

WYROK
z dnia 5 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Przemysław Łaciński

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 23 grudnia 2010 r. przez wykonawcę: **Impel Cleaning Sp. z o.o. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego: **Administrację Domów Miejskich ADM Sp. z o.o. Śniadeckich 1, 85-011 Bydgoszcz**.

Przy udziale wykonawcy: xxx, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego/odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

2. Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy ClaenUp24 Sp. z o.o. w zakresie części 1 zamówienia oraz nakazuje powtórzenie czynności badania, oceny i wyboru oferty na część 1 zamówienia.

2. Kosztami postępowania w kwocie **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obciąża zamawiającego: **Administrację Domów Miejskich ADM Sp. z o.o. Śniadeckich 1, 85-011 Bydgoszcz**.

3. Nakazuje zaliczyć na poczet kosztów postępowania kwotę uiszczonego wpisu.

1

4. Zasądza od zamawiającego: **Administracji Domów Miejskich ADM Sp. z o.o. Śniadeckich 1, 85-011 Bydgoszcz** na rzecz odwołującego: **Impel Cleaning Sp. z o.o. Ślężna 118 53-111 Wrocław** kwotę **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na "Wybór usługodawcy w zakresie utrzymania czystości budynków, podwórzy, chodników, placów, oraz utrzymanie czystości i pielęgnację terenów zielonych w nieruchomościach gminnych zarządzanych przez Administrację Domów Miejskich ADM Sp. z o.o. w Bydgoszczy," prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, (numer ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich: 2010/S 208-317818 z dnia 26 października 2010 r.) w dniu 23 grudnia 2010 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (w zakresie części nr 1 zamówienia) odwołanie drogą elektroniczną, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym, zweryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, złożone przez Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, z kopią odwołania przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie faksem.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie przekazania w dniu 17 grudnia 2010 r. za pomocą faksu informacji o wyniku postępowania oraz wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez CleanUp24 Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni.

2

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Administracji Domów Miejskich ADM Sp. z o.o.

w Bydgoszczy, iż wskutek podjętych czynności naruszone zostały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) tj:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 tej ustawy, przez nierówne traktowanie uczestników postępowania;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz pkt 3 i 4 ustawy, wskutek zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy, mimo że nie wniósł wadium oraz nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nadto złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik przetargu;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5, przez zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego oraz o oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący powołując się na uszczerbek swego interesu prawnego, wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu 1,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert w zadaniu 1;
- 3) wykluczenia wykonawcy ClaenUp24 Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty;
- 4) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniu 1;

Z daleko idącej ostrożności, na wypadek gdyby zarzuty bezpośredniego wykluczenia wybranego wykonawcy nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny ofert wybranego wykonawcy z zastosowaniem procedur opisanych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący przekonywał, iż zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty wykonawcy CleanUp24 Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni oraz, że zaniechał wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania, mimo że nie wniósł on wadium. Nie wykazał również spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nadto złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik przetargu. Na udowodnienie swoich twierdzeń odwołujący przedstawił następującą argumentację.

- I. Stosownie do postanowień pkt 6 ppkt 2 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wykonawca, zobowiązany był wykazać, że dysponuje minimum jednym (1) pracownikiem (kierownikiem) - osobą nadzorującą pracowników wykonujących przedmiotową usługę, posiadającym minimum 12 miesięczne doświadczenie zawodowe w wykonywaniu prac o podobnych charakterze tj. osobą prowadzącą nadzór lub kontrolę nad osobami zajmującymi się utrzymaniem czystości budynków lub terenów zielonych. W pkt 7 ppkt 1 pkt 2) SIWZ zamawiający wskazał, iż w przypadku kierowników wyznaczonych do realizacji zamówienia, wykonawcy mają obowiązek dołączyć informację na temat ich kwalifikacji

