

Sygn. akt KIO/UZP 1236/09

Sygn. akt KIO/UZP 1237/09

WYROK
z dnia 19 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Ewa Sikorska
Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 października 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

- A. Mott MacDonald Limited, Croydon, Surrey, CR9 2UL, United Kingdom, reprezentowany przez Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa**

- B. Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Scott Wilson Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Scott Wilson Ltd (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Chłapowskiego 29, 60-956 Poznań**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** protestów z dnia 3 sierpnia 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Egis Poland Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), Egis Rail S.A. Oddział w Polsce działające w imieniu Egis Rail S.A. we Francji oraz Halcrow Group Ltd z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa**, zgłaszających swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołania

2. kosztami postępowania obciąża **Mott MacDonald Limited, Croydon, Surrey, CR9 2UL, United Kingdom, reprezentowany przez Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa i Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Scott Wilson Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Scott Wilson Ltd (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Chłapowskiego 29, 60-956 Poznań** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Mott MacDonald Limited, Croydon, Surrey, CR9 2UL, United Kingdom, reprezentowany przez Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa;**
 - B** koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Scott Wilson Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Scott Wilson Ltd (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Chłapowskiego 29, 60-956 Poznań,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **25 538 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **12 769 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Mott MacDonald Limited, Croydon, Surrey, CR9 2UL, United Kingdom, reprezentowany przez Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa,**
- B** kwoty **12 769 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Scott Wilson Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Scott Wilson Ltd (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Chłapowskiego 29, 60-956 Poznań.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Nadzór i zarządzanie projektem "Modernizacja linii kolejowej E30, etap II. Pilotażowe wdrożenie ERTMS w Polsce na odcinku Legnica - Węgliniec - Bielawa Dolna - w części ETCS II"”, którego dotyczą odwołania wniesione przez Mott MacDonald Limited, z siedzibą w Croydon Anglia, reprezentowany przez Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce (sygn. akt: KIO/UZP 1236/09), zwane dalej: „*Mott MacDonald*” oraz Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Scott Wilson Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Scott Wilson Ltd (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie (sygn. akt: KIO/UZP 1237/09), zwane dalej: „*Scott Wilson*” zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 8 kwietnia 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 68 - 098115). Postępowanie to prowadzi Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu zwany dalej: „*Zamawiającym*”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawą Pzp*”.

Przedmiotem złożonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a rozpatrywanych przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołań i poprzedzających ich protestów była czynność Zamawiającego oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, o której Zamawiający

poinformował wykonawców w dniu 24 lipca 2009 r. W informacji tej wskazano na wybór oferty Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj.: Egis Poland Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), Egis Rail S.A. Oddział w Polsce działające w imieniu Egis Rail S.A. we Francji oraz Halcrow Group Ltd z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców w Warszawie, (dalej: „Egis”) oraz m.in. na wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy Scott Wilson. Wykluczenie tego wykonawcy nastąpiło na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w związku z niespełnieniem warunku dysponowania osobą na stanowisko Koordynatora – inspektora nadzoru inwestorskiego (w zakresie urządzeń sterowanych ruchem kolejowym), gdyż wykazana w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp osoba była w dyspozycji wykonawcy po upływie terminu składania ofert. Drugą podstawę wykluczenia wykonawcy Scott Wilson stanowił art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wykonawca ten został wykluczony również z uwagi na to, że nie przedłużył ważności wadium, której termin upływał w dniu 23 lipca 2009 r.

Czynności te zostały zaskarżone w trybie protestów złożonych do Zamawiającego w dniu 3 sierpnia 2009 r.

Jeden z protestów złożony przez Mott MacDonald dotyczył wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechana jej odrzucenia przez Zamawiającego jako sprzecznej z SIWZ z powodu nie wypełniania wymogów co do pisemnego zobowiązania o udostępnieniu osób zdolnych do wykonania zamówienia, braku spisu treści oraz numeracji stron w ofercie oraz brak odpowiedniego pełnomocnictwa do podpisania oferty.

Drugi protest został złożony przez Scott Wilson i dotyczył czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu pomimo spełniania warunku dysponowania osobami do wykonania zamówienia na dzień składania ofert oraz dysponowania przedłużoną gwarancją wadium, a tym samym na czynność będącą efektem wykluczenia, tj. odrzucenie jego oferty oraz wybór oferty najkorzystniejszej.

O złożonych protestach Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, wzywając ich jednocześnie wzięcia udziału w postępowaniach toczących się w wyniku wniesienia tych protestów (wezwanie z dnia 4 sierpnia 2009 r.). Egis w dniu 7 sierpnia 2009 r. złożyło swoje przystąpienia do obydwu postępowań protestacyjnych wnosząc o oddalenie protestów.

Zamawiający w dniu 12 sierpnia 2009 r. rozstrzygnął obydwa protesty poprzez ich oddalenie.

Od rozstrzygnięć protestów obaj wykonawcy w dniu 21 sierpnia 2009 r. (wpływ bezpośredni) złożyli do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołania, których kopie zostały w tym samym dniu przekazane Zamawiającemu. W odwołaniach podtrzymane zostały w całości zarzuty zawarte w protestach.

Do obydwu postępowań odwoławczych przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyło Konsorcjum Egis, składając w tym zakresie pisma bezpośrednio do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 13 października 2009 r.

