

WYROK

z dnia 20 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Vendi Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Świdniku,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S4H Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, WPU Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, Clean Service Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie oraz KMORDER z siedzibą w Olsztynie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt osiem złotych) stanowiącej zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
3. oddala wniosek wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S4H Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, WPU Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, Clean Service Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie oraz KMORDER z siedzibą w Olsztynie, o zasądzenie zwrotu kosztów z tytułu dojazdu.

Sygn. akt KIO 1782/18

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Lublinie.**

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Świdniku prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2017r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „usługi kompleksowe w zakresie higieny szpitalnej Szpitalu SP ZOZ w Świdniku”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 kwietnia 2018 r. pod numerem 2018/S 077-171947.

W dniu 3 września 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S4H Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, WPU Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, Clean Service Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie oraz KMORDER z siedzibą w Olsztynie (dalej: „Przystępujący”).

Na powyższą czynność Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Vendi Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp w zw. z art. 45 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że wykonawcy ci złożyli wadium w formie nieprzewidzianej w przepisie art. 45 ust. 6 Pzp, w szczególności złożyli wadium w postaci poręczenia udzielonego przez Podlaski Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o., który to podmiot nie zalicza się do kręgu podmiotów określonych w art. 45 ust. 6 pkt. 5 Pzp, względnie: wadium zostało udzielone niezgodnie z przepisem art. 45 ust. 6 Pzp,

2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców, co do której zachodzą podstawy do jej odrzucenia.

Z związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Przystępującego oraz powtórzenia dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wymagał w rozdziale 8 pkt. 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), aby wykonawcy złożyli wadium w wysokości 70.000 zł, a zgodnie z pkt. 3 - wadium może być wnoszone w jednej z następujących form: 1) pieniądzu; 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo- kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze

poręczeniem pieniężnym; 3) gwarancjach bankowych; 4) gwarancjach ubezpieczeniowych; 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2014r. poz. 1804 oraz z 2015 r. poz. 978 i 1240).

Odwołujący wskazał, że powyższy katalog pokrywa się z treścią przepisu art. 45 ust. 6 Pzp. Przystępujący złożył wadium w postaci dokumentu pt. „Poręczenie zapłaty wadium Nr 10/10/2017/W/10 z dnia 24.05.2018 r., udzielone przez Podlaski Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. na podstawie art. 45 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579)". Z dokumentu wynika, iż poręczyciel - Podlaski Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku poręcza zapłatę kwoty 70.000,00 zł przez S4H sp. z o.o. w związku ze złożeniem przez S4H sp. z o.o. oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązując się nieodwołalnie i bezwarunkowo na każde pisemne żądanie Zamawiającego do jej zapłaty w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp.

W opinii Odwołującego powyższe poręczenie nie spełnia formy wadium, o której mowa w art. 45 ust. 6 Pzp. Podlaski Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. nie jest bowiem ani bankiem, ani spółdzielczą kasą oszczędnościowo-kredytową, ani też nie zalicza się do grona podmiotów, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Zgodnie z tym przepisem, poręczycielami mogą być podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z 9.11.2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, tj. podmioty, którym Agencja udzieliła pomocy finansowej przeznaczonej na powiększenie wyodrębnionego księgowo funduszu, z którego ten podmiot udziela poręczeń lub gwarancji spłaty kredytów lub pożyczek. (Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el., 2018, LWI: komentarz do art. 45, pkt. 7). Chodzi zatem o uprawnione do udzielania poręczeń wadialnych fundusze poręczeniowe. Zgodnie z informacjami zawartymi na stronie internetowej Podlaskiego Funduszu Poręczeniowego oferuje on poręczenia wadialne w wysokości do 100% wadium. Oferta skierowana jest do mikro, małych lub średnich przedsiębiorców mających siedzibę lub realizujących inwestycję na terenie województwa podlaskiego. Poręczenie wadialne, o którym wyżej mowa, zostało wystawione przez Fundusz na rzecz Przystępującego, którego siedziba znajduje się w Olsztynie w województwie warmińsko-mazurskim, przedmiotowe zamówienie zaś ma zostać zrealizowane w miejscowości Świdnik w województwie lubelskim. Umieszczone na stronie internetowej Funduszu powyższe oświadczenie stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy o dostępie do informacji publicznej. Skoro zaś Fundusz udzielił poręczenia podmiotowi, który ani nie ma siedziby w województwie podlaskim, ani nie będzie realizował usług na jego obszarze, to Fundusz udzielając wadium nie działał jako podmiot, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia

