa zarządu ECM Group Polska Sp. z o.o.. Aleksandra D., Powyższe zdaniem

Zamawiającego nie powinno budzić wątpliwości formalno-prawnych. Ponadto Protestujący w żaden sposób nic wykazał, dlaczego miałyby nastąpić zmiana podmiotowa po stronie Wykonawców. Kto kogo miałyby zastąpić? -Analiza formularza oferty i pełnomocnictwa uzasadnia wnioski, że cały czas mamy do czynienia z Wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie, ECM Group Polska Sp. z o. o. oraz BEG Inżynieria Polska Sp. z o. o.

V

Dotyczy: zarzutu czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum ECM Group Polska, w zakresie podstawy faktycznej dokonania tej czynności.

W pkt 6 uzasadnienia protestu Protestujący przyjął założenie, że w wyniku złożenia przez Zamawiającego pisma do wystawcy gwarancji, Polskiego Towarzystwa Ubezpieczeniowego S.A., z żądaniem wypłaty 100.000 zł tytułem zatrzymania wniesionego przez Konsorcjum ECM wadium ,-"gwarancja ubezpieczeniowa, czyli de facto wadium została przez Zamawiającego skonsumowana". W wyniku takiego założenia Protestujący przyjął, że przedmiotowa gwarancja wygasła, oferta Konsorcjum ECM przestała być zabezpieczona wadium i dlatego Zamawiający powinien był wykluczyć Konsorcjum ECM Group Polska z powodu zaistnienia wskazanej wyżej podstawy faktycznej. Wywód ten Zamawiający podziela. Złożenie wezwania do wypłaty z gwarancji powoduje skutek wygaśnięcia dokumentu gwarancji wskutek zrealizowania prawa uprawnionego z gwarancji. Gwarancja Polskiego Towarzystwa Ubezpieczeniowego S.A. miała charakter bezwarunkowy i nieodwołalny oraz była płatna na pierwsze żądanie Zamawiającego. Oznacza to, że gwarant był tu zobowiązany do wypłaty bez możliwości samodzielnego oceniania zasadności żądania wypłaty. Pomiędzy żądaniem wypłaty przez Zamawiającego a wypłatą przez gwaranta zachodził tu swego rodzaju automatyzm.

Co do twierdzeń Protestującego zawartych w pkt 7 uzasadnienia protestu Zamawiający informuje, że przerwana ciągłość ważności wadium w wyniku zaniechania złożenia we właściwym terminie oryginału Aneksu nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej powinna być jedną z przyczyn wykluczenia Konsorcjum ECM z przedmiotowego postępowania. Dlatego w tym zakresie Zamawiający też uznaje protest.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający postanowił jak na wstępie.



W dniu 23 lutego 2009r. Konsorcjum ECM Group Polska (Odwołujący) złożyło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w zakresie uwzględnienia przez Zamawiającego w dniu 13 lutego 2009r. protestu wniesionego przez Konsorcjum Bud-Invent w zakresie zarzutu dotyczącego zmiany podstawy faktycznej wykluczenia Odwołującego.

Odwołujący w swoim przystąpieniu do w/w protestu opowiadał się za oddaleniem tego zarzutu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 46 ust. 5 pkt 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego z powodu braku zabezpieczenia oferty Odwołującego wadium i przerwania ciągłości wadium.

W ocenie Odwołującego jego interes prawny został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ przed dokonaniem powtórnej oceny ofert i wykluczeniem Odwołującego, oferta Odwołującego była w niniejszym postępowaniu najkorzystniejszą.

Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i oddalenie protestu w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu.

Odwołujący podał terminy w postępowaniu protestacyjno -odwoławczym:

27 stycznia 2009 r. -informacja o dokonaniu ponownej oceny ofert, wykluczeniu Odwołującego i ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty;  
6 lutego 2009 r. -wniesienie protestu przez Konsorcjum Bud-Invent;  
9 lutego 2009 r. -przystąpienie Odwołującego do postępowania protestacyjnego;  
13 lutego 2009 r. -rozstrzygnięcie protestu przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił następującą argumentację formalno-prawną. Zamawiający uwzględnił protest konsorcjum firm: Bud-Invent w zakresie rozstrzygnięcia protestu z dnia 6 lutego 2009 r. tj. uznając za podstawę faktyczną wykluczenia Odwołującego brak zabezpieczenia oferty wadium oraz przerwanie ciągłości wadium.

I. W ocenie Odwołującego, Zamawiający niesłusznie podzielił argumentację Bud-Invent, że w wyniku złożenia do Polskiego Towarzystwa Ubezpieczeniowego S.A. żądania wypłaty wadium nastąpił "skutek wygaśnięcia gwarancji wskutek zrealizowania prawa uprawnionego z gwarancji". Zamawiający uznał, że gwarancja wygasła automatycznie wskutek samego

żądania, niezależnie od tego, czy faktycznie nastąpiła wypłata sumy gwarancyjnej, a uzasadnieniem tego poglądu miał być brak możliwości oceny żądania wypłaty samodzielnie przez towarzystwo ubezpieczeniowe.

Zarzut ten jest całkowicie niezasadny, ponieważ ostatecznie, na skutek wniesienia odwołania do Prezesa UZP nie doszło do wypłaty kwoty z gwarancji ubezpieczeniowej, a Odwołujący cały czas ją przedłużał, przedkładając stosowne aneksy Zamawiającemu. Na marginesie należy zauważyć, że nawet wypłata sumy gwarancyjnej nie spowodowałaby wygaśnięcia ("skonsumowania") wadium, ponieważ wówczas zmieniałaby się tylko jego forma - z gwarancji ubezpieczeniowej na wadium pieniężne.

Wobec powyższego brak przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp w postaci nie wniesienia wadium w okresie związania ofertą.

II. Zamawiający podzielił również niezasadne stanowisko Bud -Invent odnośnie przerwania ciągłości wadium Odwołującego w wyniku zaniechania złożenia we właściwym terminie oryginału Aneksu nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej. Świadczyć ma o tym wezwanie Zamawiającego do Odwołującego z dnia 19 stycznia 2009 r. do udokumentowania złożenia Zamawiającemu Aneksu nr 2, na które zdaniem Bud-Invent nie udzielono odpowiedzi. Odwołujący odpowiedział Zamawiającemu pismem z dnia 21 stycznia 2009 r., w którym wyjaśnił, że Aneks nr 2 został dostarczony Zamawiającemu i przedstawił okoliczności sprawy oraz przedłożył mu duplikat Aneksu nr 2, uprawniający Zamawiającego do wypłaty wadium na równi z oryginałem aneksu.

Z decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego oraz z rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez Odwołującego w dniu 5 lutego 2009 r. wynika zaś wyraźnie, że Zamawiający uznał wyjaśnienia Odwołującego za wystarczające, skoro cały czas twierdził, że zamawiający przedłużył termin związania ofertą, a co za tym idzie wadium (Odwołujący zawsze robił to jednocześnie) do 28 stycznia 2009 r. Aneks nr 2 stanowił bowiem przedłużenie wadium do tego dnia. Ponadto, Zamawiający otrzymując odpowiedź Odwołującego w dniu 21 stycznia 2009 r. wyjaśniającą sprawę oryginału Aneksu nr 2 i następnie decydując się na wykluczenie Odwołującego nie powołał jako podstawy wykluczenia braku ciągłości wadium. Uczynienie z tej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia na skutek uwzględnienia protestu innego wykonawcy stanowi kuriozum, ponieważ uwzględniając protest w tym zakresie Zamawiający usiłuje dokonać zmiany stanu faktycznego, a zatem przyznaje Protestującemu rację co do faktów, które nie mogą podlegać ocenie osoby trzeciej, gdyż dotyczyły one sytuacji jedynie między Zamawiającym a Odwołującym. Tylko Zamawiający i Odwołujący mogli mieć wiedzę o tym, czy Aneks nr 2 w oryginale rzeczywiście został złożony, czy też nie. Kwestia ta została wyjaśniona między

Odwołującym i Zamawiającym, a następnie w wyniku zarzutu innego wykonawcy Zamawiający dokonał zmiany stanu faktycznego. Takie działanie Zamawiającego świadczy o nierzetelnym i naruszającym zasady uczciwej konkurencji zachowaniu Zamawiającego, który w trakcie postępowania zmienia swoje twierdzenia o fakcie zaistnienia pewnych obiektywnych wydarzeń.

W oparciu o powyżej przytoczone argumenty prawne i faktyczne przedmiotowe odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

W przystąpieniu do postępowania protestacyjnego w dniu 9 lutego 2009r.

