

WYROK
z dnia 7 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IMPEL PROVIDER SECURITY PARTNER Sp. z o.o. Sp. k., IMPEL SECURITY POLSKA Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Śląski, ul. Bankowa 12, 40-007 Katowice**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Era Sp. z o.o., Jantar 2 Sp. z o.o. ul. Katowicka 16b, 41-500 Chorzów** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IMPEL PROVIDER SECURITY PARTNER Sp. z o.o. Sp. k., IMPEL SECURITY POLSKA Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IMPEL PROVIDER SECURITY PARTNER Sp. z o.o. Sp. k., IMPEL SECURITY POLSKA Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Uniwersytet Śląski w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługi ochrony fizycznej obiektów Uniwersytetu Śląskiego zlokalizowanych w Katowicach, Sosnowcu, Chorzowie oraz Cieszynie”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 065-111166.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w ww. postępowaniu, polegających na: wyborze, jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w niniejszym postępowaniu w zakresie części A dotyczącej „Świadczenia usług bezpośredniej ochrony fizycznej obiektów Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, Sosnowcu, Chorzowie oraz Cieszynie, realizowanych w formie posterunków stałych i doraźnych, patroli oraz konwojowania wartości pieniężnych”, oferty Konsorcjum firm: (1) ERA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (Lider Konsorcjum), (2) Jantar 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (Partner Konsorcjum), dalej jako: „Konsorcjum ERA” oraz zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum ERA z niniejszego postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych; zaniechaniu wezwania Konsorcjum ERA do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do personelu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ewentualnie zaniechaniu wezwania Konsorcjum ERA do złożenia wyjaśnień dotyczących tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ERA z niniejszego postępowania w sytuacji, gdy gwarancja bankowa załączona do oferty wykonawcy jako wadium nie spełnia wymagań SIWZ, co jest równoznaczne z koniecznością przyjęcia, że wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ERA do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że dysponuje odpowiednią ilością osób, które posiadają znajomość języka angielskiego co najmniej na poziomie podstawowym A1, potwierdzoną dokumentem np. TELC Start English A1 lub równoważnym, art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wybór, jako najkorzystniejszej z ofert

złożonych w niniejszym postępowaniu, oferty Konsorcjum ERA w sytuacji, gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w niniejszym postępowaniu, dokonania ponownej oceny i badania ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, a w ich wyniku: wykluczenia Konsorcjum ERA z postępowania; odrzucenia jego oferty; oraz wyboru, jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, oferty Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum ERA (w zakresie zadania A) powinna podlegać odrzuceniu. Została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania.

W rozdziale V pkt 12 SIWZ Zamawiający zawarł postanowienie o następującym brzmieniu: „Gwarant/poręczyciel nie może uzależniać wykonania obciążającego go świadczenia na rzecz Zamawiającego od zachowania jakichkolwiek innych rygorów poza złożeniem przez Zamawiającego gwarantowi pisemnego oświadczenia, w którym zawarte jest żądanie wypłacenia oznaczonej kwoty pieniężnej na mocy udzielonej gwarancji (np. rygorem powodującym wadliwość złożonego dokumentu będą zapisy typu: w celu identyfikacji żądanie zapłaty należy przesłać za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek beneficjenta, bank musi potwierdzić, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do składania oświadczeń woli w imieniu beneficjenta (...))” W załączonej przez Konsorcjum ERA do oferty Gwarancji nr KLG22451IN14 z dnia 6 maja 2014r., wystawionej przez ING Bank Śląski S.A. znalazł się następujący zapis: „Państwa pisemne żądanie zapłaty powinno być przesłane do nas na adres: „ING Bank Śląski S.A., ul. Sokolska 34, 40-086 Katowice, za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, celem potwierdzenia, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w Państwa imieniu”. W ocenie Odwołującego, przedłożona przez Konsorcjum ERA Gwarancja jest sprzeczna z wymaganiami SIWZ, a zatem nie może być uznana za skutecznie, przed upływem terminu składania ofert, wniesione wadium. Odwołujący przytoczył argumentację z wyroku KIO z dnia 23 listopada 2012r., sygn. akt: KIO 2481/12. Przytaczając wyrok, jak również w trakcie rozprawy, podniósł argument, że stosownie do treści art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający miał prawo postawić wymaganie co do zakazu zamieszczania określonych postanowień w treści wadium. Skutkiem naruszenia tego rygoru jest uznanie, że wykonawca nie złożył wadium. Odwołujący przywołał także cytaty z wyroku z dnia 4 marca 2013r., sygn. akt: KIO 366/13, w którym stwierdzono, że: „(...) wadium nieodpowiadające treści SIWZ nie jest wadium określonym w dyspozycji art. 24 ust.2 pkt. 2 Pzp. Inne rozumienie tego przepisu oznaczałoby nierówne traktowanie uczestników postępowania przetargowego. W szczególności Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego o instrukcyjnym charakterze