W związku z rozpoznawanymi przez Izbę zarzutami podniesionymi w obydwu rozpatrywanych łącznie odwołaniach strony postępowania i jego uczestnik zaprezentowały następujące stanowiska w sprawie:

Sygn. akt: KIO/UZP 1236/09

I. Stanowisko Odwołującego Mott MacDonald

Odwołujący podnosząc zarzuty wobec oferty Egis uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza wskazał w proteście i odwołaniu na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 91 ust. 1. Wniósł też o odrzucenie oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu oraz o dokonanie powtórnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i uznaniu za taką, ofertę złożoną przez Mott MacDonald.

W szczegółowej argumentacji przywołanej tak w proteście, jak i w odwołaniu wykonawca ten wskazał na następujące okoliczności:

- 1) skoro Zamawiający żądał w postępowaniu pisemnego zobowiązania o udostępnieniu osób zdolnych do wykonania zamówienia i jeżeli wykonawca aktualnie nimi nie dysponuje, a będzie dysponował to winien on dopełnić tego wymogu. Tymczasem Egis nie wypełniło go w odniesieniu do osoby Pana Mariana Z. wskazanego na stanowisko Kierownika Przeglądu Dokumentacji Co do tej osoby Konsorcjum Egis wskazało w życiorysie, że nie jest to osoba udostępniona przez inny podmiot, podczas gdy z dalszej części jej życiorysu wynika, że w okresie od marca 2009 r. do maja 2009 r. była ona zatrudniona na stanowisku projektanta w firmie WISKA Wrocław, tymczasem termin składania ofert w niniejszym postępowaniu miał miejsce w dniu 5 maja 2009 r. Mott MacDonald z powyższego wywodzi, że Egis winno załączyć do swojej oferty wymagane oświadczenie o udostępnieniu mu osoby pana Mariana Z. przez jego

pracodawcę. W odwołaniu Mott MacDonald wniosło o przeprowadzenie w tym zakresie dowodu przez zobowiązanie Egis do przedstawienia na posiedzeniu KIO świadectwa pracy Pana Z. na okoliczność ustalenia, czy w dniu składania oświadczenia przez Egis nie pozostawała ta osoba w stosunku pracy w firmie WISKA pod rygorem uznania, że brak złożenia takiego świadectwa będzie świadczyć o pozostawaniu przez Pana Mariana Z. w stosunku pracy w tym czasie.

Na etapie protestu Mott MacDonald wskazywał również argumentację dotyczącą Pani Zofii Z. – osoby wskazanej w ofercie Egis do pełnienia funkcji Koordynatora dostępu do torów. Podnosił, że doświadczenie tej osoby wykazywane w ofercie Egis i Safage różni się nieco datami, w związku z czym Zamawiający powinien te okoliczności wyjaśnić. Na etapie odwołania ta szczegółowa argumentacja nie była podnoszona przez Mott MacDonald.

- 2) Wykonawca Egis nie dopełnił wymogom SIWZ co do konieczności złożenia wraz z ofertą spisu treści oraz numeracji stron oferty. Biorąc pod uwagę formalizm postępowania o zamówienie publiczne – zdaniem Mott MacDonald - Konsorcjum Egis nie wypełniło wskazanych wymogów SIWZ, które należy traktować jako żądania Zamawiającego, tym samym oferta jego podlega odrzuceniu.

W tym przedmiocie Odwołujący podniósł, że Egis naruszyło również przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 i 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy oraz wskazany w odwołaniu art. 12).

- 3) Mott MacDonald wskazał również na nieprawidłowość pełnomocnictwa dla Pana Jeana Philippe B., działającego jako pełnomocnik przedsiębiorcy zagranicznego w Polsce. Zdaniem Mott MacDonald osoba ta nie posiadała w chwili podejmowania czynności wymaganego w postępowaniu pełnomocnictwa rodzajowego do złożenia oferty, jak i reprezentowania mocodawcy w postępowaniu, zatem nie mogła też skutecznie takiego umocowania przenieść na podmiot trzeci. Powyższe – zdaniem Odwołującego się wykonawcy - uzasadnia również okoliczność, że pełnomocnictwo to zostało następnie po dokonaniu czynności, w sposób spóźniony złożone w sprawie. Upoważnionym do reprezentacji Konsorcjum Egis była bowiem firma Egis Rail S.A. Oddział w Polsce, której Dyrektorem Generalnym upoważnionym do reprezentacji jest Pan Hubert Magnon – P. Pan Jean Philippe B. jest osobą reprezentującą zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale, brak jest jednak upoważnienia dla tej osoby do reprezentacji w imieniu Egis Rail S.A.

Na etapie protestu Mott MacDonald podnosił również, że oferta Konsorcjum Egis została podpisana przez Pana Cezarego S., który jest prokurentem samoistnym,

jednak w ofercie brak jest dla niego stosownego pełnomocnictwa do reprezentacji Egis Poland Sp. z o.o., nie jest on również członkiem zarządu tej firmy upoważnionym do reprezentacji. Na etapie odwołania ta szczegółowa argumentacja nie była już podnoszona.