3

zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informację o podstawie dysponowania tymi osobami. Wykonawca CleanUp24 Sp. z o.o. na poświadczenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, przedłożył „Wykaz osób” oraz umowę o pracę pani Beaty G. Wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających zakres wykonywanych przez panią G prac. Analiza treści oświadczenia CleanUp24 i umowy o pracę pani G, doprowadziła odwołującego do wniosku, iż Beata G nie spełnia warunku legitymowania się co najmniej 12 miesięcznym doświadczeniem w nadzorowaniu lub kontroli nad osobami zajmującymi się utrzymywaniem czystości budynków lub terenów zielonych. Przedłożone dokumenty wskazują jedynie że pani G jest zatrudniona na stanowisku kierownika administracji. Zamawiający zaś żądał od wykonawców aby do wykonania zadania desygnowali osoby mające doświadczenie w nadzorze lub kontroli nad osobami zajmującymi się utrzymaniem czystości budynków lub terenów zielonych. Okoliczność aby pani G miała kiedykolwiek styczność z nadzorem osób wykonujących prace w terenie nie została nawet w ofercie wybranego wykonawcy uprawdopodobniona. Skoro zamawiający żądał przedstawienia mu osoby o ściśle określonym w SIWZ profilu doświadczenia zawodowego i żądał informacji o doświadczeniu takiej osoby, w tym właśnie wąskim zakresie, to wykonawcy mają obowiązek wskazania w ofercie ściśle żądanych danych. Z całej oferty wybranego wykonawcy nie wynika, aby pani G kiedykolwiek wykonywała jakiejkolwiek prace związane z nadzorem osób zajmujących się utrzymaniem czystości budynków lub terenów zielonych.

- II. Stosownie do postanowienia pkt 9 SIWZ, wykonawca zobowiązany był wnieść w

postępowaniu wadium. Wykonawca CleanUp24 Sp. z o.o. wniósł wymagane wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Gwarant, Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. zobowiązał się względem beneficjenta, m.in. do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie Administracji Domów Miejskich „ADM” Sp. z o.o., w przypadku gdy zleceniodawca, o ile jego oferta zostanie wybrana, spowoduje, że zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Odwołujący wskazywał, iż przywołany wyżej zapis gwarancji jest niezgodny z treścią art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem ustawa w ww. przypadku nie uzależnia zatrzymania wadium od działania lub zaniechania (spowoduje) wykonawcy. Stosowany zapis brzmi: „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Tymczasem treść gwarancji przedłożonej przez wybranego wykonawcę zawęża

4

przesłanki zatrzymania gwarancji w stosunku do ustawowych przesłanek do przypadków, w których to działania wykonawcy doprowadziły do tego, że zawarcie umowy staje się niemożliwe. Ustawa tymczasem zupełnie abstrahuje od tego czy okoliczność skutkująca niemożnością zawarcia umowy powstała w wyniku działań wykonawcy czy też bez jego udziału. Literalna wykładania przepisu art. 46 ust 5 pkt 3 ustawy Pzp i treści gwarancji wadialnej wybranego wykonawcy prowadzi do wniosku, że dokument ten nie spełnia wymogów określonych w tak w ustawie Pzp jak i w SIWZ. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 21 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 814/10 gdzie „Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wykazanie "zabezpieczonego rezultatu", co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp należy uznać za nieprawidłowe. Zatem, skoro gwarancja nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo.” Identycznie w wyroku z dnia 23 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1180/10.

W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, wykonawca CleanUp 24 Sp. z o.o. nie wniósł wymaganego wadium i podlega wykluczeniu na podst. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego przekazane w dniu 27 grudnia 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pismem złożonym Prezesowi Izby w dniu 30 grudnia 2010 r. za pośrednictwem faksu, przystąpił po stronie zamawiającego wybrany wykonawca CleanUp 24 Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, który uznał podnoszone zarzuty wobec swojej oferty za bezpodstawne oraz wnosił o oddalenie odwołania. Przystąpienie zostało poświadczona za zgodność z oryginałem przez p. Przemysława Wojciechowskiego. W dniu 31 grudnia 2010 r. ponownie w formie pisemnej zostało wniesione do Prezesa Izby to samo przystąpienie wraz z pełnomocnictwem dla p. Przemysława Wojciechowskiego oraz załącznikami.