postanowienia pkt. 10.2.3 SIWZ. Izba uznała, że postanowienie to należy stosować zgodnie z jego treścią i niedopuszczalne jest swobodne jego rozumienie w zależności od uznania Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający chciał wprowadzić postanowienia instrukcyjne, to powinien to wyraźnie w SIWZ zaznaczyć. Z tych wszystkich powodów należy przyjąć, że w istocie wniesione wadium, jako zawierające warunek, nie spełniało swojej funkcji gwarancyjnej (...) Izba reprezentuje pogląd, że nierespektowanie przez przystępującego warunków SIWZ w zakresie składanego wadium, postawionych w stosunku do wszystkich wykonawców, jest równoznaczne z brakiem złożenia wadium w wyznaczonym terminie, którego następstwem jest obowiązek zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp”. W ocenie Odwołującego zaistniały przesłanki do wykluczenia Konsorcjum ERA z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazywał, że nie można uznać, że Konsorcjum ERA dokonało skutecznego wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert, jeśli gwarancja wadialna przedstawiona przez tego wykonawcę w swej treści zawiera postanowienia wprost uznane zapisami SIWZ za niedopuszczalne. Dodatkowo wskazał, że uznanie na obecnym etapie postępowania, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu byli uprawnieni do złożenia gwarancji wadialnej z zapisami wskazanymi w SIWZ jako niedopuszczalne, byłoby przejawem naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Pozyskanie gwarancji bankowej bez zapisu wskazanego w powyżej cytowanych zapisach SIWZ wiąże się bowiem z dodatkowymi kosztami po stronie wykonawcy i dodatkowym ryzykiem, które należy skalkulować w cenie ofertowej. Brak wskazanego wymogu w gwarancji bankowej zwiększa bowiem po stronie banku - gwaranta - ryzyko wypłaty sumy gwarancyjnej na podstawie żądania skierowanego przez osobę nieuprawnioną, które to ryzyko jest następnie przenoszone na wykonawcę. Innymi słowy, wykonawcy, którzy dostosowali się do wymogów SIWZ, ponoszą większe ryzyko i koszty niż Konsorcjum ERA, co nie może być rozwiązaniem akceptowalnym na gruncie art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W rozdziale III SIWZ pkt 1.1. lit. c) - wiersz drugi tabeli odnoszący się do części A zamówienia, Zamawiający zawarł następujący wymóg: „Osoby zdolne do wykonania zamówienia. (...) Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, iż dysponuje lub będzie dysponował co najmniej (...) 5) 25 osobami (dwadzieścia pięć) będącymi pracownikami ochrony niekwalifikowanej posiadającymi znajomość języka angielskiego na co najmniej poziomie podstawowym A1, potwierdzoną dokumentem np. TELC Start English A1 lub równoważnym”.