- 4) Wyłącznie na etapie odwołania Mott MacDonald podnosił również okoliczność, iż Konsorcjum Egis nie dopełniło wymogu SIWZ określonego w pkt VI.3), że treść pełnomocnictwa musi wykazywać umocowanie do zaciągania zobowiązań finansowych w wysokości odpowiadającej cenie oferty.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający uznał w całości protest za niezasadny i podkreślił, że:

- 1) przyjmując nawet, że Pan Marian Z. wskazany na stanowisko Kierownika Przeglądu Dokumentacji pozostawał w stosunku zatrudnienia u innego pracodawcy niż Egis w momencie składania oferty, to ta okoliczność nie może być równoznaczna z tym, że pozostawał on w wyłącznej dyspozycji tego pracodawcy. Zatem złożenie w tym przypadku oświadczenia o udostępnieniu danej osoby przez inny podmiot nie jest wymagane. Powoływał się przy tym Zamawiający na jedno z orzeczeń KIO.
- 2) W SIWZ (pkt 15.2) zapisał, iż pożądanym jest ponumerowanie stron w ofertach oraz złożenie spisu treści z wyszczególnieniem liczby kart (arkuszy) wchodzących w skład oferty. Zamawiający wskazał, że nie jest to wymóg co do treści, a wyłącznie co do formy oferty zatem nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Egis.
- 3) Co do pełnomocnictwa dla Pana Jeana Philippe B. wyjaśnił, że z KRS wynika, że Egis Rail S.A. Oddział w Polsce (str. 93-6 oferty) reprezentuje Pan Magnon P. – Dyrektor Generalny. Oddział zagranicznego przedsiębiorcy reprezentuje natomiast Pan Jean Philippe B. i nie ma wymogu posiadania przez tę osobę odrębnego pełnomocnictwa, gdy z KRS wynika, że jest osobą reprezentującą zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale.

III. Stanowisko Przystępującego Egis

Konsorcjum Egis jako uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu złożył przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W szczegółowej argumentacji dotyczącej oddalenia odwołania Przystępujący wskazał na następujące okoliczności:

- 1) W kwestii zarzutów dotyczących braku złożenia pisemnego zobowiązania od innych podmiotów co do udostępnienia Egis Pana Mariana Z., podniesiono, że w świetle przepisów ustawy Pzp brak jest podstaw do żądania złożenia takiego oświadczenia przez samego siebie, czyli w sytuacji gdy dana osoba (pan Marian Z.) udostępnia samego siebie wykonawcy. Fakt, że pozostaje on w stosunku pracy ma - zdaniem Przystępującego - żadnego znaczenia bowiem powyższa kwestia pozostaje poza zainteresowaniem ustawodawcy, a tym samym również - Zamawiającego, który nie ma instrumentów prawnych, aby badać stosunki zobowiązaniowe, w tym stosunki pracy, pomiędzy osobą wykazaną w ramach potencjału osobowego wykonawcy, a podmiotem trzecim. Bez znaczenia jest w tym zakresie również kwestia, czy na dzień składania ofert Pana Marian Z. pozostawał w stosunku pracy z podmiotem trzecim, tym samym Egis wniosło o oddalenie wniosku dowodowego o przedstawienie świadectwa pracy Pana Mariana Z. Przystępujący podniósł, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał w tym zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a to na nim – zgodnie z art. 6 Kc spoczywa ciężar dowodowy. Na poparcie swojej argumentacji Egis przywołało orzecznictwo KIO.
- 2) W kwestii zarzutów dotyczących braku spisu treści i niezgodności numeracji Konsorcjum Egis wskazało, że powyższe nie może świadczyć o sprzeczności treści oferty z SIWZ, ponieważ wykazywane wady nie stanowią oświadczenia woli wykonawcy i nie mają na nie żadnego wpływu. Powołał się tutaj na orzecznictwo KIO.
- 3) W kwestii zarzutów dotyczących reprezentacji Konsorcjum Egis wskazało, że zgodnie z przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej tworzone na terytorium Polski na zasadzie wzajemności oddziały przedsiębiorcy zagranicznego nie są odrębnym podmiotem prawa, a jedynie formą prowadzenia działalności przez zagranicznego przedsiębiorcę na terenie Polski. Oddział zatem nie ma własnych praw i obowiązków ani własnego majątku ponieważ stroną wszystkich stosunków prawnych jest przedsiębiorca zagraniczny, działający poprzez oddział w Polsce. Konsorcjum Egis powołało się w tym zakresie na wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 12 lutego 2009 r. (sygn. akt: IV Ca 11/09). Zdaniem Egis osoba reprezentująca zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale, bo na takiej zasadzie działał J.P. B., dokonuje czynności w imieniu i na rzecz Egis Rail S.A. z siedzibą we Francji, skoro celem

utworzenia oddziału w Polsce było prowadzenie działalności gospodarczej przez zagranicznego przedsiębiorcę właśnie na terenie Polski.

Przystępujący podniósł również, że brak jest jakichkolwiek wątpliwości, że w imieniu Przystępującego może działać prokurent samoistny, który uprawniony jest do dokonywania czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa. W przypadku prokurenta samoistnego mamy do czynienia ze szczególnym umocowaniem, które w przypadku jego ewentualnego ograniczenia nie wywołuje skutków wobec osób trzecich.

Z ostrożności Przystępujący podniósł, że w przypadku wadliwego pełnomocnictwa Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia.

- 4) W kwestii zarzutu niezgodności pełnomocnictwa z SIWZ Przystępujący podniósł, że zarzut ten jako nie objęty protestem, na zasadzie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, nie może być przedmiotem rozpoznania przez KIO.

