

Sygn. akt: KIO/612/11

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2011 r. przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Zakłady Usługowe EZT S.A. (lider Konsorcjum) i Agencja Ochrony Osób i Mienia Garda Sp. z o.o. (członek Konsorcjum) z siedzibą ul. Modrzewiowa 7, 41-219 Warszawa**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Impel Cleaning 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 **Impel Cleaning 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 na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Sprzątanie budynków, terenu i wagonów tramwajowych*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 29 stycznia 2011 r. pod nr 2011/S 20-032449. Zamówienie to Zamawiający podzielił na 6 części, dopuszczając możliwość składania ofert częściowych

W postępowaniu tym wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 23 marca 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczy części 1, 2, 3 i 4 zamówienia.

Do postępowania odwoławczego w dniu 25 marca 2011 r. na skutek wezwania Zamawiającego przekazanego w dniu 24 marca 2011 r. swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówione, tj. Konsorcjum firm w składzie: Zakłady Usługowe EZT S.A. (lider Konsorcjum) i Agencja Ochrony Osób i Mienia Garda Sp. z o.o. (członek Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia, w zakresie zadania nr 1, 2, 3 i 4 przez Zamawiającego wykonawcy Przystępującego, gdyż nie wniósł wadium,

- 3) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia, w zakresie zadania nr 1 przez Zamawiającego Przystępującego, gdyż nie wykazał, że spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu;
- 4) art. 91 ust 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań nr 1, 2, 3 i 4.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia, w zakresie zadania nr 1, 2, 3 i 4 przez Zamawiającego Przystępującego, gdyż nie wniósł wadium,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia, w zakresie zadania nr 1 przez Zamawiającego Przystępującego, gdyż nie wykazał, że spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu;
- 4) art. 91 ust 1 Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań nr 1, 2, 3 i 4.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty Przystępującego w zakresie zadań nr 1, 2, 3 i 4,
- 2) nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadań nr 1, 2, 3 i 4 wykluczenia Przystępującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 2 i 4 ustawy Pzp,
- 3) nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadań nr 1, 2, 3 i 4 dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący co do pierwszego zarzutu wskazał na postanowienia Rozdziału I pkt 8 ppkt 8.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), zgodnie z którymi wykonawca, ubiegający się udzielenie przedmiotowych zamówień, celem zabezpieczenia złożonej przez siebie oferty, zobowiązany był wnieść wadium. Przystępujący wniósł wymagane w zadaniach od jeden (1) do cztery (4) wadia w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Gwarant, Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. zobowiązał się względem beneficjenta (Zamawiającego), m.in. do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie Zamawiającego, w przypadku, gdy Zleceniodawca (Przystępujący), o ile jego oferta zostanie wybrana, spowoduje, że zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Przywołany

zapis – zdaniem Odwołującego - jest niezgodny z treścią art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem ustawa ta w ww. przypadku nie uzależnia zatrzymania wadium od działania lub zaniechania („spowoduje”) wykonawcy. Stosowny zapis ustawy Pzp brzmi: „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.”

W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011r. (KIO 2764/10), zgodnie z którym treść gwarancji przedłożonej przez Przystępującego, nie odpowiada wymogom wskazanym w ww. przepisie ustawy Pzp, gdyż „zawęża przesłanki zatrzymania gwarancji w stosunku do przesłanek ustawowych wyłącznie do przypadków, w których to działania wykonawcy doprowadziły do sytuacji, że zawarcie umowy stało się niemożliwe”. Odwołujący podniósł jednocześnie, że „gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wpłaty musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie „zabezpieczonego” rezultatu, co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjanta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazał też na wyrok KIO (KIO/UZP 1180/10), zgodnie z którym skoro gwarancja nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo.” W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, Przystępujący nie wniósł wymaganego wadium i podlega wykluczeniu na podst. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Odwołujący co do drugiego zarzutu wskazał na postanowienia rozdziału I pkt 5 ppkt 5.1 2) lit. a) SIWZ, zgodnie z którymi wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, zobowiązany był wykazać, że posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania tegoż zamówienia tj.: wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną (1) usługę sprzątnia obiektów przemysłowych lub pojazdów komunikacyjnych o wartości brutto minimum 300.000,00 zł. Przystępujący w zakresie zadania nr 1 w złożonym wraz z ofertą na ww. zadanie, wykazie usług, oświadczył, że realizował usługi czystości w obiektach przemysłowych Synthos Dwory Sp. z o.o.. Referencje sporządzone przez ten podmiot potwierdzają, że Zakłady Usługowe „EZT” S.A. (lider konsorcjum Przystępującego) świadczy na jego rzecz wskazane w przywołanym wykazie usługi należycie oraz wskazuje rodzaj powierzchni (pomieszczeń), na których wykonywana była owa usługa. Odwołujący podniósł, że treść ww. referencji, nie potwierdza, zakresu prac wskazanego przez tego wykonawcę w wykazie usług.