9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, ale jako zwyczajny podmiot finansowy działający na rynku usług finansowych. Wadium w formie poręczenia innego podmiotu niż bank, SKOK, towarzystwo ubezpieczeniowe lub legitymowany przez PARP fundusz poręczeniowy nie stanowi zatem dopuszczalnej przez przepis Pzp formy wadium. W konsekwencji, wadium złożone w postępowaniu przez Przystępującego nie stanowi wadium w rozumieniu art. 45 ust. 6 Pzp, a oferta złożona przez tych wykonawców powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, że nawet gdyby uznać Fundusz za uprawniony do wystawienia poręczenia wadium w rozumieniu Pzp, zobowiązany z tego poręczenia, tj. S4H sp. z o.o., może nie spełniać kryteriów MŚP, tzn. może się okazać dużym przedsiębiorcą w rozumieniu rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu. Zgodnie zaś z art. 1 ust. 1 Regulaminu Funduszu, celem Funduszu Poręczeń Kredytowych Podlaskiego Funduszu Poręczeniowego Sp. z o.o. (Fundusz) jest wspieranie rozwoju prywatnych i polskich małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP). Zgodnie zaś z ust. 2, cel ten jest realizowany poprzez udzielanie Poręczeń i innych zabezpieczeń stanowiących dodatkowe zabezpieczenie działalności banków i pożyczkodawców w zakresie kredytowego finansowania MŚP. Załącznik nr 1 do w/w rozporządzenia precyzuje, że MŚP cechuje się określonymi wskaźnikami obrotu i zatrudnienia, które w partykularnych przypadkach podlegają obliczeniu dla danego przedsiębiorstwa wspólnie z jego przedsiębiorstwami partnerskimi lub powiązаныmi (art. 3 w/w załącznika). W S4H sp. z o.o. 100% udziałów przysługuje R. M., który jednocześnie posiada 600 (większość) udziałów w WPU sp. z o.o. WPU sp. z o.o. z kolei posiada 100% udziałów w KMORDER sp. z o.o. oraz w Clean Service sp. z o.o. Wszystkie wymienione spółki mają siedzibę w Olsztynie, a w składzie ich organów i wspólników przejawiają się te same osoby, m.in. R. M., D. M. i Z. K. . Sprawia to, że S4H sp. z o.o. posiada 3 przedsiębiorstwa powiązane w rozumieniu art. 3 ust. 3 załącznika nr 1 do rozporządzenia 651/2014. Aby uznać dany podmiot za MŚP, musi to być zatem podmioty naprawdę niezależny, nie tylko kapitałowo, ale i osobowo, czyli koligacje rodzinne, układy handlowe, posiadanie wspólnych klientów powodują, że trzeba uznać podmioty tak powiązane jako jedno przedsiębiorstwo (single economic unit) - tak chociażby Komisja UE w decyzji z dnia 7 czerwca 2006 r., Trybunał Sprawiedliwości UE (sąd I instancji) w wyroku z dnia 14 października 2004 r. Okoliczność posiadania przez S4H sp. z o.o. statusu MŚP powinna zatem zostać zbadana wspólnie z wynikami finansowymi i skalą zatrudnienia w podmiotach powiązanych, aby zweryfikować, czy podmiot udzielający poręczenia - Podlaski Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. - miał prawo zgodnie z wiążącym go Regulaminem (w załączeniu) udzielić poręczenia wadium w rozumieniu Pzp temu wykonawcy. Zachodzą bowiem uzasadnione

przypuszczenia, że wykonawca zobowiązany z poręczenia - S4H sp. z o.o. - nie posiada statusu MŚP. W świetle powyższego, odwołanie jest uzasadnione.