Sygn. akt: KIO/UZP 1237/09

I. Stanowisko Odwołującego Scott Wilson

Odwołujący podnosząc zarzuty wobec wykluczenia go z udziału w postępowaniu, a w efekcie odrzucenia jego oferty i wyboru oferty Egis wskazał w proteście i odwołaniu na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3. Wniósł też o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty;
- 3) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Egis;
- 4) dokonanie przez Zamawiającego ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych i ofert nieodrzuconych, w efekcie czego oferta Scott Wilson zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

W szczegółowej argumentacji przywołanej tak w proteście, jak i w odwołaniu wykonawca ten wskazał na następujące okoliczności:

- 1) Podstawą do uznania, że Scott Wilson nie spełnia warunku dysponowania osobą do wykonania zamówienia, tj. Koordynator – inspektora nadzoru inwestorskiego (w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym) – pkt 8.2.1.b) ppkt 2 SIWZ,

było przedłożenie przez tego wykonawcę w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) oświadczenia dotyczącego osoby Pana Andrzeja J. sporządzonego na formularzu przygotowanym przez Zamawiającego noszącego datę: 16 czerwca 2009 r. Scott Wilson podniósł, że jest to data wyłącznie sporządzenia tego oświadczenia, a nie data, od której rozpoczął on dysponowanie tą osobą. O tym, że na dzień składania ofert dysponował tą osobą (5 maja 2009 r.), świadczy według niego to, że jest to osoba nieudostępniiona przez żaden inny podmiot (jest to więc personel wykonawcy składającego ofertę) oraz ostatnia chronologicznie pozycja z jego wykazu doświadczenia zawodowego, gdzie tylko do marca 2009 r. świadczył on pracę na rzecz podmiotu trzeciego. Wykonawca ten powołując się na orzecznictwo sądowe oraz stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że niezasadne jest utożsamianie daty widniejącej na dokumencie z datą spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Zatem niezasadne było – w ocenie Scott Wilson – wykluczenie go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

- 2) Bezpodstawne było również – zdaniem Scott Wilson – wykluczenie go z udziału w postępowaniu z uwagi na brak wadium. Podniósł, że do swojej oferty załączył gwarancję bankową stanowiącą zabezpieczenie wadium oferty, ważną do dnia 23 lipca 2009 r. Zamawiający w dniu 24 czerwca 2009 r. wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą wraz ważności wadium. Jednakże w dniu 23 lipca 2009 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, wykluczając jednocześnie z postępowania Scott Wilson i odrzucając jego ofertę. Wykonawca ten wskazał na bezpodstawność tych działań Zamawiającego z uwagi na to, że w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej pierwotnie złożone przez tego wykonawcę wadium było nadal ważne, tym samym nie istniała przesłanka wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Wykonawca ten przedłożył nową gwarancję bankową, która od dnia 24 lipca 2009 r. zabezpieczała złożoną przez niego ofertę. Powołał się na argumentację, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji legalnej wadium, wskazując jedynie formy jego wnoszenia. Zatem przez wadium należy rozumieć określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od których wniesienia zamawiający uzależnia dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu przetargowym. Wskazał również, że poręczenia i gwarancje bankowe są tzw. czynnościami bankowymi podejmowanymi na podstawie przepisów ustawy Prawo bankowe. Są to więc jednostronne zobowiązania banku – gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, bank ten

wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. W odwołaniu wskazał, że ustanowienie wadium, świadczy o charakterze materialnoprawnym tego pojęcia. Chodzi więc w przypadku ustanowienia, czy też wniesienia wadium nie o samą czynność doręczenia dokumentu wadialnego, ale zabezpieczenie oferty w formach przewidzianych przez przepisy ustawy Pzp, czyli również w formie gwarancji bankowej. W proteście i odwołaniu przywołana została także argumentacja dotycząca gwarancji ubezpieczeniowej. Scott Wilson powoływał się w swojej argumentacji także na orzecznictwo KIO.

- 3) Scott Wilson podniósł także, że wobec braku podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu Zamawiający nie miał również podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz wskazał na naruszenie przez takie zachowanie Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równości stron w postępowaniu.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający uznał w całości protest za niezasadny i podkreślił, że:

- 1) Co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykazanie się osobą na stanowisko Koordynatora – inspektorem nadzoru (w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym) podniósł, że wykonawca nie wskazał w swojej ofercie żadnej osoby na to stanowisko dlatego też został wezwany do uzupełnienia dokumentu (wezwanie z dnia 10 czerwca 2009 r.). W dniu 17 czerwca 2009 r. Scott Wilson wskazał na to stanowisko Pana Andrzeja J., załączając jednocześnie załącznik nr 1 – uzupełniony wykaz w części dotyczącej doświadczenia tej osoby. W załączniku tym widnieje data: 16 czerwca 2009 r., zaś w treści uzupełnianych dokumentów wykonawca ten nie zawarł informacji, że uzupełniane dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania oferty. Tym samym zatem skoro przedłożony dokument nie potwierdza spełniania warunku udziału na dzień składania ofert, tj. 5 maja 2009 r., Zamawiający uznał, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu.
- 2) Co do zarzutów dotyczących prawidłowego wadium w ofercie Scott Wilson Zamawiający podniósł, że przedłożona przez tego wykonawcę do oferty gwarancja bankowa miała termin ważności do dnia 23 lipca 2009 r. Natomiast na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 czerwca 2009 r. do

przedłużenia terminu związania ofertą i ważności wadium, skierowane na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca ten odpowiedział w dniu 24 czerwca 2009 r., informując, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, a co do wadium wskazał, że jego gwarancja bankowa ważna jest do dnia 24 lipca 2009 r. i w razie potrzeby przedłuży jej ważność. Następnie zaś w dniu 27 lipca 2009 r. przedłożył Zamawiającemu nową gwarancję bankową ważną od dnia 24 lipca 2009 r. do dnia 20 sierpnia 2009 r. W ocenie Zamawiającego wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wiąże się z obowiązkiem jednoczesnego przedłużenia ważności wadium bądź wniesienia nowego wadium. Zamawiający powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO.