W ocenie Odwołującego, na podstawie dokumentów przedłożonych przez ww. wykonawcę, nie można jednoznacznie stwierdzić, iż wykazał on, że posiada wiedzę i doświadczenie wymagane przez Zamawiającego – Bezdyskusyjne było dla Odwołującego, że usługa, o której mowa w rzeczonym wykazie realizowana była w obiekcie przemysłowym, jednakże, ze względu na fakt, iż w rzeczywistości nie dotyczyła pomieszczeń produkcyjnych nie może zostać uznana za potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wskazuje jednocześnie, że sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczy faktycznych umiejętności, wiedzy oraz doświadczenia wykonawcy w świadczeniu usług o specyficznym i skomplikowanym charakterze tj. sprzątania przemysłowego. W związku z powyższym, jak również mając na względzie, że złożone przez Synthos Dwory Sp. z o.o. oświadczenie nie potwierdza, zadeklarowanego w ww. wykazie rodzaju wykonywanych usług, zdaniem Odwołującego, dokumenty te nie mogły być uznane za wiarygodny i jednoznaczny dowód potwierdzający spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne i tym samym Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i jako taki podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający z zarzutami odwołania nie zgodził się wnosząc o jego oddalenie.

Co do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego w zakresie części (zadań) nr 1, 2, 3 i 4, z powodu niewniesienia wadium Zamawiający wskazał, że zapisy gwarancji wadialnej Przystępującego są prawidłowe i zabezpieczają interesy Zamawiającego. Zwrócił uwagę na pojęcie „spowoduje”, które wprowadzone do ustawowego opisu warunku zapłaty wadium z art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp nie uzależnia zatrzymania wadium od jakiegoś konkretnego działania lub zaniechania Wykonawcy. Nie zgodził się z argumentacją zawartą w uzasadnieniu wyroku KIO 2746/10 z 05.01.2011 r., na którym opiera się Odwołujący. Powołał się na definicję zawartą w Słowniku Języka Polskiego (wyd. PWN Warszawa 2003), gdzie wyraz „spowodować” oznacza „stać się przyczyną czegoś, wywołać coś, pociągnąć coś za sobą”, a więc użycie tego czasownika w treści gwarancji jedynie potwierdza to co zawiera dalsza część zdania: wykonawca stał się przyczyną tego, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe - z przyczyn leżących po jego stronie. Poprzez dodanie czasownika „spowoduje” w treści gwarancji nie została zawężona możliwość zaspokojenia się przez Zamawiającego z wadium i treść gwarancji nie pozostaje w sprzeczności z duchem przepisów ustawowych.

Powołał się na wyrok KIO w sprawie: KIO/UZP 859/09 z 21.07.2009 r., gdzie KIO badając gwarancję ubezpieczeniową wystawioną przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń, w

której treści zakres zobowiązania gwaranta został określony identycznie jak w treści gwarancji Przystępującego uznała, że w tak wystawionej gwarancji „gwarant zabezpiecza w pełni interes zamawiającego, na wypadek okoliczności, z którymi ustawa wiąże skutek w postaci zatrzymania wadium i nie wprowadza, żadnych warunków dodatkowych, w celu uzyskania przez niego gwarancji zapłaty wadium”.