Odwołujący w złożonym na posiedzeniu w dniu 18 września 2018 r. piśmie procesowym podtrzymał odwołanie i przedstawił dodatkowe argumenty uzasadniające zasadność odwołania. Wskazał, że zgodnie art. 3 ust. 2 ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości ilekroć w tej w ustawie jest mowa o mikroprzedsiębiorcy, małym lub średnim przedsiębiorcy, należy przez to rozumieć odpowiednio mikroprzedsiębiorcę, małego lub średniego przedsiębiorcę spełniającego warunki określone w załączniku I do rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu (ogólnego rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych) (Dz. Urz. WE L 214 z 09.08.2008, str. 3). Obecnie powyższe rozporządzenie zostało zastąpione rozporządzeniem Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 roku uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz.U. UE L z 2014 r., Nr 187, s. 1 i nast. - dalej jako „rozporządzenie”). Zgodnie z art. 2 ust. 1 załącznika nr 1 do rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 roku uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz.U. UE L z 2014 r., Nr 187, s. 1 i nast. dalej jako „rozporządzenie”). Przepis ten brzmi następująco: Do kategorii mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw („MŚP”) należą przedsiębiorstwa, które zatrudniają mniej niż 250 pracowników i których roczny obrót nie przekracza 50 milionów EUR, lub roczna suma bilansowa nie przekracza 43 milionów EUR. Przepis ten został transponowany do polskiego porządku prawnego w art. 7 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców. Zgodnie z tym przepisem, średni przedsiębiorca oznacza przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym roku z dwóch ostatnich lat obrotowych spełniał łącznie następujące warunki: zatrudniał średniorocznie mniej niż 250 pracowników oraz osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz z operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 50 milionów euro, lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 43 milionów euro - i który nie jest mikroprzedsiębiorcą ani małym przedsiębiorcą. Obie przesłanki zaliczenia przedsiębiorstwa do MŚP muszą zostać spełnione kumulatywnie. Zgodnie z art. 6 ust. 2 załącznika nr 1 do rozporządzenia, w przypadku przedsiębiorstwa mającego przedsiębiorstwo partnerskie lub przedsiębiorstwa powiązane dane, w tym dane dotyczące liczby personelu, określa się na podstawie ksiąg rachunkowych i innych danych przedsiębiorstwa lub, jeżeli istnieją, skonsolidowanego sprawozdania finansowego danego przedsiębiorstwa lub skonsolidowanego sprawozdania finansowego innego przedsiębiorstwa, w którym ujęte jest dane przedsiębiorstwo.

Odwołujący wyjaśnił, iż dane, o których mowa w pierwszym akapicie, uzupełnia się danymi dotyczącymi każdego przedsiębiorstwa partnerskiego znajdującego się bezpośrednio na wyższym lub niższym szczeblu rynku w stosunku do danego przedsiębiorstwa. Uzupełnienie danych jest proporcjonalne do procentowego udziału w kapitale lub prawach głosu (zależnie od tego, która z tych wartości jest większa). W przypadku holdingów typu cross-holding stosuje się większy udział procentowy. Dane, o których mowa w pierwszym i drugim akapicie, uzupełnia się pełnymi danymi każdego przedsiębiorstwa, które jest bezpośrednio lub pośrednio powiązane z danym przedsiębiorstwem, jeśli dane te nie zostały podane wcześniej w ramach skonsolidowanego sprawozdania finansowego.

Wskazał, że zgodnie zaś z art. 3 ust. 3 załącznika nr 1 do rozporządzenia, „Przedsiębiorstwa powiązane” oznaczają przedsiębiorstwa, które pozostają w jednym z poniższych związków:

- a) przedsiębiorstwo ma większość praw głosu w innym przedsiębiorstwie w roli udziałowca/akcjonariusza lub członka;
- b) przedsiębiorstwo ma prawo wyznaczyć lub odwołać większość członków organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego innego przedsiębiorstwa;
- c) przedsiębiorstwo ma prawo wywierać dominujący wpływ na inne przedsiębiorstwo na podstawie umowy zawartej z tym przedsiębiorstwem lub postanowień w jego statucie lub umowie spółki;
- d) przedsiębiorstwo będące udziałowcem/akcjonariuszem lub członkiem innego przedsiębiorstwa kontroluje samodzielnie, na mocy umowy z innymi udziałowcami/akcjonariuszami lub członkami tego przedsiębiorstwa, większość praw głosu udziałowców/akcjonariuszy lub członków w tym przedsiębiorstwie.