Zdaniem Odwołującego, wymogiem Zamawiającego było, aby osoby wskazane w ofercie

wykonawcy celem wykazania spełnienia warunku posiadali konkretną umiejętność - znajomość języka angielskiego na co najmniej poziomie podstawowym A1, przy czym fakt posiadania tej umiejętności miał być potwierdzony dokumentem i to - biorąc pod uwagę przykładowy zakres dokumentów, które miały ową okoliczność potwierdzać - nie jakimkolwiek dokumentem, a dokumentem potwierdzającym zdanie przez daną osobę egzaminu językowego. TELC Start English A1 stanowi najniższy poziom międzynarodowego egzaminu potwierdzającego znajomość języka angielskiego. Certyfikat TELC Start English A1 wydawany po zdaniu egzaminu TELC jest dokumentem uznawanym przez uczelnie wyższe, instytucje publiczne i gospodarcze Unii Europejskiej. Egzamin przeprowadzany jest przez podmioty posiadające stosowną akredytację. Dodatkowo Odwołujący argumentował, że Zamawiający wskazał na możliwość posłużenia się „równoważnym” do TELC Start English A1 dokumentem potwierdzającym znajomość języka angielskiego na wymaganym poziomie. Konsorcjum ERA w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, podało co następuje: a) w poz. 7, 8, 9, 17, 18 i 28 wskazało osoby, które posiadają cyt.: „certyfikat ukończenia kursu j. angielskiego (...) poziom A1 z dnia (...)", b) w poz. 4 i 5 wskazało osoby, które posiadają cyt. „certyfikat ukończenia kursu j. angielskiego (...) poziom A2 z dnia (...)", c) w poz. 12 i 14, wskazało osoby, które posiadają cyt.: „certyfikat/zaświadczenie ukończenia kursu j. angielskiego (...) poziom B1 z dnia (...)", d) w poz. 2, 3, 6, 13, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 i 27, wskazało osoby, które posiadają cyt.: „certyfikat/zaświadczenie ukończenia kursu j. angielskiego (...) poziom B2 z dnia (...)", e) w poz. 1, 15 oraz 16 wskazało osoby, które posiadają cyt.: „certyfikat/zaświadczenie ukończenia kursu j. angielskiego (...) poziom C1 z dnia (...)"

W ocenie Odwołującego przyjęć należy, że Konsorcjum ERA nie wykazało spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu w sposób wymagany zapisami SIWZ. Względem osób wskazanych w pkt. a) do e) powyżej, zwłaszcza zaś tych, które legitymują się wyłącznie ukończeniem kursu języka angielskiego na poziomie A1 i A2 (pkt a) i b) powyżej), Konsorcjum ERA nie wykazało bowiem dysponowania dokumentem, który potwierdzałby znajomość przez te osoby języka angielskiego na poziomie co najmniej A1 w sposób, jaki potwierdza to certyfikat TELC lub równoważny. Dokumentem potwierdzającym znajomość języka angielskiego na poziomie A1, zwłaszcza zaś równoważnym do TELC Start English A1, nie jest zaświadczenie o ukończeniu kursu językowego, w tym kursu przygotowującego do zdania ww. egzaminów. Tego typu zaświadczenia potwierdzać mogą wyłącznie fakt uczestnictwa danej osoby w kursie, nie stanowią natomiast potwierdzenia poziomu umiejętności językowych danej osoby zdobytych w trakcie kursu. Takim potwierdzeniem może być wyłącznie potwierdzenie zdania egzaminu kończącego dany kurs i to egzaminu, który w sposób rzetelny, w standardach akceptowanych w organach administracji publicznej, weryfikuje umiejętności mówienia, pisania i rozumienia języka

obcego na określonym poziomie, a niniejszym postępowaniu: na poziomie A1. W ocenie Odwołującego, Konsorcjum ERA nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zatem Zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie uprzedniego wyjaśnienia wątpliwości w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Rezygnacja przez Zamawiającego z przeprowadzenia wskazanej procedury stanowi, w ocenie Odwołującego, naruszenie przepisów ustawy, w tym przepisu art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nakazującego równe traktowanie wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania.

Przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca konsorcjum firm: (1) ERA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (Lider Konsorcjum), (2) Jantar 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (Partner Konsorcjum), zwany dalej „Konsorcjum ERA” lub „Przystępującym”.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu. W sytuacji potwierdzenia zarzutów postawionych w odwołaniu, miałby szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 7 Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ERA z niniejszego postępowania w sytuacji, gdy gwarancja bankowa załączona do oferty wykonawcy jako wadium nie spełnia wymagań SIWZ, co jest równoznaczne z koniecznością przyjęcia, że wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert.

Przepis ten nie daje możliwości wykluczenia Wykonawcy w sytuacji, gdy wadium zostało skutecznie wniesione. Wykluczeniu podlega wyłącznie Wykonawca, który nie wniósł wadium.