Odwołujący ECM Group Polska odnosząc się do zarzutów protestu wniósł o:

1. odrzucenie protestu w zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego podpisania oferty przez Przystępującego;
2. oddalenie protestu w zakresie następujących zarzutów i żądań:
  - 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
  - 2) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty Protestującego;
  - 3) wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu;
  - 4) odrzucenia oferty Przystępującego;
- III. Uwzględnienie protestu w zakresie następujących zarzutów i żądań:
  - 1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanej w dniu 27 stycznia 2009 r.;
  - 2) unieważnienia czynności wykluczenia Protestującego;
  - 3) wykluczenia z postępowania wykonawcy Bureau Veritas Polska i odrzucenia jego oferty.

Przystępujący w pełni popiera argumentację wskazaną przez Protestującego na poparcie stanowiska, że wykonawca Bureau Veritas podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania.

Przystępujący popiera również argumentację Protestującego na poparcie zarzutu nieprawidłowego wykluczenia Przystępującego i Protestującego z powodu przedłużenia terminu związania ofertą do konkretnej daty, a nie o wskazaną ilość dni, jak życzył sobie Zamawiający.

Natomiast zarzuty Protestującego, podniesione względem oferty Przystępującego są całkowicie niezasadne.

1. Zarzut dotyczący składania podpisów na ofercie Przystępującego jest spóźniony z uwagi na to, że Protestujący miał możliwość złożenia protestu na tę okoliczność już po otrzymaniu

zawiadomienia o pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 16 października 2008 r. W tym więc zakresie, Przystępujący wnosi o odrzucenie protestu jako wniesionego po terminie.

2. Zarzut braku wadium Przystępującego z powodu "skonsumowania" go wezwaniem zamawiającego do wypłaty kwoty wadium jest całkowicie chybiony. Wadium nie zostało bowiem wypłacone zamawiającemu przez ubezpieczyciela z uwagi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2009 r. unieważniającej czynność zatrzymania wadium.

3. Zarzut przerwania ciągłości wadium Przystępującego jest niezasadny z uwagi na to, że wadium było przez Przystępującego regularnie przedłużane i nie nastąpił żaden dzień przerwy w zabezpieczeniu oferty Przystępującego wadium. Przystępujący odpowiedział zamawiającemu na wezwanie z dnia 19 stycznia 2008 r.

Interes prawny w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wyraża się w możliwości uzyskania przez Konsorcjum ECM Group Polska niniejszego zamówienia w przypadku rozstrzygnięcia protestu zgodnie z żądaniem Przystępującego.

W dniu 13 lutego 2009r. Zamawiający rozstrzygnął protest w sposób opisany jak przy odwołaniu o Sygn. akt KIO/UZP/201/09.

### 3. Odwołanie o Sygn. akt KIO/UZP/214/09

W dniu 20 lutego 2009 r. Konsorcjum ECM Group Polska wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- I. art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1, art. 94 ust. 2 w zw. z art. 191 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp polegające na dokonaniu ponownej oceny ofert, wykluczeniu Odwołującego i wyborze oferty Konsorcjum Bureau Veritas Polska w sytuacji, gdy pozostawała w mocy pierwotnie dokonana ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 16 października 2008 r.;
- II art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 85 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego, podczas gdy Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą, a

zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Bureau Veritas Polska , który odmówił zgody na przedłużenie terminu związania ofertą;

- III. art. 70 ze zn. 4 § 2 i 60 kodeksu cywilnego, polegające na uchyleniu się Zamawiającego od zawarcia umowy z Odwołującym.

Interes prawny Odwołującego został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ przed dokonaniem powtórnej oceny ofert i wykluczeniem Odwołującego, oferta Odwołującego była w niniejszym postępowaniu najkorzystniejszą.

Wskazując na powyższe wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty Bureau Veritas Polska;
2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego;
3. wyznaczenia Odwołującemu nowego terminu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

Odwołujący przedstawił terminy w postępowaniu protestacyjno -odwoławczym następująco:

27 stycznia 2009 r. -informacja o dokonaniu ponownej oceny ofert, wykluczeniu

Odwołującego i ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty;

5 lutego 2009 r. -wniesienie protestu przez Odwołującego;

13 lutego 2009 r. -rozstrzygnięcie protestu przez Zamawiającego.

Odwołujący przedstawił następującą argumentację formalno- prawną w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podtrzymał w pełni zarzuty oraz argumentację przytoczoną na ich poparcie zawarte w proteście z dnia 4 lutego 2009 r.

- I. Zarzut niezgodnego z prawem dokonania ponownej oceny ofert wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podtrzymał zarzut protestu dotyczący tego, że po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanego w trybie art. 94 ust. 2 Pzp, postępowanie wraca do etapu, na którym znajdowało się przed tą czynnością. Pozostaje w mocy ocena ofert i wybór oferty Odwołującego dokonane przez Zamawiającego w dniu 16 października 2008 r. Niezgodne z prawem jest więc dokonywanie ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. W trybie art. 94 ust. 2 Pzp zamawiający wybiera bowiem kolejną ofertę bez przeprowadzania ponownej oceny ofert. W wyniku wyboru oferty kolejnego wykonawcy, w przypadku uchylenia się wykonawcy wybranego, nie zostaje automatycznie, z mocy prawa, unieważniona dokonana przez zamawiającego ocena ofert. Zamawiający w

trybie art. 94 ust. 2 Pzp dokonuje wyboru następnego wykonawcy w ramach obowiązującej oceny ofert.

Dokonując zaś w tej sytuacji ponownej oceny ofert Zamawiający naruszył przepis art. 94 ust. 2 Pzp, a także art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, które nakazują mu udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Poprzednio dokonana ocena ofert pozostawała w mocy. W wyniku unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2009 r. (KIO/UZP 1484/08), postępowanie powróciło do etapu, na którym znajdowało się przed dokonaniem wadliwych czynności. Ostatnią zaś decyzją Zamawiającego przed zatrzymaniem wadium Odwołującego było zaproszenie go do zawarcia umowy.

W tej sytuacji, po wyroku KIO Zamawiający ma jedynie możliwość zawarcia umowy z Odwołującym lub unieważnienia postępowania, jeżeli zachodzą ku temu przesłanki. W żadnym zaś wypadku nie może cofnąć się do etapu ponownej oceny ofert.

II. Zarzut niezgodnego z prawem wykluczenia Protestującego.

Wbrew temu, co twierdzi Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, pomiędzy datą 16 października 2008 r., a 27 stycznia 2009 r. nie zaszły żadne prawnie doniosłe okoliczności, które spowodowałyby konieczność wykluczenia Odwołującego.

W szczególności nie zaistniała przesłanka wykluczenia Odwołującego z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp tj. brak wniesienia wadium lub odmowa zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Ustawa nie uzależnia ważności przedłużenia okresu związania ofertą od tego, czy następuje ono poprzez wskazanie ilości dni, czy konkretnej daty. Przepis

Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nakazuje wykluczyć wykonawców, którzy "nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą", a zatem przesłanką jest tu jedynie brak zgody na przedłużenie związania ofertą. Tymczasem Zamawiający nie kwestionuje w rozstrzygnięciu protestu, że Odwołujący przedłużył ten termin. Sam mówi o złożonym przez Protestującego oświadczeniu o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 28 grudnia 2008 r. (str. 2 rozstrzygnięcia in fine). Niestety, dla Zamawiającego nie ma znaczenia ani pierwotne przedłużenie terminu związania ofertą, ani kolejne, o czym świadczy następujące zdanie z rozstrzygnięcia: "Dla oceny przedmiotowego stanu prawnego bez znaczenia jest fakt, że Protestujący składał do Zamawiającego kolejne oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą o dalsze okresy". To twierdzenie stoi również w sprzeczności z uzasadnieniem wykluczenia Odwołującego przez Zamawiającego, według którego przedłużanie terminu do konkretnej daty rodziło po stronie Zamawiającego stan niepewności prawnej co do pozostawania związanym ofertą przez Odwołującego. W świetle okoliczności faktycznych i prawnych niniejszej sprawy nie było po stronie Zamawiającego stanu niepewności prawnej co do pozostawania związanym swoją ofertą przez

Odwołującego i jego woli zawarcia umowy z Zamawiającym. Odwołujący wzywał Zamawiającego kilkakrotnie w niniejszym postępowaniu do zawarcia umowy, ostatnio pismem z dnia 21 stycznia 2009 r., w którym prosił o jak najszybsze podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeśli zaś chodzi o okoliczności prawne, to zgodnie z art. 94 ust. 1, a ustawy pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. (gdyż postępowanie zostało wszczęte przed wejściem w życie tej nowelizacji tj. przed 24 października 2008 r.), umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta po upływie terminu związania ofertą, jeżeli zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty przed upływem terminu związania ofertą, a wykonawca wyraził zgodę na zawarcie umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie. Nawet więc mimo upływu terminu związania ofertą Zamawiający może zawrzeć umowę z Odwołującym, gdyż przekazał wykonawcom w dniu 16 października 2008 r. informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, a Odwołujący niezmiennie wyraża wolę zawarcia umowy na warunkach określonych w swojej ofercie. W tej sytuacji, wykluczenie Odwołującego w dniu 27 stycznia 2009 r., a więc po poinformowaniu wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i uprawomocnieniu się tej decyzji, a jednocześnie przy braku okoliczności świadczących o odmowie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą jest nieuprawnione. Świadczy o tym również kolejne zdanie z rozstrzygnięcia protestu, iż "Zamawiający na dzień podjęcia decyzji w przedmiocie wyniku postępowania posiadał jedynie zobowiązanie Protestującego wyrażającego zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 28 stycznia 2009 r." (str. 3, akapit drugi).