Wskazał, że wykładnia logiczna i funkcjonalna zapisów zawartych w treści gwarancji prowadzi do wniosku, że udzielona gwarancja jako wniesione wadium nie narusza przepisów ustawy. Podkreślił też, powołując się na orzecznictwo KIO i sądów okręgowych, że zapisy w gwarancji nie muszą ściśle cytować treści poszczególnych przepisów ustawy, nie mogą jedynie zawężyć ustawowych warunków odpowiedzialności gwaranta (wyrok SO we Wrocławiu sygn. X Ga 81/09 z 09.04.2009 r., wyrok SO w Lublinie sygn. IX Ga 109/09 z 29.06.2009 r. oraz wyrok KIO/UZP 316/10 z 26.04.2010 r. Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP 575/09 KIO/UZP 595/09 z 15.05.2009 r. oraz w wyroku KIO/UZP 1940/10 z 24.09.2010 r.). Przedstawione gwarancje ubezpieczeniowe nie pozbawiają Zamawiającego prawa do skutecznego żądania zapłaty należności przez ubezpieczyciela z tytułu zabezpieczenia wniesionego wadium, a tym samym nie zachodziły przesłanki do wykluczenia Przystępującego z powodu niewniesienia wadium (art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy).

Co do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego, w zakresie części (zadania) nr 1 z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał, że w złożonym odwołaniu, Odwołujący podniósł, że treść referencji nie potwierdza zakresu prac, wskazanych przez Przystępującego w Wykazie usług, jednocześnie też stwierdzając, że referencje sporządzone przez Synthos Dwory Sp. z o.o. potwierdzają, że Zakłady Usługowe „EZT” S.A. świadczą na rzecz Synthos Dwory Sp. z o.o. wskazane w Wykazie usługi należycie.

Powołując się na zapisy § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zwanym dalej rozporządzeniem wskazał, że jako dokument potwierdzający wiedzę i doświadczenie należy uznać wykaz usług, natomiast pozostałe dokumenty, np. referencje, mają jedynie potwierdzać ich należyte wykonanie. Zatem, w referencjach nie muszą być obligatoryjnie zawarte takie informacje jak np. wartość zamówienia czy też informacja, że prace obejmowały utrzymanie czystości w obiektach przemysłowych. Referencje muszą jedynie potwierdzać, że prace wskazane przez wykonawcę w Wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Na potwierdzenie powyższego stanowiska przywołał orzecznictwo KIO (KIO/UZP 1092/09, KIO/UZP 2187/10, KIO/UZP 1131/10, KIO/UZP 216/11).

Podkreślił, że w dokumencie potwierdzającym należyte wykonywanie usług wskazanych w Wykazie złożonym przez Zakłady Usługowe „EZT” S.A., zawarte są tylko

przykładowe rodzaje usług sprzątanego świadczonego dla Synthos Dwory Sp. z o.o., o czym świadczy zapis „ (...) Usługą objęte są między innymi: (...)”. Biorąc pod uwagę powyższy zapis oraz zapis w Wykazie usług „usługi utrzymania czystości w obiektach przemysłowych Zamawiającego” Zamawiający uznał, że spełnianie warunku udziału w postępowaniu zostało wykazane.

Podkreślił także, że w złożonej ofercie Przystępujący przedstawił dodatkowo trzy oddzielne Wykazy usług (dla części 2, 3 i 4) oraz dokumenty potwierdzające, że usługi w nich wskazane zostały wykonane należycie, które również wykazały spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Podkreślił, że Zamawiający nie miał podstaw, aby wezwać Przystępującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a tym bardziej wykluczyć tego wykonawcę z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

III. Stanowisko Przystępującego

Zarzuty Odwołującego – zdaniem Przystępującego - nie były niesłuszne . W związku z powyższym wniósł on o oddalenie odwołania.

Co do pierwszego zarzutu dotyczącego gwarancji wadialnej stwierdził, że Odwołujący niesłusznie zauważył, że zapis ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Przystępującego zawęża przesłanki zatrzymania gwarancji w stosunku do przesłanek ustawowych wyłącznie do przypadków, w których to działania Wykonawcy doprowadziły do sytuacji, że zawarcie umowy stało się niemożliwe.