Jak wskazał Odwołujący, zakłada się, że wpływ dominujący nie istnieje, jeżeli inwestorzy wymienieni w ust. 2 akapit drugi nie angażują się bezpośrednio lub pośrednio w zarządzanie danym przedsiębiorstwem, bez uszczerbku dla ich praw jako udziałowców/akcjonariuszy. Przedsiębiorstwa, które pozostają w jednym ze związków opisanych w akapicie pierwszym za pośrednictwem co najmniej jednego przedsiębiorstwa lub jednego z inwestorów, o których mowa w ust. 2. również uznaje się za powiązane. Przedsiębiorstwa pozostające w jednym z takich związków za pośrednictwem osoby fizycznej lub grupy osób fizycznych działających wspólnie również uznaje się za przedsiębiorstwa powiązane, jeżeli prowadzą one swoją działalność lub część działalności na tym samym rynku właściwym lub rynkach pokrewnych. Za „rynek pokrewny” uważa się rynek dla danego produktu lub usługi znajdujący się bezpośrednio na wyższym lub niższym szczeblu rynku w stosunku do rynku właściwego.

Zdaniem Odwołującego, podmiotami powiązanych z S4H sp. z o.o. są następujące trzy przedsiębiorstwa: WPU sp. z o.o., KMONDER sp. z o.o. oraz Clean Service sp. z o.o. W S4H

Sygn. akt KIO 1782/18

sp. z o.o. 100% udziałów przysługuje R. M., który jednocześnie posiada 600 (większość) udziałów w WPU sp. z o.o. WPU sp. z o.o. z kolei posiada 100% udziałów w KMORDER sp. z o.o. oraz w Clean Service sp. z o.o. Wszystkie wymienione spółki mają siedzibę w Olsztynie, a w składzie ich organów i wspólników przejawiają się te same osoby, m.in. R. M., D. M. i Z. K. .

Ponadto Odwołujący zauważył, że prezesami zarządu (i jednocześnie jedynymi członkami zarządu) tych spółek są:

1. w S4H sp. z o.o. – R. M.;
2. w Clean Service sp. z o.o. – Z. K.;
3. w WPU sp. z o.o. – D. M.;
4. w KMORDER sp. z o.o. – Z. K. .

Powyższe, w opinii Odwołującego potwierdza, iż w KMORDER sp. z o.o. jest podmiotem pośrednio powiązaniem z S4H sp. z o.o. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 października 2014 roku, sprawie T-137/02, Pollmeier Malchow GmbH & Co. KG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich.

Zauważył, iż podobnie wypowiedziała się Komisja Europejska w decyzji z dnia 7 czerwca 2006 r. w sprawie pomocy państwa nr C 8/2005 (ex N 451/2004), którą Niemcy zamierzają przyznać na rzecz Nordbrandenburger UmesterungsWerke. Komisja uznała, że przy ustalaniu czy dane przedsiębiorstwo jest powiązane z innym bierze się pod uwagę nie tylko powiązania kapitałowe, ale i osobowe, koligacje rodzinne, układy handlowe, posiadanie wspólnych klientów (single economic unit). Powiązania między podmiotami należy interpretować szeroko.

W opinii Odwołującego, skoro KMORDER sp. z o.o. jest podmiotem pośrednio powiązaniem z S4H sp. z o.o., w celu ustalenia czy S4H sp. z o.o. jest mikro, małym lub średnim przedsiębiorcą dolicza się przeciętne zatrudnienie w KMORDER sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że z danych zawartych w sprawozdaniach finansowego za rok 2015, 2016 i 2017 (wraz z dołączonym do nich sprawozdaniem z działalności jednostki w rozumieniu art. 45 ustawy o rachunkowości) wynika, że podmiot ten w każdym z wymienionych wyżej lat obrotowych zatrudniał więcej niż 250 pracowników. KMORDER sp. z o.o. zatrudniał średniorocznie w przeliczeniu na pełen wymiar czasu pracy roku w 2015 r. - 318 pracowników, w 2016 r. - 282, a w 2017 r. - 446.