W świetle powyższego zasadność wykluczenia budzi wątpliwości nie tylko ze względów prawnych, ale i celowościowych. Trudno bowiem znaleźć logikę w działaniach i twierdzeniach Zamawiającego. Skoro bowiem Zamawiający twierdzi, że wykluczył Odwołującego z uwagi na nieprawidłowe przedłużenie terminu związania ofertą, powodujące po jego stronie niepewność prawną co do możliwości zawarcia umowy z Odwołującym, to dlaczego nie spróbował go chociaż wezwać do zawarcia umowy? Jego sytuacja byłaby nawet wtedy korzystniejsza, ponieważ w przypadku odmowy zawarcia umowy, mając ważne wadium i przedłużenie terminu związania ofertą (na chwilę obecną do dnia 28 lutego 2009 r.), mógłby ponownie zatrzymać wadium Odwołującego. Natomiast działanie Zamawiającego ewidentnie nakierowane jest na usunięcie Odwołującego z niniejszego postępowania, przy czym podejmując czynności w tym kierunku Zamawiający narusza przepisy ustawy. O tym, że przedłużenie terminu związania ofertą, dokonane przez Odwołującego pismem z dnia 25 listopada 2008 r. było prawidłowe, świadczy również i to, że pismo to było przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej przy okazji rozpatrywania odwołania w sprawie KIO/UZP 1484/08. Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości przedłużenia okresu

związania ofertą przez Protestującego. W ocenie Izby "Oświadczenie konsorcjum ECM złożone Zamawiającemu w dniu 25 listopada 2008 roku o zgodzie na przedłużenie terminu związania ofertą, oznaczało potwierdzenie gotowości zawarcia umowy o treści określonej w ofercie".

Jednocześnie z przedłużaniem okresu związania ofertą Odwołujący przedłużał ważność gwarancji wadium. Przez cały czas Odwołujący pozostawał związany swoją ofertą, która nieprzerwanie była zabezpieczona wadium. Dlatego twierdzenie, że Odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, na co powołuje się Zamawiający, jako na przesłankę wykluczenia Odwołującego jest nieuprawnione.

### III. Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Bureau Veritas Polska.

Odwołujący podtrzymuje zarzut dotyczący wyboru oferty wykonawcy Bureau Veritas Polska i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy, ze względu na odmowę zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 listopada 2008 r. Bureau Veritas Polska w piśmie z dnia 4 grudnia 2008 r. uzależniło wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą od uznania przez Zamawiającego, że przedłożone przez Bureau Veritas dokumenty, wymagane do podpisania umowy, spełniają wymogi SIWZ. Zamawiający potwierdził w rozstrzygnięciu protestu, że oświadczenie Bureau Veritas z dnia 4 grudnia 2008 r. było nieprawidłowe. Stwierdził jednak, że wykonawca ten odwołał skutecznie swoje wadliwe oświadczenie woli pismem z dnia 12 grudnia 2008 r., kiedy to złożył, zdaniem Zamawiającego, już bezwarunkową zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Jednakże nie jest to pogląd prawidłowy. Po pierwsze, Bureau Veritas Polska nie odwołało skutecznie swojego oświadczenia woli z dnia 4 grudnia, ponieważ zgodnie z art. 61 ust. 1 zd. 2 k.c. odwołanie go byłoby skuteczne tylko wtedy, gdyby doszło do Zamawiającego jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Natomiast kolejne pismo od tego wykonawcy wpłynęło do Zamawiającego w dniu 12 grudnia 2008 r. Ponadto, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma znaczenia, czy Zamawiający wyraził zgodę na odwołanie oświadczenia, czy nie, ponieważ wyrażenie takiej zgody byłoby naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, a jako stanowiące obejście ustawy Prawo zamówień publicznych, z mocy art. 58 § 1 k.c. nieważne. W przypadku bowiem nieprawidłowego oświadczenia wykonawcy, zamawiający nie może sanować jego uchybienia zgadzając się na odwołanie wadliwego oświadczenia i złożenie prawidłowego. Dochodzi wówczas do nieuprawnionego uprzywilejowania wykonawcy, na którego uchybienia Zamawiający "przyryka oko" i zezwala mu na poprawienie błędnej decyzji, podczas gdy pozostali wykonawcy, nieuprzywilejowani, są traktowani rygorystycznie, a wszelkie ich nawet wyłącznie hipotetyczne uchybienia są wykorzystywane do ich eliminacji z postępowania.



Taka właśnie sytuacja nierównego traktowania zachodzi w niniejszym postępowaniu, gdzie Zamawiający otrzymując wadliwe oświadczenie Bureau Veritas Polska o przedłużeniu terminu związania ofertą, a właściwie odmowę przedłużenia, wezwał ponownie tego wykonawcę do wyrażenia zgody na przedłużenie, a następnie uznaje jego kolejne oświadczenie za prawidłowe i odwołujące poprzednie, mimo że wola odwołania z niego nie wynika. Po drugie bowiem Zamawiający błędnie interpretuje oświadczenie Bureau Veritas Polska z dnia 12 grudnia 2008 r. jako odwołujące oświadczenie z dnia 4 grudnia 2008 r., gdy tymczasem późniejsze z nich jedynie potwierdza wcześniejsze, a nie odwołuje go.

Wykonawca, w piśmie z 12 grudnia 2008r. pisze bowiem, że oświadcza zgodnie z wcześniejszą korespondencją, iż przedłuża ważność wadium i termin związania ofertą o 30 dni, co było intencją wcześniejszych pism kierowanych do Zamawiającego.

Oznacza to, że również i kolejne przedłużenie terminu związania ofertą zostało złożone pod warunkiem, gdyż bez wątpienia warunek ten nie został odwołany.

Z okoliczności sprawy nie wynika też, żeby Bureau Veritas Polska przedłożyło Zamawiającemu jakieś inne dokumenty do zawarcia umowy, spełniające wymogi SIWZ, niż przedłożone pierwotnie. W piśmie z dnia 4 grudnia 2008 r. kierowanym do tego wykonawcy, Zamawiający ocenił negatywnie dokumenty przedłożone przez Bureau Veritas Polska, spełnił się zatem warunek z pisma z dnia 4 grudnia 2008 r. tj. uznania za niewystarczające dokumentów wymaganych przed podpisaniem umowy, co spowodowało, że w dniu 4 grudnia 2008 r. stało się skuteczne oświadczenie Bureau Veritas Polska o odmowie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

### 3. Uchylenie się Zamawiającego od zawarcia umowy z Protestującym.

Odwołujący podtrzymuje zarzut dotyczący bezzasadnego zaniechania przez Zamawiającego wyznaczenia kolejnego terminu zawarcia umowy z Odwołującym, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu wyrokiem KIO z dnia 9 stycznia 2009 r. Zamawiający powinien, po przeprowadzeniu nakazanego unieważnienia czynności, powrócić do etapu postępowania, w którym znajdowało się ono przed dokonaniem unieważnionych czynności. Zgodnie więc z zaleceniami KIO, wynikającymi z uzasadnienia wyroku z dnia 9 stycznia 2009 r., Zamawiający powinien wyznaczyć Odwołującemu termin zawarcia umowy z uwzględnieniem czasu niezbędnego na aktualizację dokumentów wymaganych przed zawarciem umowy. Mimo takiego obowiązku, wynikającego z faktu prawomocnego wyboru oferty Odwołującego, Zamawiający zaniechał takiego wezwania.

V. Odpowiedź na zarzut Przystępującego odnośnie braku zabezpieczenia oferty wadium.

Przystępujący do postępowania protestacyjnego zarzucił Odwołującemu brak zabezpieczenia oferty wadium z powodu wygaśnięcia ("skonsumowania") wadium na skutek skierowania do ubezpieczyciela przez Zamawiającego wezwania do wypłaty wadium w dniu 27 listopada 2008 r. Zarzut ten jest całkowicie niezasadny, ponieważ ostatecznie, na skutek wniesienia sprawy do KIO nie doszło do wypłaty kwoty z gwarancji ubezpieczeniowej, a Odwołujący cały czas ją przedłużał, przedkładając stosowne aneksy Zamawiającemu. Na marginesie należy zauważyć, że nawet wypłata sumy gwarancyjnej nie spowodowałaby wygaśnięcia wadium, ponieważ wówczas zmieniłaby się tylko jego forma -z gwarancji ubezpieczeniowej na pieniężną,

W oparciu o powyżej przytoczone argumenty prawne i faktyczne przedmiotowe odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Zamawiający pismem z dnia 13 lutego 2009r. rozstrzygnął protest oddalając go w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający przedstawił następującą argumentację formalno-prawną.

