

Sygn. akt: KIO/UZP 1180/10

**WYROK**  
z dnia 23 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Członkowie: Robert Skrzyszewski**  
**Marek Szafraniec**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ISS Facility Services Sp. z o.o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Dziecięcy Szpital Kliniczny im. Profesora Antoniego Gębali, ul. Chodźki 2, 20-093 Lublin** protestu z dnia 24 maja 2010 r.,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Impel Cleaning Sp. z o.o. (lider konsorcjum), 2. Hospital Serwis Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Dziecięcy Szpital Kliniczny im. Profesora Antoniego Gębali, ul. Chodźki 2, 20-093 Lublin**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **ISS Facility Services Sp. z o.o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Dziecięcy Szpital Kliniczny im. Profesora Antoniego Gębali, ul. Chodźki 2, 20-093 Lublin** na rzecz **ISS Facility Services Sp. z o.o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: **dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ISS Facility Services Sp. z o.o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na usługi sprzątnia, utrzymania i ochrony szatni pracowniczych, transportu wewnętrznego, sortowni bielizny, usługi opiekuńczo - pielęgnacyjne i higieniczne oraz usługi dezynfekcji w Dziecięcym Szpitalu Klinicznym wykonawca ISS Facility Services Sp. z o.o. (dalej „protestujący”) złożył protest na czynność zamawiającego - Dziecięcego Szpitala Klinicznego im. prof. A. Gębali, polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum Impel”), zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”) art. 7 ust. 1, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Impel, pomimo że oferta ta, nie została prawidłowo zabezpieczona wadium, a w konsekwencji art. 91 ustawy Pzp, dokonując wyboru oferty, która nie mogła być uznana za najkorzystniejszą.

Wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Impel,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. dokonanie czynności wykluczenia Konsorcjum Impel z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
4. dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez protestującego.

Dodał, że umowa, która zostałaby ewentualnie zawarta z Konsorcjum Impel byłaby umową nieważną w świetle postanowień art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wskazał, że wobec treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a w konsekwencji również wobec analogicznej treści pkt. X.4 SIWZ, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Podniósł, że wadium winno tworzyć zabezpieczenie dla zamawiającego na wypadek wystąpienia którejkolwiek z w/w przyczyn, a jakiegokolwiek ograniczenie i zawężenie katalogu przypadków będzie stanowić przeszkodę w egzekucji roszczeń.

Odnosząc treść art. 25 ust. 1 ustawy Pzp do treści przedstawionej przez Konsorcjum Impel gwarancji wadialnej nr 044GWKO100820005, z późniejszymi aneksami, podniósł, że nie zabezpiecza ona przypadku z punktu b), zawężając swoją treść jedynie do aspektu wymienionego w pkt. a) przepisu, co w ocenie protestującego stanowi o wadliwości przedłożonej gwarancji wadialnej, czyniąc ją niepełną, a tym samym bezskuteczną dla przypadków określonych w pkt b).

Zdaniem protestującego treść gwarancji złożonej przez Konsorcjum Impel pozostaje w jaskrawej sprzeczności z wymaganiami ustawy Pzp, co w konsekwencji winno skutkować wykluczeniem wykonawcy, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niewniesienie prawidłowo ustanowionego wadium.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 21.05.2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 814/10, z dnia 10.09.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1193/09 oraz z dnia 10.08.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 983/09.

Zamawiający protest oddalił, podnosząc, że w kwestionowanej przez protestującego gwarancji wyraźnie przywołany jest art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, który wyczerpuje wszystkie przypadki uprawniające go do zatrzymania wadium wykonawcy, wobec czego

zamawiający uznał, iż gwarancja ta w pełni zabezpiecza jego interes i mogłaby być zrealizowana w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawarte uprzednio w proteście.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie przed dniem 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Izba ustaliła także, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu, że zamawiający bezprawnie zaniechał wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, ponieważ odwołujący się zaoferował w tym postępowaniu cenę wyższą jedynie od wykonawcy, którego wykluczenia żąda, zaś cena stanowi, zgodnie z Rozdziałem VIII SIWZ, jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału dowodowego i przeprowadził dowód z następujących dokumentów:

1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
2. kopii gwarancji Nr 044GWKO100820005, złożonej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez przystępującego,

3. protestu z dnia 24.05.2010 r.,
4. przystąpienia do postępowania odwoławczego konsorcjum Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Sp. z o.o. z dnia 26.05.2010 r.,
5. rozstrzygnięcia protestu z dnia 02.06.2010 r.,
6. odwołania z dnia 11.06.2010 r.,
7. przystąpienia do postępowania odwoławczego konsorcjum Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Sp. z o.o. z dnia 18.06.2010 r.