Podkreślił, iż zgodnie z art. 45 ust. 6 Pzp wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: 1) pieniądzu, 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym, 3) gwarancjach bankowych, 4) gwarancjach ubezpieczeniowych, 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z

dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2016 r. poz. 359 i 2260 oraz z 2017 r. poz. 1089).

Prawo zamówień publicznych przewiduje, zatem zamknięty katalog form, w jakich może być wniesione wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Oprócz formy prężnej art. 45 ust.6 Pzp przewiduje udzielenia gwarancji przez podmioty dające rękojmię ich udzielenia i podlegające nadzorowi.

Odwołujący wyjaśnił, że Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości zgodnie z art. 4 ust. 1b ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości podejmuje i finansuje przedsięwzięcia ukierunkowane na wsparcie mikroprzedsiębiorstw, małych i średnich przedsiębiorców. Zgodnie z pismem Polskiej Agencji Przedsiębiorczości z dnia 18 maja 2016 roku Podlaski Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. będąc beneficjentem Działania: Rozwój Instytucji wspierających regionalną działalność gospodarczą - Regionalne Fundusze Poręczeniowe wdrażane w ramach Programu PL2002/000-580-06.05 Przedsiębiorczość w Polsce: Regionalny Program Wsparcia dla MSP jest podmiotem, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Według Odwołującego, skoro Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości ustanowiła Podlaski Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. beneficjentem programu, który jest skierowany wyłącznie do MSP, to udzielenie wsparcia podmiotowi nie będącemu MŚP było sprzeczne z art. 4 ust. 1b ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, a Podlaski Fundusz Poręczeniowy sp. z o. o. nie działał w tym zakresie jako podmiot, o którym mowa, w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Odwołujący powołując się na wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 11 lipca 2013r., X Ga 189/13, LEX nr 1718352) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 marca 2015 r., KIO 311/15, LEX nr 1659259) stwierdził, że niezgodne z przepisami regulującymi wystawienie gwarancji bankowej powinno być zakwalifikowane jako brak prawidłowego wniesienia wadium, co stanowi w aktualnym stanie prawnym podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp (vide: Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III Opublikowano: WKP 2018). Przekładając ten wyrok na stan niniejszej sprawy, uznać należy, że udzielenie gwarancji przez Podlaski Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. niezgodnie z art. 4 ust. 1b ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości podmiotowi, który nie był MSP nie jest skutecznym udzieleniem wadium przez podmiot, o który mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, co w konsekwencji nie jest udzieleniem wadium zgodnie z art. 45 ust. 6 pkt 5 Pzp. Podlaski Fundusz Poręczeniowy jest podmiotem, o którym mowa art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości,

tylko wtedy jeżeli realizuje program wdrażany przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości tj. w niniejszym przypadku udziela wsparcia MSP. W innym przypadku nie działa jako ten podmiot.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 18 września 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność podniesionych zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron i uczestników postępowania oraz dowody złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

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

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – S4H Sp. z o.o., WPU Sp. z o.o., Clean Service Sp. z o.o. oraz KMORDER sp. z o.o. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zważyła:

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie naruszył powyższego przepisu.

Stosownie do przepisu art. 89 ust.1 pkt 7b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Izba w sprawie tej przyjęła pogląd, że wadium wniesione w sposób prawidłowy to takie, które odpowiada treści SIWZ i spełnia wymagania określone w ustawie Pzp.

Zauważyć należy, iż w rozdziale 8 SIWZ Zamawiający określił wymagania odnośnie wnoszenia wadium, które zgodnie z punktem 1 ustalił w wysokości 70.000 zł. W punkcie 3 Zamawiający wskazał, że wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: 1) pieniądzu; 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy

oszczędnościowo- kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; 3) gwarancjach bankowych; 4) gwarancjach ubezpieczeniowych; 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2014 r. poz.1804 oraz z 2015 r. poz. 978 i 1240).