I.

Dotyczy: zarzutu niezgodnego z prawem dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty (pkt I uzasadnienia protestu) oraz zarzutu niezgodnego z prawem wykluczenia Protestującego (pkt II uzasadnienia protestu).

Co do możliwości powrotu do pierwotnego wyboru Konsorcjum ECM Group Polska i wyznaczenia kolejnego terminu podpisania z nim umowy po myśli orzeczenia KIO o Sygn. akt KIO/UZP/1484/08 Zamawiający ocenił, że nie jest to prawnie dopuszczalne. Protestujący twierdzi, że z uwagi na wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2009 r., pozostaje w mocy ocena ofert i wybór oferty Protestującego, które to czynności Zamawiający dokonał w dniu 16 października 2008 r. Protestujący zdaje się nie zauważać jednak, iż pomiędzy wyborem oferty dokonanym 16 października 2008 r. a 27 stycznia 2009 r. zaistniało wiele doniosłych prawnie okoliczności, które miały wpływ na wynik postępowania i których ze względu na zasady określone w art. 7 ustawy Zamawiający nie mógł pominąć. Wbrew twierdzeniom Protestującego, jakoby to Zamawiający naruszył przepis art. 94 ust 2 ustawy, a także art. 7 ust 1 i 3 ustawy, Zamawiający stwierdza, że naruszyłby te zasady wówczas, gdyby zawarł umowę z Protestującym bez wzięcia pod uwagę okoliczności, jakie miały miejsce pomiędzy 16 października 2008 r. a 27 stycznia 2009 r.

Ponieważ Zamawiający wystąpił o przedłużenie terminu związania ofertą do Wykonawców o 30 dni wezwaniem z 24 listopada 2008 r.; oświadczenie Protestującego ze wskazaną,

konkretną datą (pierwotnie do dnia 4 stycznia 2009 r., a następnie na dalsze okresy) nie uczyniło zadość żądaniu Zamawiającego, opartemu na art. 85 ust. 2 ustawy. Przyjęcie i uznanie za prawidłowe oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do określonego dnia (określonej daty), a nie jak przewiduje to ustawa o określonej liczbie dni powoduje, że sytuacja prawna podmiotu, który złożył takie oświadczenie (czyli Protestującego) różni się znacząco od sytuacji prawnej wykonawcy, który zgodnie z wezwaniem Zamawiającego wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o określoną liczbę dni. Wykonawca, który przedłużył termin związania ofertą do określonej daty, ma bowiem możliwość wycofania się z postępowania bez żadnych konsekwencji dla siebie po upływie wskazanej w oświadczeniu daty. Zamawiający jest w takiej sytuacji uzależniony od dobrej woli wykonawcy co do chęci dalszego udziału w postępowaniu, tj. wykonawca, który wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do określonej przez siebie daty może bądź przed tą datą ponownie wyrazić zgodę na dalsze przedłużenie terminu związania ofertą, bądź też nie składając takiego oświadczenia wycofać się z postępowania. Tymczasem Wykonawca, który wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, jest bezwarunkowo związany ofertą, aż do upływu terminu wyznaczonego w wezwaniu (w istniejącym stanie faktycznym jest to dodatkowy 30-dniowy termin związania ofertą, który z uwagi na postępowania protestacyjno-odwoławcze i związane z nimi okresy zawieszenia terminu związania jeszcze nie upłynął). Taka różna sytuacja prawna dwóch (lub więcej) podmiotów implikuje po stronie Zamawiającego obowiązek wykluczenia Wykonawcy, który złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do określonej daty. W przeciwnym przypadku doszłoby do naruszenia zasad prowadzenia postępowania określonych w art. 7 ustawy. Sam Protestujący w swoim proteście stwierdził, że celem przedłużenia terminu związania ofertą jest "zagwarantowanie zamawiającemu że oferenci uczestniczący w postępowaniu nie odmówią zawarcia umowy do określonego terminu". Tymczasem złożone przez Protestującego oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 28 grudnia 2008 r.. spowodowało, że Protestujący mógł bez żadnych ujemnych skutków dla siebie zrezygnować z udziału w postępowaniu już po dniu 28 grudnia 2008 r. Gdyby zaś Protestujący wyraził zgodę w treści odpowiadającej Ustawie i wezwaniu Zamawiającego byłby nadal i bezwarunkowo związany ofertą w przedmiotowym postępowaniu. Dla oceny przedmiotowego stanu prawnego bez znaczenia jest fakt, że Protestujący składał do Zamawiającego kolejne oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą o dalsze okresy. Albowiem jego skuteczne pozostawanie związanym ofertą w zaistniałym stanie faktycznym zależało już tylko od woli Wykonawcy. Rodziło to po stronie Zamawiającego stan niepewności prawnej.

Ze względu na zawieszenie biegu terminu związania ofertą W wyniku rozpoznawania dotychczasowych protestów i odwołań wykonawców termin związania ofertą zaczął znów biec 16 stycznia 2009 r. -upływał po dacie 28 stycznia 2009 r., wskazanej przez Protestującego jako przedłużony termin związania ofertą. Nowe wyznaczenie terminu na podpisanie umowy dla Konsorcjum ECM Group Polska z uwagi na obowiązek powiadomienia wykonawców o podjętych czynnościach (w tym zwłaszcza Bureau Veritas Polska o unieważnieniu czynności jego wyboru) i upływ terminów na wniesienie ewentualnych protestów mogło nastąpić wyłącznie już po dacie 28 stycznia 2009r. Tymczasem Zamawiający na dzień podjęcia decyzji w przedmiocie wyniku postępowania posiadał jedynie zobowiązanie Protestującego wyrażającego zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 28 stycznia 2009 r. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający miał obowiązek wykluczyć Protestującego z przedmiotowego postępowania. Ponadto w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 19.01.2009 r. do udokumentowania złożenia oryginału Aneksu nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Protestujący złożył duplikat tegoż Aneksu wystawiony 20.01.2008 r., utrzymując, że uprzednio przekazał już ów oryginał bezpośrednio do Zamawiającego. Jednakże, co charakterystyczne, Protestujący nie przedstawił żadnego dowodu na złożenie oryginału (np. w postaci kopii dokumentu opatrzonego prezentatą lub dowodu nadania listu na pocztę lub kurierem). Za to Protestujący posunął się do twierdzenia, że oryginał przedmiotowego aneksu Zamawiający zagubił, co wszakże nie znalazło potwierdzenia w faktach. Zamawiający zarządził poszukiwania takiego dokumentu, który w żaden sposób nie został ujawniony. Brakuje też śladu po jego rzekomym złożeniu w formie adnotacji w dzienniku korespondencji wpływającej. W efekcie oferta Protestującego nie była przez cały okres związania ofertą zabezpieczona wadium z powodu zaniechania złożenia do Zamawiającego dokumentu potwierdzającego przedłużenie okresu ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na przedłużony okres. Biorąc powyższe pod uwagę za nieprawdziwe uznać należy oświadczenie Protestującego zawarte w treści protestu jakoby "Przez cały czas Protestujący pozostawał związany swoją ofertą; która nieprzerwanie była zabezpieczona wadium". Zamawiający ustalił bowiem, że oferta Protestującego nie była zabezpieczona. Powyższe potwierdza, iż czynności Zamawiającego polegające na wykluczeniu Protestującego z postępowania i w konsekwencji ponownym wyborze firmy Bureau Veritas Polska były zgodne z prawem, a zarzuty Protestujące w wyżej wymienionym zakresie są nieuzasadnione

II. Dotyczy: zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Bureau Veritas Polska(pkt III uzasadnienia protestu).

Jedyną ważną ofertą w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pozostała oferta złożona przez Bureau Veritas Polska z uwagi na ważne oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Pierwsze oświadczenie Bureau Veritas Polska w tej sprawie było obarczone wadą, czego Zamawiający od początku był świadomy. Bureau Veritas Polska w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 24 listopada 2008 r. do przedłużenia okresu związania ofertą pismem z 4 grudnia 2008 r. wyraziło zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni, licząc od 29 listopada 2008 r., ale złożyło to oświadczenie woli pod warunkiem uznania przez Zamawiającego za wystarczające dokumentów polis ubezpieczeniowych, którymi wówczas dysponował, i wyjaśnień do nich. Bureau Veritas Polska nie uczyniło więc od razu zadość wezwaniu Zamawiającego. Bezwarunkowe oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało zawarte dopiero w oświadczeniu z 12 grudnia 2008 r. Pismem z 12 grudnia 2008 r. Wykonawca ten złożył już prawidłowe, bo nie zawierające warunku, oświadczenie woli o stanowczym przedłużeniu terminu związania ofertą.