III. Stanowisko Przystępującego Egis

Konsorcjum Egis jako uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu złożył przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W szczególowej argumentacji dotyczącej oddalenia odwołania Przystępujący wskazał na zasadność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na nieprzedłużenie ważności wadium. Powołując się na art. 85 ust. 4 ustawy Pzp i jego literalną wykładnię wskazał, że przedłużenie terminu związania ofertą wiąże się z koniecznością przedłużenia wadium bądź wniesienia nowego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w protestach, przystąpieniach do postępowań toczących się w efekcie wniesienia protestów, odwołaniach, rozstrzygnięciach protestów i zgłoszeniach przystąpień do postępowań odwoławczych oraz złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Rozpatrywane przez Izbę dwa odwołania zostały rozpoznane łącznie w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 października 2009 r., wydanego w tym przedmiocie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań, ustalił też, że została wypełniona materialnoprawna przesłanka do rozpatrzenia odwołań określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. przesłanka interesu prawnego.

Rozpoznając wskazane odwołania Izba ustaliła co następuje.

Sygn. akt: KIO/UZP 1236/09

Odnosząc się w pierwszej kolejności do odwołania Mott MacDonald Izba ustaliła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba w tym zakresie dopuściła dowody z: dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowień SIWZ oraz treści oferty Konsorcjum Egis oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania oraz jego uczestnika wyrażone w pismach składanych w toku postępowania z użyciem środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu z rozprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający Izby uznał, że żaden z podnoszonych w odwołaniu zarzutów nie potwierdził się.

Co do zarzutu braku złożenia w ofercie Egis pisemnego oświadczenia innego podmiotu zobowiązania się do udostępnienia osoby Pana Mariana Z. wskazanego do realizacji zamówienia, Izba uznała ten zarzut za nieudowodniony. Z treści złożonego odwołania, jak i zarzutów podnoszonych w tym zakresie na etapie protestu wynikają jedynie przypuszczenia Odwołującego Mott MacDonald co do braku możliwości świadczenia przez Pana Mariana Z. przewidzianych dla niego obowiązków w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, w związku z faktem zatrudnienia w innej jednostce na dzień składania ofert. Okoliczność, że na dzień składania ofert (5 maja 2009 r.) osoba ta faktycznie pozostawała w stosunku zatrudnienia u innego podmiotu, nie była kwestionowana przez Przystępującego, jak i Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego Izby sam fakt pozostawania w stosunku pracy z podmiotem trzecim osoby wykazywanej w ofercie w ramach potencjału osobowego do realizacji zamówienia, nie świadczy jeszcze o fakcie, że wykonawca składający ofertę w postępowaniu nie dysponuje daną osobą. Zgodzić należy się z Zamawiającym i Przystępującym do postępowania odwoławczego, że stosunek pracy z podmiotem trzecim nie wyłącza możliwości nawiązania stosunku pracy, czy też innego stosunku o charakterze cywilnoprawnym danej osoby z wykonawcą ubiegającym się o zamówienie. Z oferty złożonej przez Egis wynika, że Pan Marian Z. złożył temu wykonawcy oświadczenie o pozostawaniu

w jego dyspozycji w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia (str. 21 - 23 oferty Egis). Uwzględniając tę okoliczność brak jest podstaw do kwestionowania oświadczenia tej osoby. Takich podstaw w żaden sposób nie wykazał (np. przez przedstawienie umowy o zakazie konkurencji zawartej przez Pana Mariana Z. ze swoim pracodawcą), a nawet nie uprawdopodobnił sam Odwołujący, a to na nim spoczywa ciężar udowodnienia faktów, z których wywodzi określone skutki prawne, w szczególności tak daleko idące skutki, tj. w postaci konieczności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Izba uznała, że zarzuty wobec doświadczenia Pani Zofii Z. wykazywanej w ofercie Egis, w związku z oświadczeniem w tym przedmiocie złożonym na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego, jako nie podtrzymane na etapie odwołania, nie podlegają rozpatrzeniu. W ramach zarzutów i ich uzasadnienia w treści odwołania Odwołujący Mott MacDonald w żaden sposób nie wskazał, że podtrzymuje je na tym etapie postępowania z użyciem środków ochrony prawnej. Zawarte jedynie na wstępie uzasadniania odwołania stwierdzenie: *„Podtrzymując wnioski oraz twierdzenia zawarte we wniesionym Proteście wskazać należy:”* nie może stanowić podstawy do przyjęcia, że zarzut ten został podniesiony w odwołaniu, tym bardziej, że zarzuty i argumentacja dotycząca pozostałych zarzutów objętych protestem w treści odwołania zostały szczegółowo przywołane. Szczegółowo zostały określone zarzuty na wstępie treści odwołania, a wśród nich w żaden sposób nie wskazano na zarzut dotyczący doświadczenia Pani Z. w ofercie Konsorcjum Egis. Brak jest również w uzasadnieniu odwołania argumentacji dotyczącej tego zarzutu. Stwierdzenie o podtrzymaniu wniosków oraz twierdzeń bez konkretyzacji zarzutu nie może świadczyć o podtrzymaniu zarzutu podnoszonego wyłącznie na etapie protestu, o czym świadczy brak jakiegokolwiek argumentacji odnośnie tego zarzutu.