Przystępujący do oferty dołączył dokument potwierdzający udzielenie wadium na podstawie art. 45 ust. 6 pkt 5 Pzp w postaci poręczenia, udzielonego przez Podlaski Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, który jak wynika z akt postępowania jest funduszem poręczeniowym zgodnie z art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji rozwoju Przedsiębiorczości. Powyższe ustalenia potwierdzają pisma Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości z dnia 27 marca 2017 r. oraz 18 maja 2016 r., w których wprost wskazano, iż „Podlaski Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. jako beneficjent pomocy przekazanej w ramach umowy nr PL2002/000-580-06.05/5 jest funduszem poręczeniowym, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości”.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba uznała, iż Podlaski Fundusz Poręczeniowy jest funduszem poręczeniowym o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o PARP i jest on uprawniony do udzielenia poręczenia wadialnego o którym mowa w art. 45 ust. 6 pkt 5 Pzp. W związku z powyższym nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż wadium wystawione na rzecz Przystępującego zostało udzielone przez podmiot nieuprawniony.

Izba odnosząc się do stanowiska Odwołującego, jakoby Podlaski Fundusz Poręczeniowy nie był podmiotem uprawnionym o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o PARP do wystawienia poręczenia wadialnego na rzecz Przystępującego z uwagi na okoliczność, iż Przystępujący ten nie spełnia wymagań, aby posiadać status MŚP wskazuje, iż Izba uprawniona jest do rozpatrywania odwołań wnoszonych przez podmioty o których mowa w art. 179 ustawy Pzp na sprzeczne z prawem czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie posiada natomiast kognicji do kontrolowania prawidłowości działania podmiotów, które nie posiadają statusu wykonawcy bądź Zamawiającego w postępowaniu. Tym samym Izba w przedmiotowym postępowaniu nie mogła ocenić, czy Podlaski Fundusz Poręczeniowy był uprawniony do udzielenia poręczenia wadialnego Przystępującemu i czy nie przekroczył w tym zakresie przyznanych mu uprawnień z uwagi na okoliczności podnoszone przez Odwołującego, tj. iż Przystępujący nie może zostać potraktowany jako przedsiębiorca posiadający status MŚP oraz z uwagi na okoliczność, iż siedziba Przystępującego wykracza poza obszar działalności Funduszu. Tym samym Izba, wbrew stanowisku Odwołującego nie mogła ocenić, że Fundusz w rozpatrywanej sprawie nie działał jako fundusz poręczeniowy na podstawie art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o PARP.

Wskazać należy, że prawidłowość działania Podlaskiego Funduszu Poręczeniowego jest nadzorowana przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości i to właśnie Agencja jest podmiotem uprawnionym do ewentualnej kontroli, czy Fundusz udzielając poręczenia wadialnego Przystępującemu działał w zakresie przyznanych mu uprawnień, czy też je przekroczył. W sprawie wskazać należy, że zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą określone skutki prawne. Stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego stosowanego do postępowań odwoławczych poprzez przepis art. 14 ustawy Pzp wskazać należy, że ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego. Interpretacja pojęcia „faktu” musi prowadzić do łączenia go wyłącznie z faktami prawnymi. Tylko z takimi faktami bowiem normy prawa materialnego wiążą w swych hipotezach określone konsekwencje prawne (vide: Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2007-11-07 II CSK 293/07).

Należy zauważyć, że *de lege lata* postępowanie przed Izbą ma charakter całkowicie kontradyktoryjny. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Tutaj niewątpliwym jest, iż ciężar dowodowy obciążał Odwołującego, który jednak na poparcie swoich twierdzeń żadnego dowodu, który w sposób kategoryczny i pewny przesądzałby o zasadności podniesionych zarzutów, nie przedstawił.