Wskazał też na znaczeniu słowa „spowodował”, zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego (Wydawnictwo PWN, 2003). Według tej Definicji spowodować znaczy: „stać się przyczyną czegoś, pociągnąć coś za sobą wywołać coś”. W tym stanie wyrażenie „spowodował” oznacza sytuację, w której Zleceniodawca gwarancji (Wykonawca) stał się przyczyną sytuacji uniemożliwiającej zawarcie umowy. Taki stan faktyczny, w którym Wykonawca stanie się przyczyną oznacza dokładnie to samo co zwrot ustawowy, zgodnie z którym zawarcie umowy „stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”. Z gwarancji przedłożonej przez Przystępującego wynika, zdaniem Zamawiającego, iż Gwarant: Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłacić kwotę wadium na pierwsze żądanie Zamawiającego w przypadku, gdy niezawarcie umowy w przedmiotowym postępowaniu stanie się przyczyną leżącą po stronie Przystępującego pomimo wyboru jego oferty, jako oferty najkorzystniejszej. Sformułowanie gwarancji nie musi być bowiem literalną kalką zapisów ustawowych, a jedynie nie może zawężać zakresu odpowiedzialności Gwaranta, co z powyższych powodów nie ma miejsca. Na poparcie

swojej argumentacji wskazał na wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2010 r.(KIO/UZP 316/10), w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż „*Nie jest nieodzwonne, aby dokument gwarancji wadialnej postugiwał się dosłownym przytoczeniem treści art. 46 ust 4a i 5 p.z.p.* ” Powyższe potwierdza, iż zarzuty Odwołującego dot. naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp są bezzasadne.

Co do drugiego zarzutu dotyczącego nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazał, że Przystępujący w swojej ofercie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu - warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zgodnie z wymaganiami zawartymi w rozdziale I pkt 5.1 pkt 2) lit a) SIWZ do swojej oferty załączył wykaz usług oznaczony jako część (zadanie) nr 1 (str. 7 oferty Przystępującego) w którym wskazał, iż przedmiotem usługi jest „*Usługa utrzymania czystości w obiektach przemysłowych Zamawiającego*”, świadczona w okresie „*od 01.01.2010 do nadal*”, wartość zamówienia brutto: „*powyżej 300.000,00 zł*” świadczona na rzecz Odbiorcy: „*SYNTHOS S.A., ul. Chemików 1, 32-600 Oświęcim*”. Dodatkowo Przystępujący załączył kserokopię opinii wystawionej w dniu 15 lutego 2011 r. przez Firmę: SYNTHOS S.A., ul. Chemików 1, 32-600 Oświęcim która potwierdza „*należyte, terminowe oraz sumienne i fachowe wykonywanie usług*”.

Wskazał, że Przystępujący spełnia wymagania określone zarówno przez Zamawiającego w SIWZ za pomocą sporządzonego na podstawie załącznika do SIWZ wykazu, jak i dokumentu potwierdzającego należyte wykonywanie usługi utrzymania czystości, powołując się także na przepis § 1 ust 1 pkt. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., nr 226, poz. 1817).

Wskazał, że wystawca opinii (SYNTHOS S.A.) stwierdził, iż usługi świadczone przez Przystępującego obejmują usługi utrzymania czystości między innymi w pomieszczeniach biurowych, socjalnych oraz ciągach komunikacyjnych. Wystawca opinii (SYNTHOS S.A.), dla którego Przystępujący świadczy usługę utrzymania czystości jest podmiotem zajmującym się produkcją surowców chemicznych. Zakres usługi obejmuje przede wszystkim utrzymanie hal produkcyjnych jak i magazynowych Odbiorcy, gdyż to one zajmują największą powierzchnię na której świadczona jest usługa. Powyższe w jego ocenie potwierdza, że zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt. 4 ustawy Pzp jest bezzasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

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

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego oferta została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą. W przypadku potwierdzenia się zasadności zarzutów odwołania to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejsza w poszczególnych zaskarżanych częściach zamówienia. Tym samym zatem zaskarżone zaniechanie dokonania określonej czynności przez Zamawiającego w sposób bezpośredni pozbawia szans na uzyskanie zamówienia przez Odwołującego, narażając go także na poniesienie szkody w postaci uzyskania i realizacji zamówienia i pozyskania z tego tytułu określonych zysków.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za niezasadne.