Co do drugiego zarzutu związanego z brakiem spisu treści w ofercie Egis oraz brakiem numeracji stron, Izba uznała, że powyższa nieprawidłowość nie może świadczyć o konieczności odrzucenia oferty Egis.

Z treści art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, na który to przepis powołuje się Odwołujący Mott MacDonald wynika, że treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Ustawodawca jako podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał również na niezgodność co do treści oferty, a nie co do jej formy. Za wymogi dotyczące formy należy uznać wymóg numeracji stron i odpowiedniego uporządkowania oferty co do jej spisu treści. Jest to wymóg określony w zapisach SIWZ przez samego Zamawiającego jako pożądaný, zatem nie może on świadczyć o sprzeczności merytorycznej oferty Egis z treścią SIWZ, a w konsekwencji też nie może być podstawą do odrzucenia tej oferty, tak na podstawie przywołanego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak i wykazywanych przez

Mott MacDonald przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (nie jest to żadna sprzeczność z przepisami ustawy Pzp) i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (nie można mówić o czynie nieuczciwej konkurencji, który nie został w żaden sposób nawet uprawdopodobniony przez Odwołującego się).

Na marginesie rozpoznawania przez Izbę tego zarzutu zauważyć należy, że zarzut ten jako oczywiście bezzasadny, a podniesiony przez profesjonalistę funkcjonującego w obrocie gospodarczym, w tym również na rynku zamówień publicznych, może budzić zdumienie, w szczególności wobec obowiązujących w tej mierze jednoznacznych przepisów ustawy Pzp oraz utrwalonego stanowiska doktryny i orzecznictwa.

Co do zarzutu dotyczącego braku umocowania w ofercie Egis dla Pana Jeana – Philippe B. do działania w imieniu członka konsorcjum Egis Rail S.A., który jest reprezentowany przez oddział w Polsce zagranicznego przedsiębiorcy (Egis Rail S.A. Oddział w Polsce), a w efekcie braku umocowania dla tej osoby do przeniesienia umocowania dla pełnomocnika Konsorcjum (Egis Poland Sp. z o.o.), Izba uznała ten zarzut za bezpodstawny.

Z oferty Konsorcjum Egis wynika, że o zamówienie ubiegają się trzy podmioty:

- 1) Egis Rail S.A. we Francji, w imieniu którego działa Egis Rail S.A. Oddział w Polsce
- 2) Egis Poland Sp. z o.o.
- 3) Halcrow Group Ltd z siedzibą w Wielkiej Brytanii.

Wymagane na podstawie art. 23 ust. 2 ustawy Pzp pełnomocnictwo dla podmiotu, który będzie reprezentował wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w postępowaniu, zostało udzielone firmie Egis Poland Sp. z o.o. i udzielił go oprócz firmy Halcrow Group Ltd. - co nie jest kwestionowane - także Egis Rail S.A. z siedzibą we Francji, w imieniu której to firmy działał Pan Jean – Philippe B. ujawniony w odpisie z KRS polskiego oddziału tej zagranicznej firmy w dziale 2 rubryka 4, tj. osoby reprezentujące zagranicznego przedsiębiorcę. Odwołujący Mott MacDonald wywodzi, że na podstawie przedłożonego wraz z ofertą odpisu z KRS dla Egis Rail S.A. Oddział w Polsce, upoważnionym do reprezentacji polskiego oddziału tej firmy jest wyłącznie Pan Hubert Andre Magnon Pujo – Dyrektor Generalny, ujawniony w dziale 2 rubryka 1 KRS („*Organ uprawniony do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy*”), a nie Pan Jean – Philippe B.

Skład orzekający Izby rozstrzygając tę kwestię w oparciu o obowiązujące przepisy prawa przychylił się do stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego, uznając, że osoba wskazana w dziale 2 rubryka 4 KRS („*Osoby reprezentujące zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale*”) ma prawo do składania oświadczeń woli i tym samym jest umocowana do występowania w imieniu przedsiębiorcy zagranicznego (Egis Rail S.A.), który prowadzi działalność na terenie Polski, a więc w ramach swego zagranicznego oddziału.

Przepis ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 ze zm.) w art. 87, wskazując na obowiązek powołania takiej osoby w oddziale zagranicznego przedsiębiorcy, nie precyzuje zakresu umocowania jej działania. Art. 91 ust. 2 tej ustawy wskazuje jedynie, że osoba ta ma obowiązek wykonywać czynności związane z wszczęciem postępowania likwidacyjnego oddziału. Przepisy wskazanej ustawy w żaden jednak sposób nie ograniczają prawa osoby reprezentującej zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale do występowania w imieniu przedsiębiorcy zagranicznego podejmującego działalność na terenie kraju swojego oddziału również w innym zakresie.