Dokonując wykładni oświadczenia Bureau Veritas Polska z 12 grudnia 2008 r., należy mieć też na uwadze treść przepisu art. 61 § 1 k. c, Zgodnie z nim oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią (teoria doręczenia). Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Z kolei zgodnie z art. 62 oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, nic traci mocy wskutek tego, że zanim do tej osoby doszło, składający je zmarł lub utracił zdolność do czynności prawnych, chyba że co innego wynika z treści oświadczenia, z ustawy lub z okoliczności, Otóż z okoliczności wynika, że Zamawiający wyraził zgodę na zmodyfikowanie pierwotnego, wadliwego oświadczenia z dnia 4 grudnia 2008 r., przez co oświadczenie z 12 grudnia 2008 r. wywołało zamierzony przez Bureau Veritas Polska skutek bezwarunkowego przedłużenia terminu związania ofertą o 30 dni. Nie polega więc na prawdzie twierdzenie Protestującego zawarte w treści protestu jakoby Bureau Veritas Polska w ogóle nie wyraziło zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Oświadczenie z 12 grudnia 2008 r. podlegało ocenie przez Zamawiającego po "odwieszeniu" biegu związania ofertą, Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający postanowił jak na wstępie.

Odwołujący protest złożył w dn. 4 lutego 2009 r. w którym przedstawił zarzuty i żądania zbieżne z odwołaniem.

### 3.Odwołanie o Sygn. akt KIO/UZP/214/09

O tym, że przedłużenie terminu związania ofertą, dokonane przez Protestującego pismem z dnia 25 listopada 2008 r. było prawidłowe, świadczy również i to, że pismo to było przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej przy okazji rozpatrywania odwołania w sprawie KIO/UZP 1484/08. Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości przedłużenia okresu związania ofertą przez Protestującego.

W ocenie Izby "Oświadczenie konsorcjum ECM złożone Zamawiającemu w dniu 25 listopada 2008 roku o zgodzie na przedłużenie terminu związania ofertą; oznaczało potwierdzenie gotowości zawarcia umowy o treści określonej w ofercie".

Mimo że nadmierny formalizm i wykorzystywanie pozycji dominującej przez Zamawiającego zostało mu wytknięte w wyroku KIO z dnia 9 stycznia 2009 r., Zamawiający nadal wykorzystuje swoją pozycję i w sposób wypaczający ich sens interpretuje przepisy Prawa zamówień publicznych w celu dyskryminacji Protestującego. Jeśli chodzi o przedłużenie terminu związania ofertą, Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że jest to instytucja służąca wykonawcom do wyrażenia woli bycia związanym swoją ofertą wobec zamawiającego. Jej celem jest zagwarantowanie zamawiającemu, że oferenci uczestniczący w postępowaniu nie odmówią zawarcia umowy do określonego terminu. Natomiast Zamawiający stosuje sprzecznie z prawem instytucję przedłużenia terminu związania ofertą naruszając przy tym zasady wyboru wykonawcy i uznając ofertę Bureau Veritas Polska, za najkorzystniejszą, podczas gdy to Protestujący powinien być wybrany zgodnie z przepisami ustawy, a jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert postawionych w SIWZ. W swoim piśmie z dnia 27 stycznia 2009 r. Zamawiający mylnie twierdzi również, że termin związania ofertą Protestującego upłynie w dniu 28 stycznia 2009 r., a więc wcześniej niż upłynie termin związania ofertą, tj. wg Zamawiającego w dniu 15 lutego 2009 r. Tymczasem Protestujący pismem z dnia 28 stycznia 2009 r. ponownie przedłużył termin związania ofertą i ważność wadium do dnia 28 lutego 2009 r. Przedłużanie terminu związania ofertą i ważności gwarancji wadium w przypadku Protestującego wyglądało następująco:

-na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 listopada 2008 r. Protestujący pismem z dnia 25 listopada 2009 r. przedłużył termin związania ofertą do dnia 28 grudnia 2008 r.;

-pismem z dnia 24 grudnia 2008 r. Protestujący przedłużył termin związania ofertą do dnia 28 stycznia 2009 r.:

-pismem z dnia 28 stycznia 2009 r. Protestujący przedłużył termin związania ofertą do dnia 28 lutego 2009 r.

Jednocześnie z przedłużaniem okresu związania ofertą Protestujący przedłużał ważność gwarancji wadium. Przez cały czas Protestujący pozostawał związany swoją ofertą, która nieprzerwanie była zabezpieczona wadium. Dlatego twierdzenie, że Protestujący nie wyraził

zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, na co powołuje się Zamawiający, jako przesłankę wykluczenia Protestującego jest nieuprawnione.

Zamawiający w rażąco sposób złamał zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji wykluczając z postępowania Protestującego z powodu przedłużenia terminu związania ofertą do konkretnej daty, a nie o wskazaną ilość dni, a nie wykluczając Bureau Veritas Polska, które w ogóle nie wyraziło skutecznie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 listopada 2008 r. Bureau Veritas Polska w piśmie z dnia 4 grudnia 2008 r. uzależniło wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą od uznania przez Zamawiającego, że przedłożone przez Bureau Veritas dokumenty, wymagane do podpisania umowy, spełniają wymogi SIWZ. Wykonawca ten wprost oświadczył: "W przypadku nie uznania za wystarczające powyżej opisanych dokumentów wymaganych przed podpisaniem umowy i odrzucenia naszego wyjaśnienia zawartego w niniejszym piśmie nie wyrażamy zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu o okres 30 dni, licząc od dnia 29 listopada 2008 r." . Wykonawca ten uzależnił swoją zgodę od warunku zawieszającego w postaci pozytywnej decyzji Zamawiającego. Do chwili obecnej warunek ten się nie ziścił i nie ma możliwości, aby ziścił się w przyszłości. Zamawiający nie może bowiem uznać za wystarczające polisy ubezpieczeniowe przedłożone przez Bureau Veritas, ponieważ po pierwsze zakres ubezpieczenia nie odpowiada zakresowi wymaganemu przez Zamawiającego w klauzuli 19 Warunków Szczególnych Umowy (brak objęcia ubezpieczeniem innych jeszcze niż pracownicy osób, którymi wykonawca będzie posługiwał się przy realizacji umowy), a po drugie suma ubezpieczenia podana przez wykonawcę -3 mln zł, jest zbyt niska wobec wymaganych przez Zamawiającego 4 mln zł. Brak możliwości uznania powyższych dokumentów potwierdza pismo Zamawiającego do Bureau Veritas z dnia 4 grudnia 2008 r. (znak: L. dz. SU /6477/2008); zawierające wyszczególnienie braków w ubezpieczeniu.

IV Uchylenie się Zamawiającego od zawarcia umowy z Protestującym.

Po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu wyrokiem KIO z dnia 9 stycznia 2009 r.

Zamawiający powinien, po przeprowadzeniu nakazanego unieważnienia czynności powrócić do etapu postępowania, w którym znajdowało się ono przed dokonaniem unieważnionych czynności. Zgodnie więc z zaleceniami KIO wynikającymi z uzasadnienia wyroku z dnia 9 stycznia 2009 r., Zamawiający powinien wyznaczyć Protestującemu termin zawarcia umowy z uwzględnieniem czasu niezbędnego na aktualizację dokumentów wymaganych przed

zawarciem umowy. Mimo takiego obowiązku, wynikającego z faktu prawomocnego wyboru oferty Protestującego, Zamawiający zaniechał takiego wezwania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Co do odwołania w sprawie o Sygn. akt KIO/UZP/201/09.

Skład orzekający Izby stwierdził po stronie Odwołującego interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku uwzględnienia zarzutów Odwołującego jego oferta będzie najkorzystniejsza, co umożliwi Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Odwołujący Konsorcjum Bud-Invent Zamawiającemu zarzucił naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący wnioskował o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu ponownego powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. nakazanie Zamawiającemu odstąpienia od czynności wykluczenia Odwołującego (Bud-Invent) z prowadzonego postępowania;
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z prowadzonego postępowania wykonawcy - "Bureau Veritas Polska" Sp. z o.o., ul. Migdałowa 4, 02-796 Warszawa zwanego dalej Bureau Veritas Polska oraz uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą;
5. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Bureau Veritas Polska;
6. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
7. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej, złożonej przez Odwołującego oferty.

W odwołaniu zarzucił Zamawiającemu.