Izba uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o zamówienie publiczne, nadesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Co do pierwszego zarzutu dotyczącego gwarancji wadialnej, odnoszącego się do części 1, 2, 3 i 4 zamówienia Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 8 SIWZ określił swoje wymagania dotyczące wadium w postępowaniu. Zgodnie z pkt 8.12 SIWZ Zamawiający wskazał warunki zatrzymania wadium:

- 1) wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- 2) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zamawiający w SIWZ określił odrębne wysokości wadium dla poszczególnych części zamówienia.

W ofercie Przystępującego odrębnie dla każdej części zamówienia, na którą wykonawca ten składał ofertę przedłożono gwarancje wadialne wystawione przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń Oddział w Katowicach. W treści tych gwarancji określono warunki wypłaty wadium, w przypadku gdy oferta Przystępującego zostanie wybrana w niniejszym postępowaniu, tj. gdy wykonawca ten:

- a) odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie
- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- c) spowodował, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia w sprawie i zgromadzony materiał dowodowy Izba stwierdziła, że przedłożone przez Przystępującego gwarancje wadialne w niniejszym postępowaniu zabezpieczają jego ofertę w kwestionowanych częściach 1 – 4 zamówienia. Jak wynika z treści gwarancji wskazują one na wymagane przez Zamawiającego zabezpieczenie finansowe, nie ma wątpliwości, iż dotyczą przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i są nieodwołalne i bezwarunkowe. Kwestionowany przez Odwołującego jeden warunek wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego odnosi się do sytuacji określonej w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że Zamawiający ma prawo do zatrzymania wadium, jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zapis ten został literalnie zmodyfikowany w gwarancjach wadialnych przedłożonych przez Przystępującego. Dodano tam wskazanie do przesłanki zatrzymania wadium przez Zamawiającego, w sytuacji, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana spowodował, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Użycie w treści gwarancji określenia „spowodował” w przedmiotowej gwarancji – zdaniem Izby – nie prowadzi do jakiegokolwiek ograniczenia z prawnej możliwości zatrzymania wadium w stosunku do literalnie określonej przesłanki ustawowej zatrzymania wadium, wskazanej w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazany przepis uzależnia zatrzymanie wadium od sytuacji, w której nie będzie możliwe zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikające z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ustawodawca zatem wyraźnie określił, że ta przesłanka zatrzymania wadium związana jest z wykonawcą - tak z jego określonymi działaniami, jak i zaniechaniami, które doprowadziły do sytuacji, w której niemożliwe jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Użycie w treści gwarancji określenia „spowodował”, odnoszące się również do wykonawcy żadnego ograniczenia w tym zakresie w stosunku do regulacji ustawowej, zdaniem Izby, nie wprowadza. Jak słusznie podnosił Zamawiający i Przystępujący określenie „spowodował” według słownikowego określenia oznacza: „przyczynienie się do czegoś, wywołanie czegoś

pociągnięcie czegoś za sobą". Powyższe mieści się w sformułowaniu użytym w dyspozycji art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp: „*stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy*". Użycie w treści gwarancji wadialnych określenia „*spowodował*” wiąże się tylko z zastosowaniem poprawności stylistycznej określonych przez gwaranta podstaw do zatrzymania wadium.

Podstawą argumentacji Odwołującego w tym zakresie stanowił także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO/2764/10). Podkreślić należy, że wskazany wyrok został wydany przez Izbę w sprawie innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i innych stron postępowania odwoławczego, tym samym też Izba w niniejszej sprawie odwoławczej nie jest nim związana. Słusznie wskazywał Zamawiający oraz Przystępujący, że w podobnych sprawach w orzecznictwie Izby wyrażano odmienny od prezentowanego przez Odwołującego pogląd, m.in. orzeczenie KIO z dnia 21 lipca 2009 r.; (sygn. akt: KIO/UZP 859/09), którym to orzeczeniem Izba w niniejszej sprawie także nie jest związana. Niezależnie jednak od powyższego Izba rozstrzygając przedmiotową sprawę odwoławczą uznała, że treść gwarancji Przystępującego jest prawidłowa

Co do drugiego zarzutu dotyczącego spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego co do wymaganej wiedzy i doświadczenia w zakresie części 1 zamówienia Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 5.1 ppkt 2) lit. a) SIWZ dla zadań od 1 do 4 zamówienia określił opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując, że co do wiedzy i doświadczenia wykonawca ma obowiązek wykazać się co najmniej jedną usługą sprzątnięcia obiektów przemysłowych lub pojazdów komunikacyjnych o wartości brutto minimum 300 000,00 zł.