5

Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy CleanUp24 Sp. z o.o.; ul. Skośna 2B, 81-314 Gdynia do udziału w sprawie w charakterze przystępującego. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie doręcza się Prezesowi Izby, wyłącznie w formie pisemnej lub elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym. Wykonawca CleanUp24 Sp. z o.o. potwierdził, iż kopię odwołania otrzymał w dniu 27 grudnia 2010 r., przystąpienie zostało wniesione w dniu 30.12.2010 r. faksem, a więc

w formie niedopuszczonej przez ustawę Pzp. W formie pisemnej wpłynęło zaś w dniu 31.12.2010 r, a więc z uchybieniem terminu.

W odpowiedzi na odwołanie, złożonej dnia 4 stycznia 2011r. zamawiający wnosił o jego oddalenie. Podkreślał, iż spełnienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia oceniane było w oparciu o oświadczenie własne wykonawcy, złożone według wzoru załącznika nr 5A do SIWZ. Zamawiający uznał, iż dane zawarte w tym załączniku w ofercie wybranego wykonawcy są odpowiednie do postawionych wymagań, stąd zaprzeczył zarzutom jakoby bezzasadnie zaniechał wykluczenia wykonawcy CleanUp24 Sp. z o.o.

Zamawiający uznał także za bezzasadny zarzut dotyczący złożenia przez wybranego wykonawcę wadliwej gwarancji wadialnej.

Wobec nie uwzględnienia całości zarzutów odwołania, nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, oferty wykonawcy CleanUp24 Sp. z o.o. Pism stron oraz wykonawcy CleanUp24 Sp. z o.o. złożonych wraz z załącznikami do akt postępowania.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Wybór usługodawcy w zakresie utrzymania czystości budynków, podwórz, chodników, placów, utrzymanie czystości i pielęgnacji terenów zielonych w

6

nieruchomościach gminnych zarządzanych przez zamawiającego - Administrację Domów Miejskich ADM Sp. z o. o. w Bydgoszczy. Złożone odwołanie dotyczy części 1 zamówienia (Rejonu Obsługi Mieszkańców nr 1. Jako najkorzystniejszą według ustalonego kryterium najniższej ceny, zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Clean UP24 Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni. Oferta odwołującego wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o. o. została sklasyfikowana na drugiej pozycji w zakresie części 1 zamówienia.

Izba uznała, iż odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, skoro jako uczestnik postępowania jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Ponadto wykazywał, iż został pozbawiony możliwości realizacji zamówienia publicznego, w zakresie zadania nr 1, na skutek wadliwie dokonanych przez zamawiającego czynności oceny złożonej gwarancji wadialnej oraz oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w trakcie badania oferty wybranego wykonawcy. W razie uwzględnienia odwołania oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała następujące postanowienia.

Pkt 6 ppkt 2 lit. a) informacje konieczne do dokonania oceny spełnienia wymogów: wykonawca, wskaże minimum jednego (1) pracownika (kierownika) - osobę nadzorującą pracowników wykonujących przedmiotową usługę, posiadającego minimum 12 miesięczne doświadczenie zawodowe w wykonywaniu prac o podobnych charakterze tj. osobę prowadzącą nadzór lub kontrolę nad osobami zajmującymi się utrzymaniem czystości budynków lub terenów zielonych.

Pkt 7 ppkt 1 pkt 2) SIWZ zamawiający wymagał złożenia wykazu osób które będą wykonywać zamówienie według wzoru załącznika nr 5A do SIWZ. W przypadku kierowników wyznaczonych do realizacji zamówienia, podania informacji na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacji o podstawie dysponowania tymi osobami.