1.

Zamawiający, uzasadniając oddalenie protestu w zakresie zarzutu niezgodnego z prawem wykluczenia z postępowania, pominął zagadnienia związane ze ścisłym związkiem przedłużenia terminu związania ofertą z przedłużeniem ważności wadium. Jest bowiem niemożliwe, tj. prawnie nieskuteczne przedłużenie terminu związania ofertą bez jednoczesnego przedłużenia terminu ważności wadium. Skoro zatem wybór formy wadium (w granicach przewidzianych przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych) należy do wykonawcy, a nie jest możliwe uzyskanie ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, która



by nie zawierała końcowego terminu obowiązywania, za dopuszczalne należy uznać przedłużenie terminu związania ofertą ze wskazaną konkretną datą.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie ma różnicy pomiędzy sytuacją prawną podmiotu, który wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do określonego dnia (określonej daty), a sytuacją prawną podmiotu, który wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o określoną liczbę dni.

2

W odniesieniu do zarzutu zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Bureau Veritas Polska, Zamawiający usiłuje między innymi wywodzić, iż z okoliczności wynika, że Wykonawca uzyskał zgodę Zamawiającego na zmodyfikowanie pierwotnego wadliwego oświadczenia z dnia 4 grudnia 2008 r., kolejnym oświadczeniem (z 12 grudnia 2008 r.), które wywołało skutek w postaci bezwarunkowego przedłużenia terminu związania ofertą o 30 dni.

Odwołujący podnosi, że nie istnieje żaden dokument, który zawierałby oświadczenie Zamawiającego o udzieleniu takiej zgody.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej.

Skoro zatem zgoda, na którą powołuje się Zamawiający nie została wyrażona w formie pisemnej, a co więcej nie została wyrażona wprost, lecz jedynie w sposób dorozumiany ("wynika z okoliczności"), to nawet, gdyby naprawdę została wyrażona, trzeba by uznać ją za wyrażoną z ewidentnym pogwałceniem zasady pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

3.

Co najmniej dziwny jest brak konsekwencji w działaniu Zamawiającego. Mianowicie, Zamawiający dopuszcza "stan niepewności prawnej" w odniesieniu do dalszego udziału w postępowaniu Wykonawcy Bureau Veritas Polska (nie było przecież oczywiste, że wzmiankowany Wykonawca, po wadliwym oświadczeniu z dnia 4 grudnia 2008 r., złoży jakiegokolwiek kolejne oświadczenie, a jeżeli nawet złoży, to kiedy takie oświadczenie miałyby zostać złożone Zamawiającemu).

4.

Odrębną kwestią jest możliwość zmiany treści oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zmiana treści takiego oświadczenia poprzez jego odwołanie mogłaby mieć miejsce jedynie w przypadku przewidzianym w art. 61 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym oświadczenie woli, które ma być

złożone innej osobie, jest złożone z chwilą gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią, zaś odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. W piśmie z dnia 12 grudnia 2008 r., znajduje się zresztą odwołanie do wcześniejszej korespondencji, z którego wynika, iż Burea Veritas Polska nie wycofuje się z jej treści, lecz do niej nawiązuje wyjaśniając swoje rzekome intencje.

Mianowicie, wobec wadliwości oświadczenia winien uznać, iż Bureau Veritas Polska nie uczyniło zadość wezwaniu i wykluczyć wzmiankowanego Wykonawcę z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp. W świetle obowiązujących przepisów, w tym, w szczególności w świetle przepisów powołanej ustawy, brak bowiem podstaw prawnych do zmiany oświadczenia woli złożonego przez Wykonawcę w przedmiocie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Takiej możliwości nie przewidział również Zamawiający w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

5.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Bureau Veritas Polska Odwołujący również podnosi, iż należy odróżnić faktyczne wniesienie wadium od przeprowadzenia dowodu na jego wniesienie w treści oferty, czego wymagał Zamawiający. W przedmiotowym przypadku złożenie samego polecenia przelewu nie stanowi wystarczającego dowodu na wniesienie wadium, jako iż nie potwierdza wykonania operacji bankowej, lecz jedynie złożenie w banku dyspozycji jej wykonania.

6.

Zamawiający nie odniósł się do żądań zawartych w pkt 7 i 8 złożonego protestu, co Odwołujący uznał, iż w tym zakresie protest został oddalony.

Skład orzekający rozstrzygając odwołanie nr 1 ustalił i zważył co następuje:

1. w zakresie zarzutu wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu przedłużenia terminu związania ofertą nie o 30 dni tylko do konkretnie wymienionej daty, Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 24 listopada 2008r. wezwał wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu o okres 30 dni. Jednocześnie Zamawiający w tym piśmie przywołał art.85 ust.4 ustawy pzp i na jego podstawie wskazał na dopuszczalność przedłużenia terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo wniesieniem nowego wadium, na przedłużony okres związania ofertą.

Odwołujący Bud-Invent w dniu 26 listopada 2008r. za pismem przewodnim złożył Aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, na podstawie którego

niniejsza gwarancja jest ważna w okresie od 29.09.2008r. do 04.01.2009r. w zamian poprzedniej gwarancji. W piśmie przewodnim wskazującym na załączenie Aneksu nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, Odwołujący oświadczył, że jest związany ofertą w okresie wskazanym w niniejszym Aneksie nr 1, załączonym do pisma. W ocenie Izby tak złożone oświadczenie przez Odwołującego co do przedłużenia terminu związania ofertą nie narusza treści art. 85 ust.4 ustawy pzp, zgodnie z którym przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Również art. 85 ust.2 ustawy pzp mówi, o przedłużeniu terminu związania ofertą o oznaczony okres, nie dłuższy niż 60 dni. Reasumując ustawa pzp mówi o okresie związania ofertą, wskazując, że okres ten mierzony jest w dniach. W związku z powyższym z takiej regulacji nie można wyprowadzić wniosku, że termin związania ofertą nie może być określony przez datę początkową i końcową, a jedynie przez wskazanie liczby dni terminu związania ofertą. Za wskazaniem początku i końca terminu związania ofertą przemawia również okoliczność, że cytowane przepisy wskazują na nieodłączność, przy oświadczeniu o terminie związania ofertą, przedłużenia ważności wadium. Zarówno ze względów praktycznych jak i pewności dat ważności wadium, okres ważności wadium określa się przez wskazanie jej daty początkowej i końcowej. Skoro termin związania ofertą wyznacza termin ważności wadium, to nie można odmówić prawa oznaczenia terminu związania ofertą poprzez wskazanie jego początkowego i końcowego terminu. Takie wskazanie terminu ważności wadium, wbrew nieuzasadnionym obawom Zamawiającego wcale nie umożliwia wykonawcy uwolnienie się od związania ofertą w przypadku przekroczenia końcowego terminu związania ofertą, wskutek wniesienia protestu. Bowiem zgodnie z art. 181 ust.1 ustawy pzp w przypadku wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. W ocenie Izby zawieszenie biegu terminu związania oferta następuje niezależnie od sposobu określenia przez wykonawcę terminu związania ofertą to jest niezależnie od tego czy wykonawca wskazał liczbę dni, czy wskazał początkową i końcową datę terminu związania ofertą. W każdym przypadku termin związania oferta ulega przedłużeniu o okres zawieszenia tegoż terminu w związku z wniesionym protestem do czasu jego ostatecznego rozstrzygnięcia. W związku z powyższym Odwołujący wykazał naruszenie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy pzp.

2. Co do zarzutu zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Bureau Veritas Polska to Izba ustaliła. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 24