Odwołujący na rozprawie i w piśmie procesowym wywodził, iż z uwagi na fakt, że Przystępujący nie może zostać zaliczony do kategorii przedsiębiorców posiadających status MŚP to Podlaski Fundusz Poręczeniowy udzielił poręczenia niezgodnie z art. 4 ust. 1b ustawy o utworzeniu PARP, w konsekwencji czego powyższe nie stanowi skutecznego udzielania wadium przez podmiot, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o utworzeniu PARP. Powyższe twierdzenia nie zostały poparte jakimkolwiek dowodem. Pierwszym i podstawowym dowodem mogącym mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy byłoby np. pismo Podlaskiego Funduszu Poręczeniowego w którym Fundusz stwierdzałby, że wystawił dokument wadialny, gdyż złożone dokumenty przez Przystępującego dla zawarcia umowy o wadium wprowadzały go w błąd. Podkreślić należy, że Odwołujący nie tylko takiego dokumentu nie złożył, ale jak stwierdził na rozprawie nawet nie podjął czynności, aby stanowisko Funduszu w tej sprawie uzyskać.

Wobec tego Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, iż udzielone Przystępującemu poręczenie wadialne było obarczone wadą prawną i tym samym było nieprawidłowe.

Izba podkreśla, że dokonywana ocena prawidłowości wadium odnosiła się do prawidłowości treści poręczenia wadialnego, która nie była także kwestionowana przez Odwołującego. W tej sytuacji podstawą uznania za błędną czynności Zamawiającego w tym zakresie mogły być tylko okoliczności wskazujące na zmianę stanowiska przez Podlaski Fundusz Gwarancyjny. Jednakże Odwołujący nie wykazał, iż Fundusz cofnął poręczenie wadialne na skutek błędnej oceny statusu Przystępującego jako MŚP, czy też z uwagi na okoliczność, iż Przystępujący nie posiada siedziby na obszarze działalności Funduszu. Odwołujący, jak wyżej wskazano nie przedstawił bowiem żadnego dowodu, z którego wynikałoby, iż zwracał się do Podlaskiego Funduszu Poręczeniowego o wyjaśnienie, czy przed udzieleniem poręczenia Fundusz dokonywał sprawdzenia statusu Przystępującego odnośnie spełnienia przesłanek do uznania go za MŚP i o wynikach takiej oceny. Odwołujący nie przedstawił również żadnego dokumentu w tej sprawie np. z Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Odwołujący na rozprawie oświadczył co prawda, że zwrócił się z pismem do Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, w którym wskazał na swoje zastrzeżenia, ale ani treści tego pisma, ani informacji z PARP w tym zakresie nie przedstawił.

Zauważyć należy także, że Przystępujący na rozprawie wyjaśniał, iż Fundusz przed udzieleniem poręczenia wadialnego dokonywał sprawdzenia, czy stanowi on MŚP, a powyższe sprawdzenia potwierdzało iż posiada on status MŚP. Ponadto przedłożył wydruk ze strony internetowej Podlaskiego Funduszu Poręczeniowego, z którego wynika, iż obszar działania tego Funduszu obejmuje również województwo warmińsko-mazurskie, tj. województwo w którym Przystępujący ma siedzibę. W konsekwencji skład orzekający uznał, iż fakt udzielenia poręczenia wadialnego Przystępującemu potwierdza, iż podmiot ten spełniał przesłanki do udzielenia takiego poręczenia przez Podlaski Fundusz Poręczeniowy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że skoro zabezpieczenie oferty Przystępującego poręczeniem wadialnym zostało dokonane zgodnie z art. 45 ust. 6 pkt 5 ustawy Pzp, to brak było podstaw do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp i tym samym oferta została wybrana zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 190 ust.7 oraz 192 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 2018r., poz. 972 ze zm.).

Jednocześnie Izba stwierdza, że przepisy nie przewidują możliwości zaliczenia do kosztów postępowania kosztów poniesionych przez uczestników postępowania zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego, dlatego Izba nie może uwzględnić wniosku Przystępującego o zasądzenie zwrotu kosztów z tytułu dojazdu na posiedzenie. Takie koszty

Sygn. akt KIO 1782/18

zgodnie § 3 pkt 2 ww. Rozporządzenia przysługują tylko stronom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:.....