Zamawiający w pkt 9 SIWZ, wymagał wniesienia wadium w jednej z form określonych przepisem art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, między innymi także dla części 1 zamówienia w kwocie 29 000,00 zł.

Zamawiający poinformował w treści SIWZ, iż zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli:

- w odpowiedzi na wezwanie, wykonawca nie uzupełnił dokumentów (...);
- odmówił podpisania umowy na warunkach oferty;

- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

7

- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Wykonawca CleanUp24 Sp. z o.o. przedłożył „Wykaz osób” oraz umowę o pracę pani Beaty G, którą wskazał na stanowisko kierownika - osoby nadzorującej pracowników wykonujących przedmiotową usługę, posiadającą wykształcenie średnie, minimum 12 miesięczne doświadczenie zawodowe w wykonywaniu prac o podobnych charakterze tj. osobę prowadzącą nadzór lub kontrolę nad osobami zajmującymi się utrzymaniem czystości budynków lub terenów zielonych. Na potwierdzenie złożył umowę o pracę z p. B. G. Do przystąpienia do odwołania załączył pismo z dnia 31.12.2007 r. (zaliczone w poczet dowodów), z którego wynika, iż w zakresie obowiązków określonych umową, wymieniona osoba - zatrudniona na stanowisku kierownika administracji, nadzorowała pracę osób wykonujących zleczone czynności, wydawała polecenia w tym zakresie. Jako zadanie główne dla wymienionego stanowiska, zatrudniający wyznaczył kierowanie i nadzór nad całokształtem prac związanych z wykonywaniem usług na obiektach, utwardzonych terenach zewnętrznych oraz przyległych terenach zielonych. W ocenie Izby, osoba wskazana na stanowisko kierownika - nadzorującego pracowników wykonujących usługę stanowiącą przedmiot zamówienia, legitymuje się kwalifikacjami i doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego. A okoliczność ta w związku z warunkami uczestnictwa w przetargu oraz wskazanym sposobem oceny ich spełnienia, mogła być ustalana jedynie na podstawie wykazu, zawierającego oświadczenie wykonawcy w tym zakresie. Wprawdzie oświadczenia zawarte w załączniku 5A są dosyć lakoniczne, jednakże zamawiający nie podał w SIWZ dokładnej instrukcji sposobu wypełnienia wymienionego załącznika. Nieprecyzyjność wymagań zamawiającego, nie może zaś powodować negatywnych skutków dla wykonawcy, jeżeli dostosował się do wytycznych w taki sposób, w jaki racjonalnie rozumując, miał podstawy aby uznać warunki za spełnione.

Mimo podnoszenia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została wybrana w zakresie 1 części zamówienia, odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia i dowodów, potwierdzających, że kwestionowany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a przedłożony zakres czynności p. Beaty G, potwierdził treść oświadczenia załącznika nr 5A. Tak samo zarzut, iż złożenie oferty przez wybranego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, pozostawał gołosłowny nie dowiedziony oraz bez związku ze sprawą.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz pkt 4 ustawy Pzp, wskutek zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy, mimo że nie wykazał on

8

spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nadto złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik przetargu, nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

Odmienne stanowisko Izba zajęła w odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego zabezpieczenia oferty wybranego wykonawcy wadium. Wykonawca CleanUp24 Sp. z o.o. wniósł wymagane wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, wystawionej przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Oddział w Częstochowie. Gwarant zobowiązał się względem zamawiającego jako beneficjenta, m.in. do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie Administracji Domów Miejskich „ADM” Sp. z o.o., w przypadku gdy zlecienniodawca, o ile jego oferta zostanie wybrana, „spowoduje, że zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie.” Izba podzieliła pogląd odwołującego, iż przywołany wyżej zapis gwarancji jest niezgodny z treścią art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem ustawa w wymienionym przypadku nie uzależnia zatrzymania wadium od działania lub zaniechania wykonawcy (przez użycie zwrotu „spowoduje”). Stosowny zapis brzmi: „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.” Tymczasem treść gwarancji przedłożonej przez wybranego wykonawcę, w ocenie Izby, zawęży przesłanki zatrzymania gwarancji w stosunku do przesłanek ustawowych jedynie do przypadków, w których to działania wykonawcy