Izba ustaliła, że Wykonawca Konsorcjum Era wniósł przed terminem składania ofert wadium, w postaci gwarancji bankowej, ważne przez 60 - dniowy termin związania ofertą, w wymaganej wysokości 390 000,00 zł. Zgodnie z treścią gwarancji bankowej, gwarant zobowiązał się w niej bezwarunkowo, nieodwołalnie i bezzwłocznie wypłacić kwotę wadium na pierwsze żądanie Zamawiającego - beneficjenta gwarancji, w przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych lub 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, zgodnie z treścią gwarancji, Zamawiający nie musi uzasadniać swojego żądania wypłaty wadium, a gwarant nie może badać zasadności takiego żądania.

Odwołujący zakwestionował skuteczność wniesienia wadium podnosząc, iż zapisy gwarancji bankowej uniemożliwiają Zamawiającemu skuteczne egzekwowanie swoich roszczeń, z uwagi na wystąpienie w gwarancji tzw. klauzuli identyfikacyjnej:

„Państwa pisemne żądanie zapłaty powinno być przesłane do nas na adres: „ING Bank Śląski S.A., ul. Sokolska 34, 40-086 Katowice, za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, celem potwierdzenia, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w Państwa imieniu”.

W ocenie Izby, Przystępujący prawidłowo zabezpieczył ofertę wadium. Wadium spełnia wymogi ustawowe oraz wniesione zostało przed upływem terminu składania ofert. Nadto wynikające z treści gwarancji bankowej oświadczenie o bezwarunkowym i nieodwołanym zobowiązaniu banku do zapłaty na pierwsze żądanie Zamawiającego kwoty wadium, wypełnia istotę gwarancji bankowej, określanej jako bezwarunkowa.

Kwota gwarantowana może stać się natychmiast wymagalna po postawieniu jej w stan wymagalności przez Zamawiającego (przez złożenie stosownego, wskazanego w treści gwarancji, żądania zapłaty), a treść wskazywanej przez Odwołującego klauzuli identyfikacyjnej nie ma wpływu na możliwość uchylenia się przez gwaranta od płatności. Powyższe oznacza, że skoro Zamawiający jest w stanie zabezpieczyć się z wniesionej gwarancji bankowej (gdyż ta spełnia wymagania ustawowe i nie zawiera warunków), to Przystępujący skutecznie wniósł wadium.

Skoro Przystępujący skutecznie wniósł wadium, to brak było podstawy do wykluczenia go z postępowania.

W ocenie Izby kwestionowane postanowienia gwarancji w postaci klauzuli identyfikacyjnej, nie wywierały w odniesieniu do ważności i skuteczności złożonego wadium żadnych skutków prawnych. Przywołane postanowienia SIWZ miały jedynie charakter instrukcyjny, a ich zamieszczenie w treści gwarancji bankowej nie wpłynęło na skuteczność wniesienia wadium. Brak jest przy tym podstaw do uznania, że techniczno-instrukcyjne wymogi Zamawiającego dotyczące wadium, mają wpływ na skuteczność jego wniesienia. W ocenie Izby, warunek bezwarunkowości gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej spełniony jest w przypadku, gdy Zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji. Czyli w przypadku, gdy wypłata kwoty wskazanej w gwarancji musi nastąpić na podstawie samego żądania wypłaty kwoty, skierowanego przez Zamawiającego do gwaranta. Gwarancja straciłaby przymiot bezwarunkowości w przypadku, gdyby żądanie zapłaty musiało być uzasadniane, a więc kiedy gwarant mógłby badać podstawy zasadności żądania zapłaty, skierowanego przez Zamawiającego do gwaranta. Jednakże sytuacja taka nie występuje w niniejszej sprawie. Gwarancja złożona przez Przystępującego zawiera zobowiązania wypłaty kwoty określonej w gwarancji jedynie na podstawie oświadczenia Zamawiającego, iż zaistniały okoliczności uzasadniające taką wypłatę, bez wskazywania, o jakie dokładnie okoliczności chodzi. Zawarcie w treści gwarancji bankowej dodatkowej klauzuli identyfikacyjnej nie prowadzi do utraty przez gwarancję bankową charakteru gwarancji bezwarunkowej. Klauzula ta nie uniemożliwia bowiem Zamawiającemu dochodzenia żądania wypłaty kwoty objętej gwarancją, ani też nie nakazuje uzasadniania dochodzonego roszczenia.