Uwzględniając powyższe oraz opierając się w tej mierze na stanowisku doktryny (W.J. Katner, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Warszawa, 2003, s. 154 oraz M. Brożyna, M. Chudzik, K. Kohutek, J. Molis, S. Szuster *Komentarz*, Lex/el. 2005) skład orzekający Izby uznał, że osobę wykazywaną w KRS do reprezentacji zagranicznego przedsiębiorcy w oddziale nie należy utożsamiać z działaniem jako pełnomocnika; niemniej jest to swoistego rodzaju szczególna reprezentacja przedsiębiorcy zagranicznego, w zakresie prowadzonej przez niego działalności w oddziale, w tym przypadku w oddziale w Polsce. Jeśli więc wykonawca zagraniczny ubiega się o udzielenie zamówienia na terenie działalności swojego prawnie zarejestrowanego oddziału (w Polsce) ma prawo, aby osoba wskazana do reprezentacji zagranicznego przedsiębiorcy w oddziale, również składała ofertę w postępowaniu w imieniu tego przedsiębiorcy, czy też miała umocowanie do udzielenia pełnomocnictwa dla innego podmiotu do złożenia oferty w jego imieniu.

Tym samym zatem Izba uznała, że Pan Jean – Philippe B. był umocowany do udzielenia pełnomocnictwa dla Egis Polska Sp. z o.o. do podpisania i złożenia oferty w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, w tym również w imieniu Egis Rail S.A. z siedzibą we Francji.

Co do zarzutu dotyczącego braku umocowania dla Pana Cezarego Saganowskiego prokurenta samoistnego Egis Poland Sp. z o.o. Izba - podobnie jak w przypadku zarzutu dotyczącego doświadczenia Pani Zofii Zielińskiej - uznała, że zarzut ten na etapie odwołania nie był podnoszony, tym samym nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Co do kwestii związanej z niezgodnością pełnomocnictwa Egis z SIWZ wobec braku umocowania do zaciągania zobowiązań finansowych w wysokości odpowiadającej cenie oferty, Izba uznała, że okoliczność ta jako zarzut została podniesiona dopiero w odwołaniu, zatem zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, jako nie poprzedzona protestem, nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Uwzględniając powyższe ustalenia składu orzekającego Izby stwierdzić należy, że w oparciu o zgłoszone w odwołaniu zarzuty nie stwierdzono naruszenia w postępowaniu przywołanych przez Mott MacDonald przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 91 ust. 1.

Sygn. akt: KIO/UZP 1129/09

Odnosząc się w drugiej kolejności do odwołania Scott Wilson Izba ustaliła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowień SIWZ, oferty Scott Wilson, wyjaśnień dotyczących treści oferty Odwołującego (pismo z dnia 17 czerwca 2009 r.) oraz wezwania Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą i ważności wadium (pismo z dnia 24 czerwca 2009 r.), odpowiedzi Odwołującego na to wezwanie (pismo z dnia 24 czerwca 2009 r.) i pisma Scott Wilson z dnia 27 lipca 2009 r., przy którym przesłano gwarancję wadialną do oferty Odwołującego oraz oświadczeń i stanowisk stron postępowania i jego uczestnika, wyrażonych w pismach składanych w toku postępowania z użyciem środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu z rozprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do tego, aby wykluczyć Odwołującego Scott Wilson z udziału w postępowaniu i w efekcie odrzucić jego ofertę z uwagi na to, że w wyniku uzupełniania dokumentów na wezwanie Zamawiającego przedłożył on załącznik nr 1 do oferty datowany na dzień 16 czerwca 2009 r., w którym wskazał jako osobę wymaganą przez Zamawiającego w ramach warunku dotyczącego potencjału osobowego - Pana Andrzeja J. Izba uznała, że podstawą wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu może być w takiej sytuacji jedynie ustalenie, że wykonawca na dzień składania ofert nie mógł się wykazać możliwością dysponowania osobą Pana Andrzeja J. Takiego ustalenia Zamawiający nie dokonał. Okoliczność, że data dokumentu, w którym wykazywane jest doświadczenie zawodowe określonej osoby, a więc dokumentu sporządzanego przez samego wykonawcę, który zawiera oświadczenie wiedzy tegoż wykonawcy, jest datą późniejszą niż data składania ofert, nie może świadczyć o tym, że w dacie upływu terminu na

składanie ofert dany warunek nie został wypełniony przez wykonawcę. Data sporządzenia prywatnego dokumentu przez wykonawcę w żaden sposób nie może stanowić o okoliczności, że na dzień składania ofert dana osoba nie pozostawała w dyspozycji tego wykonawcy. Jeśli Zamawiający w tym zakresie miał jakieś wątpliwości mógł co najwyżej wyjaśnić je z wykonawcą w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie miał zaś podstaw do twierdzenia, że wykonawca nie spełnia warunku udziału na dzień upływu terminu składania ofert.

Co do drugiego zarzutu związanego z naruszeniem przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Izba uznała, że nie znajduje on potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Zdaniem Izby słusznie Zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu Odwołującego Scott Wilson, uznając, że nie przedłużył on ważności wadium na wydłużony termin związania ofertą.