doprowadziły do sytuacji, że zawarcie umowy staje się niemożliwe. Cytowany przepis zupełnie abstrahuje od tego czy okoliczność skutkująca niemożnością zawarcia umowy powstała w wyniku działań wykonawcy czy też bez jego udziału. Zdaniem Izby, przyczyną nie zawarcia umowy, „nie spowodowaną” przez wykonawcę, może być (przykładowo rzecz ujmując), wycofanie się z realizacji zamówienia i złożonego wcześniej zobowiązania przez inne podmioty, których udział w realizacji zamówienia ustawa Pzp dopuszcza na zasadach określonych przepisem art. 26 ust. 2b, lub przez wskazanych podwykonawców. W takim przypadku interesy zamawiającego, które chroni wadium, pozostawałyby niezabezpieczone.

Bez względu na konkretne okoliczności danej sprawy, stwierdzić należy, iż przepis art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Literalna wykładnia przepisu art. 46 ust 5 pkt 3 ustawy Pzp w porównaniu z treścią gwarancji wadialnej wykonawcy CleanUp24 Sp. z o.o. prowadzi do ustaleń, że dokument ten nie spełnia wymogów określonych w tak w ustawie Pzp jak i w SIWZ, gdyż w sposób niedopuszczalny zawęża możliwość skorzystania z gwarancji do przypadku „spowodowania przez wykonawcę,” iż zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Nic w tej kwestii nie mogło zmienić stanowisko gwaranta - Polskiego Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. Oddział w Częstochowie, (które Izba dopuściła jako dowód) utrzymującego, że wystawiona przez niego gwarancja odpowiada wszelkim wymaganiom

9

ustawy i zabezpiecza w pełni interes zamawiającego: „Posiada taki sam zakres odpowiedzialności, ponieważ wynika to z wykładni funkcjonalnej przepisu - najważniejsze jest sformułowanie, które występuje w obydwu zapisach: stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie co określa, iż wykonawca musi dokonać czynności lub ich zaniechać, a więc musi spowodować taki efekt, który uniemożliwi zawarcie umowy.”

W przekonaniu Izby, obowiązkiem gwaranta jest wystawienie gwarancji o treści zgodnej ze zleceniem wykonawcy. Z pewnością było to możliwe, skoro ograniczało się jedynie do zacytowania w gwarancji wprost przepisu ustawy. Wykonawca zaś, wykonując swoje obowiązki z należyłą starannością, mierzoną zawodowym charakterem prowadzonej działalności, zobowiązany był sprawdzić prawidłowość gwarancji wadialnej, składanej wraz z ofertą.

Izba w tym składzie, w pełni podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 21 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 814/10 gdzie „Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium 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 beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp należy uznać za nieprawidłowe. Zatem, skoro gwarancja nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo.” Identyfikacja wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 23 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1180/10. Dla uznania, iż gwarancja ustanawiająca wadium prawidłowo zabezpiecza cele dla których jest składana, zamawiający winien mieć możliwość jej uruchomienia, tj. żądania zapłaty oznaczonej nią kwoty, w wszystkich tych przypadkach, o których stanowi przepis i w sposób w nim wskazany.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, wykonawca nie wniósł wymaganego wadium i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a brak ten nie podlega uzupełnieniu.

Potwierdzenie w materiale dowodowym sprawy, znalazły zarzuty bezpodstawnego zaniechania wykluczenia wykonawcy CleanUp 24 Sp. z o.o. i zaniechania odrzucenia jego oferty, co narusza art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 tej ustawy. Wybór oferty podlegającej odrzuceniu, w rezultacie narusza także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez

10

nierówne traktowanie uczestników postępowania i wybór oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, a naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i ust 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 15 000,00 zł. tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania na podstawie § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....