Fakt umieszczenia w gwarancji bankowej klauzuli identyfikacyjnej, której zgodnie z treścią SIWZ gwarancja nie powinna zawierać, nie oznacza, że wadium nie zostało wniesione skutecznie. Podkreślić ponownie należy, że w sytuacji, gdy wadium odpowiada przepisom prawa, jak również (przede wszystkim) Zamawiający ma możliwość zaspokojenia ewentualnego roszczenia z wadium, należy uznać, że wadium jest skutecznie wniesione, a tym samym nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Nie można oceniać ważności wadium przez pryzmat zamieszczenia klauzuli identyfikacyjnej. Fakt, że w treści SIWZ znalazło się stwierdzenie, w którym Zamawiający wykluczył możliwość wpisania do treści gwarancji wadialnej klauzuli identyfikacyjnej nie powoduje, że takie wadium, które klauzulę taką zawiera, należy uważać za niewniesione.

Podkreślić także należy, że tylko niewniesienie wadium stanowi przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Przystępujący wniósł wadium (ważne i bezwarunkowe), stąd też brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z 3 września 2013 r. sygn. akt KIO 2033/13, zgodnie z którym: „(...) w orzecznictwie za ukształtowany należy uznać pogląd, iż każde wnieście wadium do zamawiającego przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3 ustawy Pzp), w wymaganej wysokości (art. 45 ust. 4 ustawy Pzp), w formach w ustawie określonych (art. 45 ust. 6 ustawy Pzp), pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadium w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych czy innych form wadium, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. *A contrario* tylko wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymaganiami, w szczególności wadium nie odnoszące się do wszystkich okoliczności jego przypadku, zakwalifikowane zostanie jako brak wnieścia (prawidłowego) wadium i tym samym stanowić będzie przesłankę wykluczenia wykonawcy (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp). Inaczej, prawidłowo wniezione wadium, to takie, które zostało wniezione zgodnie z przepisami ustawy i które *de facto* i *de iure* zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w SIWZ, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne.”

Izba nie stwierdziła także naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy podkreślić, że żaden z wykonawców, którzy wnieśli wadium zgodne z przepisami prawa, nie został wykluczony z postępowania. W ocenie Izby oświadczenie Banku Zachodniego WBK z 26 czerwca 2014 roku dotyczące gwarancji DOK1651GWB14JO nie stanowi dowodu na okoliczność nierównego potraktowania przez Zamawiającego wykonawców w postępowaniu.

Izba za bezzasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ERA do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że dysponuje odpowiednią ilością osób, które posiadają znajomość języka angielskiego co najmniej na poziomie podstawowym A1, potwierdzoną dokumentem np. TELC Start English A1 lub równoważnym, art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Izba rozstrzygnęła już przedmiotowy spór w wyroku KIO 1334/11. Orzeczenie zostało wydane na podstawie takiego samego brzmienia

warunku, przy tożsamym Zamawiającym. Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w ww. orzeczeniu. W ocenie Izby bez znaczenia jest fakt, że powołane tam rozporządzenie zostało uchylone. Należy bowiem zauważyć, że stosownie do obecnie obowiązującego nowego rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 11 stycznia 2012 r. w sprawie kształcenia ustawicznego w formach pozaszkolnych (t.j.: Dz.U. z 2014r. poz. 622), dopuszczalną formą kształcenia ustawicznego pozaszkolnego są m.in. kursy umożliwiające uzyskanie i uzupełnianie wiedzy, umiejętności i kwalifikacji zawodowych, prowadzone przez kadrę dydaktyczną posiadającą kwalifikacje zawodowe odpowiednie do rodzaju prowadzonego kursu – a do takich kursów z pewnością należą kursy językowe, po zakończeniu których wydawane jest zaświadczenie. Trudno jest odmówić zaświadczeniu wydanemu przez podmiot uprawniony rangi dokumentu potwierdzającego znajomość języka na wymaganym poziomie. Zatem jedną z form uzyskiwania i uzupełniania wiedzy jest kurs. Osoba, która ukończy określoną formę kształcenia, otrzymuje zaświadczenie.

Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym minister właściwy do spraw edukacji uznał, iż wszelkiego rodzaju kursy służą uzyskiwaniu i uzupełnianiu wiedzy, która stanowi przedmiot nauczania w ramach danego kursu. Uzyskanie wiedzy oznacza zaś nabycie umiejętności z danej dziedziny. Tym samym, legitymowanie się zaświadczeniem o ukończeniu określonego kursu pozwala przyjąć, iż jego uczestnik posiada wiedzę, która była objęta programem nauczania.