W pierwszej kolejności Izba w tym zakresie zwraca uwagę, że dla celów zweryfikowania prawidłowości wniesienia wadium w postępowaniu koniecznym jest przedłożenie Zamawiającemu w określonym terminie tego wadium w jednej z form, których zamknięty katalog określa art. 45 ust. 6 ustawy Pzp. Istotną wadium jest bowiem to, że ma ono zabezpieczać złożoną ofertę w taki sposób, aby Zamawiający - w sytuacji gdy zaistnieje jedna z określonych ustawowo okoliczności - mógł skutecznie z niego skorzystać (uzyskać fizycznie gwarantowaną kwotę z rachunku bankowego - w przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu, bądź od gwaranta - gdy wadium składane jest w formie dokumentu, np. gwarancji bankowej). Aby Zamawiający mógł mieć techniczną i prawną możliwość skorzystania z zabezpieczenia wadialnego oferty, musi więc dysponować środkami finansowymi na swoim rachunku bankowym, bądź fizycznie dokumentem wadialnym. Jeśli taki dokument pozostaje w dyspozycji innego podmiotu (wykonawcy, czy też gwaranta), choćby nawet został wystawiony przez gwaranta, Zamawiający nie może z niego praktycznie skorzystać. Zatem w takiej sytuacji należy uznać, że wadium w ogóle nie zostało wniesione.

W drugiej kolejności należy zwrócić uwagę na kwestię związaną z koniecznością ważności wadium w okresie związania ofertą. Na powyższe wskazuje przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Wykonawca składający ofertę w postępowaniu, biorąc pod uwagę wskazane przepisy ustawy Pzp, może przedłużyć okres związania ofertą wyłącznie z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, a jeśli tego nie uczyni, podlega wykluczeniu. Jeśli więc termin związania ofertą uległ wydłużeniu w wyniku wydłużenia terminu związania ofertą na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wadium powinno być również przedłużone (albo wniesione nowe) na okres terminu związania ofertą. Podobna jest sytuacja na etapie składania ofert i wnoszenia pierwszego zabezpieczenia wadialnego oferty - w zależności od określonego w danym postępowaniu okresu związania

ofertą (30, 60 lub 90 dni) również termin ważności wadium nie może być krótszy niż termin związania ofertą, w przeciwnym bowiem razie wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. W tym zakresie przepisy ustawy Pzp są bezwzględne.

W sposób odmienny co najwyżej można interpretować sytuację, w której bieg terminu związania ofertą (określony pierwotnie w SIWZ lub też na skutek decyzji zamawiającego wydłużony na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp) ulega zawieszeniu na skutek złożenia protestu w postępowaniu. W takiej sytuacji na podstawie art. 181 ust. 2a ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę do ewentualnego przedłużenia ważności wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. W tym szczególnym przypadku bieg terminu związania ofertą nie ulega formalnemu (prawnemu) wydłużeniu, a jedynie przesunięciu (faktyczne wydłużenie), w związku z tym nie możemy mówić tutaj o przedłużeniu terminu związania ofertą z inicjatywy zamawiającego, czy też samego wykonawcy (tj. na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 9, czy też art. 85 ust. 2 ustawy Pzp). Przedłużenie faktyczne, a nie w sensie prawnym terminu związania ofertą w tym przypadku (złożenia protestu) powstaje *ex lege*. Zatem przedłużenie wadium w przypadku braku określenia w wezwaniu kierowanym przez zamawiającego do wykonawców na podstawie art. 182 ust. 2a ustawy Pzp konkretnej daty ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, ma inny charakter niż przedłużenie jego ważności w sytuacji określonej w art. 36 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp (wyznaczenie terminu związania ofertą w SIWZ), czy też art. 85 ust. 2 ustawy Pzp (wydłużenie terminu związania ofertą przez zamawiającego lub wykonawcę), tj. przedłużenia terminu związania ofertą na skutek działania zamawiającego, czy wykonawcy, a nie *ex lege*.

Jak wynika z akt sprawy termin ważności wadium załączonego do oferty Odwołującego Scott Wilson upływał w dniu 23 lipca 2009 r., zaś termin związania ofertą został przez Zamawiającego wydłużony - na co wyraził zgodę Odwołujący - do dnia 20 sierpnia 2009 r. Zatem brak doręczenia Zamawiającemu do dnia upływu ważności gwarancji bankowej nowego zabezpieczenia wadium oferty Odwołującego skutkowało tym, że wadium nie zostało wniesione na przedłużony okres związania ofertą, a wykonawca podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu, o czym dnia następnego został on powiadomiony przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe ustalenia składu orzekającego Izby stwierdzić należy, że w tym zakresie nie stwierdzono naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Izba uznała, że potwierdzenie się jednego z podnoszonych w odwołaniu Scott Wilson zarzutów nie może skutkować uwzględnieniem odwołania z uwagi treść art. 191 ust. 1a ustawy Pzp. W świetle tego przepisu Izba uwzględnia odwołanie jedynie w sytuacji, gdy stwierdzone naruszenie miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W związku z tym, że drugi z podnoszonych w odwołaniu zarzutów nie potwierdził się Odwołujący Scott Wilson podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z uwagi na nie przedłużenie ważności wadium. Tym samym zatem nawet w przypadku przyjęcia, że uzupełnione do oferty Scott Wilson dokumenty dotyczące Pana Andrzeja Jankowskiego potwierdzają spełnianie tego warunku przez wykonawcę, w żaden sposób nie można uznać, że powyższe wpłynie na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu - oferta Odwołującego, jako oferta wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu, podlega bowiem odrzuceniu.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1 a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy Pzp, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za

pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do **Sądu Okręgowego
Warszawa – Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....