listopada 2008 r. Bureau Veritas Polska w piśmie z dnia 4 grudnia 2008 r. uzależniło wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą od uznania przez Zamawiającego, że przedłożone przez Bureau Veritas dokumenty, wymagane do podpisania umowy, spełniają wymogi SIWZ. Wykonawca ten wprost oświadczył: "W przypadku nie uznania za wystarczające powyżej opisanych dokumentów wymaganych przed podpisaniem umowy i odrzucenia naszego wyjaśnienia zawartego w niniejszym piśmie nie wyrażamy zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu o okres 30 dni, licząc od dnia 29 listopada 2008 r." . Wykonawca ten uzależnił swoją zgodę od warunku zawieszającego w postaci pozytywnej decyzji Zamawiającego. Do chwili obecnej warunek ten się nie ziścił i nie ma możliwości, aby ziścił się w przyszłości. Zamawiający nie może bowiem uznać za wystarczające polisy ubezpieczeniowe przedłożone przez Bureau Veritas, ponieważ po pierwsze zakres ubezpieczenia nie odpowiada zakresowi wymaganemu przez Zamawiającego w klauzuli 19 Warunków Szczególnych Umowy (brak objęcia ubezpieczeniem innych jeszcze niż pracownicy osób, którymi wykonawca będzie posługiwał się przy realizacji umowy), a po drugie suma ubezpieczenia podana przez wykonawcę -3 mln zł, jest zbyt niska wobec wymaganych przez Zamawiającego 4 mln zł. Brak możliwości uznania powyższych dokumentów potwierdza pismo Zamawiającego do Bureau Veritas Polska z dnia 4 grudnia 2008 r. (znak: L. dz. SU /6477/2008); zawierające wyszczególnienie braków w ubezpieczeniu. W ocenie Izby żaden przepis ustawy pzp oraz kodeksu cywilnego nie przewiduje skuteczności oświadczenia w zakresie terminu związania ofertą, w przypadku uzależnienia tegoż oświadczenia od warunku zawieszającego. Jeżeli wykonawca, oczekiwane od zamawiającego oświadczenie składa pod warunkiem uznania jego racji to znaczy, że nie jest ono złożone do czasu potwierdzenia tego warunku przez zamawiającego. Można byłoby uznać złożenie takiego oświadczenia za skuteczne w dacie jego złożenia, gdyby co do warunku w nim zawartego, w dacie złożenia oświadczenia wypowiedział się pozytywnie zamawiający, a co w przedmiotowej sprawie nie wystąpiło. Z okoliczności sprawy wynika, że tym samym dniu to jest 04.12.2008r. Zamawiający negatywnie wypowiedział się co do dokumentów polisy ubezpieczeniowej Bureau Veritas Polska z uwagi na kwotę polisy to jest 3 mln zł zamiast oczekiwanych 4 mln zł oraz z uwagi na brak ubezpieczenia szerszej grupy osób niż tylko pracownicy to jest brak ubezpieczenia pracowników Konsultanta oraz Klienta lub innych osób za które odpowiada lub przy pomocy których Konsultant realizuje przedmiot umowy. W odpowiedzi na pismo Zamawiającego, Bureau Veritas Polska w dniu 12.12.2008r. L. dz. BV WAWCTC08/621/BN co prawda podtrzymało swoje oświadczenie co do przedłużenia terminu związania ofertą, ale

nie wycofało swojego zastrzeżenia z pisma z 04.12.2008r. o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą pod warunkiem uznania prawidłowości jego dokumentów ubezpieczeniowych do zawarcia umowy. W ocenie Izby, Odwołujący Bud-Invent słusznie podniósł zarzut, że w opisanych okolicznościach sprawy, Bureau Veritas Polska nie złożył oświadczenia w dniu 04.12.2008r. o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 30 dni. W związku z powyższym Izba uznaje za wykazany zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy pzp przez Zamawiającego w stosunku do konsorcjum Bureau Veritas Polska.

3. Co do zarzutu nie wniesienia wadium przez Bureau Veritas Polska, ponieważ samo złożenie dowodu polecenia przelewu nie oznacza, że kwota pieniężna jako wadium wpłynęła na konto Zamawiającego. Zamawiający na rozprawie potwierdził, że w wymaganym terminie na jego konto wpłynęła kwota stanowiąca zabezpieczenie wadium. Odwołujący Konsorcjum Bud –Invent nie przedstawił dowodu, z którego wynikałoby, iż Zamawiający potwierdził nieprawdę. Wobec powyższego Izba uznała za nie wykazany przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 2 ustawy Pzp.

Wobec wyżej dokonanych ustaleń Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, które ma wpływ na wynik postępowania, w którym to w dniu 27 stycznia 2009r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Bureau Veritas Polska.

2. Co do odwołania w sprawie o Sygn. akt KIO/UZP/213/09.

Skład orzekający Izby stwierdził po stronie Odwołującego interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku uwzględnienia zarzutów Odwołującego jego oferta będzie najkorzystniejsza, co umożliwi Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 46 ust. 5 pkt 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego z powodu braku zabezpieczenia oferty Odwołującego wadium i przerwania ciągłości wadium.

Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i oddalenie protestu w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu złożonego przez konsorcjum ECM Group Polska.

Zamawiający uwzględnił protest konsorcjum firm: Bud-Invent w zakresie rozstrzygnięcia protestu z dnia 6 lutego 2009 r. tj. uznając za podstawę faktyczną wykluczenia Odwołującego brak zabezpieczenia oferty wadium oraz przerwanie ciągłości wadium.

I. W ocenie Odwołującego, Zamawiający niesłusznie podzielił argumentację Bud-Invent, że w wyniku złożenia do Polskiego Towarzystwa Ubezpieczeniowego S.A. żądania wypłaty wadium nastąpił "skutek wygaśnięcia gwarancji wskutek zrealizowania prawa uprawnionego z gwarancji". Zamawiający uznał, że gwarancja wygasła automatycznie wskutek samego żądania, niezależnie od tego, czy faktycznie nastąpiła wypłata sumy gwarancyjnej, a uzasadnieniem tego poglądu miał być brak możliwości oceny żądania wypłaty samodzielnie przez towarzystwo ubezpieczeniowe.

Zarzut ten w ocenie Odwołującego jest całkowicie niezasadny, ponieważ ostatecznie, na skutek wniesienia odwołania do Prezesa UZP nie doszło do wypłaty kwoty z gwarancji ubezpieczeniowej. Wobec powyższego brak przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp w postaci nie wniesienia wadium w okresie związania ofertą.

II. Zamawiający podzielił również w ocenie Odwołującego niezasadne stanowisko Bud-Invent odnośnie przerwania ciągłości wadium Odwołującego w wyniku zaniechania złożenia we właściwym terminie oryginału Aneksu nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej. Świadczyć ma o tym wezwanie Zamawiającego do Odwołującego z dnia 19 stycznia 2009 r. do udokumentowania złożenia Zamawiającemu Aneksu nr 2, na które zdaniem Bud-Invent nie udzielono odpowiedzi. Odwołujący odpowiedział Zamawiającemu pismem z dnia 21 stycznia 2009 r., w którym wyjaśnił, że Aneks nr 2 został dostarczony Zamawiającemu i przedstawił okoliczności sprawy oraz przedłożył mu duplikat Aneksu nr 2, uprawniający Zamawiającego do wypłaty wadium na równi z oryginałem aneksu.

Z decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego oraz z rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez Odwołującego w dniu 5 lutego 2009 r. wynika zaś wyraźnie, że Zamawiający uznał wyjaśnienia Odwołującego za wystarczające, skoro cały czas twierdził, że zamawiający przedłużył termin związania ofertą, a co za tym idzie wadium (Odwołujący zawsze robił to jednocześnie) do 28 stycznia 2009 r. Aneks nr 2 stanowił bowiem przedłużenie wadium do tego dnia. Ponadto, Zamawiający otrzymując odpowiedź Odwołującego w dniu 21 stycznia 2009 r. wyjaśniającą sprawę oryginału Aneksu nr 2 i następnie decydując się na wykluczenie Odwołującego nie powołał jako podstawy wykluczenia braku ciągłości wadium. Uczynienie z tej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia na skutek uwzględnienia protestu innego wykonawcy stanowi kuriozum, ponieważ uwzględniając protest w tym zakresie Zamawiający usiłuje dokonać zmiany stanu faktycznego, a zatem przyznaje Protestującemu rację co do faktów, które nie mogą podlegać

ocenie osoby trzeciej, gdyż dotyczyły one sytuacji jedynie między Zamawiającym, a Odwołującym. Tylko Zamawiający i Odwołujący mogli mieć wiedzę o tym, czy Aneks nr 2 w oryginale rzeczywiście został złożony, czy też nie. Kwestia ta została wyjaśniona między Odwołującym i Zamawiającym, a następnie w wyniku zarzutu innego wykonawcy Zamawiający dokonał zmiany stanu faktycznego. Takie działanie Zamawiającego świadczy o nierzetelnym i naruszającym zasady uczciwej konkurencji zachowaniu Zamawiającego, który w trakcie postępowania zmienia swoje twierdzenia o fakcie zaistnienia pewnych obiektywnych wydarzeń.

W tym zakresie Izba ustaliła i zważyła na podstawie dokumentacji przetargowej oraz wyjaśnień przedstawiciela Odwołującego Konsorcjum ECM Group Polska na rozprawie.