W ocenie Izby, skoro Konsorcjum Era zaproponowało do realizacji zamówienia pracowników posiadających zaświadczenie o ukończeniu kursu j. angielskiego na poziomie podstawowym, przyjąć należy, iż dana osoba zdobyła, a więc posiada wiedzę, czy umiejętności, które stanowiły przedmiot nauczania.

Izba w obecnym składzie podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 1334/11, że sposób sprawdzenia efektów kształcenia może być różny i nie musi przybierać formy egzaminu. Także w niniejszym postępowaniu w treści warunku Zamawiający wskazał, że dokument egzaminu, potwierdzającym posiadanie umiejętności językowym, jest dokumentem przykładowym. Wskazanie przez Zamawiającego na przykładowy dokument oznacza, że posiadanie przedmiotowej umiejętności nie może być wykazywane jedynie poprzez złożenie oświadczenia przez osobę, której umiejętności to oświadczenie dotyczy lub przez inną osobę mającą wiedzę w tym przedmiocie. Chodzi bowiem o to, aby dokument ten pochodził od podmiotu uprawnionego – realizującego nauczanie w tym zakresie.

Co najważniejsze, Zamawiający formułując powyższy warunek udziału w postępowaniu nie wymagał, aby znajomość języka angielskiego, co najmniej na poziomie podstawowym A1, potwierdzona była zdaniem egzaminem. Przykładowe wskazanie przez Zamawiającego na

TELC Start English A1 jest jedynie propozycją, iż „posiadanie przedmiotowej umiejętności nie może być wykazywane poprzez złożenie oświadczenia przez osobę, której umiejętności to oświadczenie dotyczy lub przez inną osobę mającą wiedzę w tym przedmiocie.”

Z powyższych względów Izba uznała, że osoby wskazane przez Konsorcjum Era, posiadające zaświadczenie o ukończeniu kursu na poziomie podstawowym, posiadają znajomość j. angielskiego na tym poziomie. Tym bardziej osoby, które posiadają zaświadczenie o ukończeniu kursu j. angielskiego na wyższym poziomie lub legitymują się tytułem licencjata lub magistra po ukończeniu studiów wyższych (filologia angielska), posiadają udokumentowaną znajomość j. angielskiego na poziomie podstawowym.

W ocenie Izby nietrafny jest argument Odwołującego, że zaświadczenie o ukończeniu kursu (jakie otrzymują kursanci po zakończeniu kursu), określone w załączniku nr 5 do przedmiotowego rozporządzenia, nie jest wystarczającym dokumentem, bowiem brak jest informacji w takim zaświadczeniu, że cel (uzyskanie określonego poziomu znajomości języka) został osiągnięty. Należy wskazać, że skoro celem kursu było osiągnięcie określonego poziomu znajomości języka, a świadectwo (zaświadczenie) potwierdza ukończenie tego kursu, to należy zakładać, że cel kursu został osiągnięty. Gdyby cel nie został osiągnięty, nie zostałoby wydane świadectwo o ukończeniu kursu.

Odnosząc się do przedstawionego jako dowód oświadczenie z dnia 19 czerwca 2014 roku, wystawionego przez West Thames College London, należy stwierdzić, że dowód ten nie potwierdza stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. Jak wskazano, dokument TELC był jedynie dokumentem przykładowym. Nadto Izba zauważa, że Odwołujący nie wykazał, aby podmiot, który wystawił ten dokument upoważniony był do dokonania oceny równoważności zaświadczeń przedstawionych przez Odwołującego z certyfikatem TELC. Ponadto z treści tego dokumentu nie wynika, jakimi cechami powinno charakteryzować się zaświadczenie, aby mogło być uznane za równoważne z TELC. Ogólnikowe stwierdzenie w treści dokumentu, że procedura uzyskania certyfikatu TELC jest ściśle sformalizowana nie określa istotnych warunków, jakie powinny zostać spełnione, w celu uzyskania równoważności z tym certyfikatem. Nadto wskazać należy, że niniejsze postępowanie prowadzone przez Zamawiającego nie jest postępowaniem kwalifikacyjnym dla pracowników służb cywilnych i na stanowisko urzędnicze, stąd nie można stwierdzić, że Zamawiający żądał w SIWZ egzaminu TELC.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....