Przystępujący w swojej ofercie w zakresie spornej pierwszej części zamówienia załączył wykaz usług z jedną usługą utrzymania czystości w obiektach przemysłowych o wartości powyżej 300 000,00 zł realizowaną na rzecz Synthos S.A. z siedzibą w Oświęcimiu (str. 7 oferty). Do ofert dołączono też dokument referencyjny firmy Synthos S.A. (str. 8 oferty), w którym wskazano, że Zakłady Usługowe „EZT” S.A. (Lider Konsorcjum Przystępującego) świadczą usługę utrzymania czystości na rzecz tej firmy, a usługą tą objęte są między innymi: pomieszczenia biurowe, socjalne i ciągi komunikacyjne. W dokumencie tym wskazana też na wartość dotychczasowych usług zrealizowanych za okres od 1 stycznia 2010 r. do 31 stycznia 2011 r. na poziomie 1 000 000 zł brutto.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia w sprawie i zgromadzony materiał dowodowy Izba stwierdziła, że przedłożone przez Przystępującego dokumenty w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie warunku podmiotowego dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy, opisanego przez Zamawiającego w SIWZ. Określony w SIWZ opis sposobu

dokonania oceny spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu odnosił się do usług sprzątania wykonywanych w obiektach przemysłowych.

Sam Odwołujący w treści odwołania *de facto* przyznał, że warunek jest przez Przystępującego spełniony, wskazując, że: „*Bezdiskusyjne jest bowiem, że usługa o której mowa w rzeczonym wykazie realizowana była w obiekcie przemysłowym*”. Opis sposobu dokonania oceny w ramach warunku wiedzy i doświadczenia stworzony przez Zamawiającego odnosił się do sprzątania w obiektach przemysłowych. Okoliczność, iż owe obiekty mogą posiadać różnego rodzaju przestrzeń i pomieszczenia, także biurowe, czy socjalne, gdzie także (użyte w treści dokumentu referencji określenie: „*między innymi*”) Przystępujący świadczył usługi sprzątania, nie może stanowić podstawy uznania, że wykonawca nie spełnia warunku, który odnosił się do obiektów przemysłowych, a nie konkretnego rodzaju powierzchni tam znajdujących się. Wartość wskazanych w treści referencji łącznie z treścią dokumentu wykazu wykonanych usług, także potwierdza, że dokument referencji odnosi się generalnie do całości usług świadczonych przez Przystępującego (wartość usług zrealizowanych: 1 000 000 zł), wskazując w sposób przykładowy na pomieszczenia, gdzie owa usługa sprzątania jest świadczona, zaś Przystępujący w dokumencie wykazu dookreślił wartość usług odnoszących się ściśle do powierzchni obiektów przemysłowych (300 000 zł). Przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie można pominąć wszystkich dokumentów żądanych przez zamawiającego i wynikających z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) na potwierdzenie spełniania warunków. Jak wielokrotnie Izba, jak również sądy okręgowe, rozpoznające skargi na orzeczenia Izby, wskazywały, że treść dokumentu referencji nie musi ściśle odzwierciedlać wszystkich wymogów zamawiającego w danym konkretny postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego co do danego warunku podmiotowego. Dokument ten ma służyć potwierdzeniu, że określone prace zostały wykonane należycie. Natomiast przy ocenie spełniania warunków udziału nie można pominąć także dokumentu wykazu wykonanych usług, zrealizowanych dostaw, czy robót budowlanych, który to dokument wprost został przewidziany jako potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych w przepisach wskazanego rozporządzenia.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi Zamawiającego, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Do kosztów postępowania odwoławczego zaś w przedmiotowej sprawie Izba zaliczyła - stosownie do § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) - koszty wpisu uiszczanego w należnej wysokości od złożonego odwołania.

Przewodniczący:

.....