1. Co do zarzutu żądania wypłaty gwarancji z powodu nie przystąpienia do zawarcia umowy, to na podstawie Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09 stycznia 2009r. w sprawie Sygn. akt KIO/UZP/1484/08 unieważniono to żądanie Zamawiającego. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że żądanie zwrotu wypłaty gwarancji przez ubezpieczyciela nie stanowi podstawy do zarzutu braku wadium w ofercie odwołującego Konsorcjum ECM Group Polska. W związku z powyższym Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy pzp.
2. Co do zarzutu braku zabezpieczenia oferty wadium od 29 grudnia 2008r. i złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą to Izba ustaliła. Na rozprawie Odwołujący nie wykazał, że dostarczył Aneks nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej oraz nie wykazał złożenia oświadczenia w dniu 29 grudnia 2008r. o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z załączaniem do niego Aneksu nr 2 z dnia 24.12.2008r. Również z dokumentacji przetargowej nie wynika powyższe. Złożenie na wezwanie pisemne Zamawiającego z dnia 19 stycznia 2009r., w dniu 21 stycznia 2009r. Aneksu nr 2 powoduje, że od dnia 29 grudnia 2008r. oferta Odwołującego nie była zabezpieczona wadium i brak było oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Przedstawiciel Zamawiającego na rozprawie nie potwierdził, złożenia wyżej wskazanych dokumentów w dniu 29 grudnia 2008r., na co powoływał się na rozprawie pełnomocnik Odwołującego. W ocenie Izby złożenie gwarancji wadialnej na przedłużony okres oraz oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, po upływie terminu ich ważności nie konwaliduje tych czynności. Wykonawca jest zobowiązany do zabezpieczenia oferty wadium przez cały jej okres ważności. Nawet gdyby Odwołujący wykazał, że w dniu 29 grudnia 2008r. przedłożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz przedłużoną gwarancję ubezpieczeniową na wadium, co słusznie podnosił Odwołujący Bud –Invent, to z

uwagi na koniec ważności poprzednio złożonego wadium i oświadczenia, których ważność wygasła w dniu 28 grudnia 2008r. to złożenie w dniu 29 grudnia 2008r. tychże dokumentów w godzinach urzędowania Zamawiającego powodowałoby brak zabezpieczenia wadium i oświadczenia co najmniej przez 7 godzin ( od godz. 0.0.. do godz. 07.00 dnia 29 stycznia 2008r.), co jest niedopuszczalne wobec niekwestionowanej konieczności zabezpieczenia oferty przez cały okres jej ważności w związku z brzmieniem art. 53 w związku z art. 45 ust.3 i art.85ust.2 i 4 ustawy pzp. Powyższe powoduje, że zarzut Odwołującego konsorcjum ECM Group Polska w tym zakresie Izba nie uwzględniła.

W związku z powyższym, odwołanie Konsorcjum ECM Group Polska nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na to, że mimo stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp w Wyroku w sprawie Sygn. akt KIO/UZP/1484/08 co do uznania utraty wadium przez wezwanie towarzystwa ubezpieczeniowego do jego zwrotu, nie ma to wpływu na wynik postępowania. Bowiem Konsorcjum ECM Group Polska podlega jednak wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy pzp., z uwagi na to, że nie przedłożyło Zamawiającemu w dniu 28 grudnia 2008r. oświadczenia o zgodzie na przedłużenie terminu związania ofertą oraz nie przedłożyło gwarancji ubezpieczeniowej w zakresie wadium, przez co dopuściło do nie przedłużenia terminu związania ofertą oraz nie przedłużenia zabezpieczenia oferty wadium.

### 3. Co do odwołania w sprawie o Sygn. akt KIO/UZP/214/09.

Skład orzekający Izby stwierdził po stronie Odwołującego interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku uwzględnienia zarzutów Odwołującego jego oferta będzie najkorzystniejsza, co umożliwi Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

W dniu 20 lutego 2009 r. Konsorcjum ECM Group Polska wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1, art. 94 ust. 2 w zw. z art. 191 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp polegające na dokonaniu ponownej oceny ofert, wykluczeniu Odwołującego i wyborze oferty Konsorcjum Bureau Veritas Polska w sytuacji, gdy pozostawała w mocy pierwotnie dokonana ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 16 października 2008 r.;

II art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 85 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego, podczas gdy Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą, a zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Bureau Veritas Polska, który odmówił zgody na przedłużenie terminu związania ofertą;



III. art. 70 ze zn. 4 § 2 i 60 kodeksu cywilnego, polegające na uchylaniu się Zamawiającego od zawarcia umowy z Odwołującym.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 4) unieważnienia czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty Bureau Veritas Polska;
- 5) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego;
- 6) wyznaczenia Odwołującemu nowego terminu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

1. Co do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1, art. 94 ust. 2 w zw. z art. 191 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp polegające na dokonaniu ponownej oceny ofert, wykluczeniu Odwołującego i wyborze oferty Konsorcjum Bureau Veritas Polska w sytuacji, gdy pozostawała w mocy pierwotnie dokonana ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 16 października 2008 r.; Zarzut dokonania ponownej oceny ofert przez Zamawiającego Izba nie uwzględniła z uwagi na to, że słusznie Zamawiający podniósł w rozstrzygnięciu protestu i na rozprawie, że był zobowiązany przy wyborze najkorzystniejszej oferty uwzględnić stan prawny ofert po wydaniu Wyroku KIO z dnia 9 stycznia 2009r. w sprawie Sygn. akt KIO/UZP/1484/08. Niemniej potwierdził się zarzut naruszenia art.24 ust.4 pkt 2 ustawy pzp co do bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z uwagi na określenie terminu związania ofertą przez wskazanie konkretnych dat terminu związania ofertą (początkowa i końcowa data terminu związania ofertą), a nie przez liczby dni związania ofertą ( 30 dni). W tym zakresie Izba podtrzymuje argumentację prawną przedstawioną do rozstrzygnięcia odwołania Bud–Invent ( KIO/UZP/201/09). Z tym, że Izba nie uznaje argumentacji Odwołującego, iż Zamawiający nie powinien dokonywać oceny prawnej ofert i dokonać zawarcia umowy na podstawie wyboru oferty Odwołującego z dnia 16 października 2008r. Odwołujący przywołuje treść uzasadnienia Wyroku KIO z dnia 9 stycznia 2009r. w sprawie Sygn. akt KIO/UZP/1484/08 w zakresie pisma z dnia 25 listopada 2008r. którym przedłużono termin związania ofertą. W ocenie Izby również w przedmiotowej sprawie nie kwestionuje się treści kolejnych pism Odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą co do zasady. Niemniej z uwagi na to, że wykazano ich nie przedłożenie Zamawiającemu w wymaganym terminie ( 28 grudnia 2008r.), nastąpiło przerwanie zabezpieczenia oferty wadium i nastąpił brak ciągłości w oświadczeniu o

przedłużeniu terminu związania ofertą. Również Izba nie uznaje argumentacji Odwołującego, że skoro w sprawie obowiązują przepisy ustawy pzp sprzed 24 października 2008r. to jest nie w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 04.09.2008r. o zmianie ustawy – prawo zamówień publicznych oraz innych ustaw ( Dz. U. 2008r. Nr 171 poz. 1058), to Zamawiający powinien zawrzeć umowę na podstawie art.94 ust.1a, czyli również po upływie terminu związania ofertą. Bowiem Zamawiający skutecznie zwrócił się do wykonawców przed upływem terminu związania ofertą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Skutkiem nie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania oferty oraz nie wniesienia wadium na przedłużony okres jest wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy pzp.).

2. Co do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 85 ust. 4 ustawy Pzp Izba ustaliła i zważyła co następuje. Potwierdził się zarzut nie wykluczenia z postępowania konsorcjum Bureau Veritas Polska, z uwagi na nie złożenie prawnie skutecznego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą , ponieważ oświadczenie zostało złożone pod warunkiem uznania przez Zamawiającego za prawidłowe dokumenty ubezpieczeniowe do zawarcia umowy. Izba przyjmuje w tym zakresie argumentację prawną przedstawioną przy odwołaniu konsorcjum Bud–Invent o Sygn. akt KIO/ UZP/ 201/09. W związku z powyższym zasadny był zarzut Odwołującego naruszenia art.24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Naruszenie powyższe miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ oferta Bureau Veritas Polska została uznana za najkorzystniejszą w dniu 27 stycznia 2009r.

W tym stanie rzeczy, odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na to, że naruszenie przepisu ustawy to jest art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 85 ust. 4 miało wpływ na wynik postępowania to jest na wybór oferty Bureau Veritas Polska jako najkorzystniejszej, co spełnia przesłankę do uwzględnienia odwołania w myśl art.191 ust.1a ustawy pzp.

Niemniej Izba nie uznaje zarzutu naruszenia art. 70 ze zn. 4 § 2 i 60 kodeksu cywilnego, polegające na uchylaniu się Zamawiającego od zawarcia umowy z Odwołującym, ponieważ Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art.24 ust.2 pkt4 ustawy pzp..

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznał za uzasadnione koszty Odwołujących poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocników w wysokości 3 599,00 zł (dotyczy sprawy o sygn. KIO/UZP 201/09) oraz w kwocie do 3 600,00 zł (dotyczy sprawy o sygn. KIO/UZP 214/09), a także kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości do 3 600, 00 zł (dotyczy sprawy o sygn. KIO/UZP 213/09).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....