Skład orzekający Izby dokonał następujących istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleń:

1. Zgodnie z Rozdziałem X SIWZ „Wymagania dotyczące wadium” zamawiający zażądał: „Gwarancje i poręczenia (...) muszą być udzielone do końca terminu związania ofertą oraz wskazywać wszystkie bez wyjątku wymienione w art. 46 ust. 4a oraz 5 Pzp okoliczności, w których wykonawca składający ofertę traci wadium na rzecz Zamawiającego”,
  2. Złożona przez przystępującego gwarancja Nr 044GWKO100820005 zawiera w szczególności następującą treść: „(...) my, Kredyt Bank S.A. (...) w wyniku dyspozycji Oferenta zobowiązujemy się niniejszym nieodwołalnie i bezwarunkowo do dokonania na Państwa rzecz płatności do kwoty: (...) na Państwa pierwsze pisemne żądanie zapłaty zawierające oświadczenie, że
    - I oferta Oferenta została wybrana, oraz, że
      1. Oferent odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
      2. Oferent nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
      3. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta,
    - lub
    - II. Oferent w odpowiedzi na Państwa wezwanie nie złożył dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub pełnomocnictw i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie.
- zgodnie z art. 46 ust. 4a, ust. 5 pkt 1, 2, 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych”

Odwołujący zakwestionował, iż złożona przez przystępującego jako wadium gwarancja bankowa zabezpiecza zamawiającego na wypadek, gdyby przystępujący

w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Przepis art. 25 ust. 1 ustawy wymienia dwa rodzaje oświadczeń i dokumentów:

1. oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp),
2. oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Sposób prezentacji („budowa”) zacytowanego powyżej fragmentu gwarancji przesądza o tym, że przewidziano w niej okoliczności zapłaty wadium zgrupowane w dwóch blokach, oznaczonych jako „I” i „II”.

Pod tak zgrupowanymi okolicznościami umieszczono zaczynający się myślnikiem tekst: „ - zgodnie z art. 46 ust. 4a, ust. 5 pkt 1, 2, 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych”, co w ocenie Izby oznacza, że tekst ten odnosi się do całego fragmentu powyżej (zarówno do pkt I, jak i II), sam zaś tekst oznacza tyle tylko, że wystawca gwarancji postrzega wskazane okoliczności zgrupowane w dwóch blokach jako zgodne z przywołanymi przepisami.

Przywołane w końcowej części zacytowanego fragmentu przepisy art. 46 ust. 4a, ust. 5 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp nie rozszerzają zatem okoliczności, których zaistnienie umożliwi zamawiającemu skorzystanie z uprawnień z gwarancji, a jedynie potwierdzają zgodność wskazanych uprzednio przesłanek ze wskazanymi przepisami ustawy.

W ocenie Izby przywołana powyżej treść gwarancji bankowej nie zabezpiecza zamawiającego na wypadek, gdyby przystępujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego, ponieważ pkt II mówi wyłącznie o dokumentach potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, którymi w żadnym razie nie są, nie odnoszące się do cech podmiotowych wykonawcy dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Izba wskazuje, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, co oznacza, że treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji.

Dodatkowo, w związku ze złożeniem wraz z przystąpieniem do postępowania odwoławczego oświadczenia Kredyt Bank S.A. z dnia 01.06.2010 r. Izba wskazuje, że nie budzące wątpliwości zabezpieczenie zamawiającego wynikać musi z treści gwarancji bankowej, nie zaś z odrębnych od samej gwarancji następczych zapewnień banku - gwaranta. Ocena prawidłowości złożonego wadium następuje wyłącznie na podstawie złożonej gwarancji, na wstępnym etapie po upływie terminu składania ofert. Konieczność oceny prawidłowości złożonego, a nie podlegającego uzupełnieniom wadium na podstawie dokumentu gwarancyjnego oraz niezbędna pewność co do skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być uzależniona od stanowiska samego banku, który korzystnie lub nie dla zamawiającego zinterpretuje - po terminie składania ofert - okoliczności obligujące bank do zapłaty kwoty wadium.

Reasumując, ponieważ gwarancja bankowa Nr 044GWKO100820005 nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, Izba uznała, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo, co obliguje zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 2, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 i na podstawie przepisu art. 191 ust.1 zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też Izba, 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.) uznała za uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonej do akt faktury w wysokości 3 600,00 zł.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....