

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 lipca 2009 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Maria Kozubska - Maciąga
Sędziowie: SSO Olga Gornowicz - Owczarek (spr.)

SSO Blanka Zorębska

Protokolant: sekr.sądowy Iwona Zdebel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2009 r. w Katowicach

sprawy z odwołania Niro Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Lubinie

przeciwko **Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu Nr 6
Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach
Górnośląskiemu Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II
w Katowicach**

przy udziale przystępującego do sporu **P. DUSSMANN Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Warszawie**

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek apelacji odwołującego Niro Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Lubinie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień
Publicznych w Warszawie

z dnia 11 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 542/09

z dnia 11 maja 2009 r.

1. oddała skargę;

2. zasądza od skarżącego Niro Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Lubinie na rzecz zamawiającego Samodzielnego Publicznego Szpitala
Klinicznego Nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach

Górnśląskiego Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II
w Katowicach kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem
zwrotu kosztów postępowania skargowego;

3. zasądza od skarżącego Niro Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Lubinie na rzecz przystępującego P. DUSSMANN Spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 3.600 zł (trzy
tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania

Sygn. akt XIX Ga 229/09

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 11 maja 2009r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wykonawcy Niro Sp. z o.o. w Lubinie i obciążyła odwołującego się kosztami postępowania. Orzeczenie dotyczyło postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego w dniu 24 lutego 2009r. przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, Górnśląskiego Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II, której przedmiotem jest usługa całodziennego, kompleksowego żywienia pacjentów łącznie z najmem pomieszczeń kuchni wraz z jej wyposażeniem dla Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego.

Wykonawca zaskarżył decyzję zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty P. Dussmann Sp. z o.o. w Warszawie, gdyż uznał, że oferta wybranego wykonawcy powinna zostać odrzucona ze względu na to, że nie spełniała warunków postawionych przez zamawiającego w SIWZ.

Przy rozpoznawaniu odwołania Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż składający odwołanie wykonawca miał interes prawny w złożeniu środka zaskarżenia. Jedyнным kryterium oceny ofert była cena, a Niro Sp. z o.o. w Lubinie jest na drugiej pozycji pod tym względem po ofercie wybranej.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania Krajowa Izba Odwoławcza uznała je bezzasadne.

Składający odwołanie wykonawca kwestionował prawidłowość udzielonego przez wybranego wykonawcę wadium. Wadium zostało złożone w formie gwarancji bankowej. W SIWZ ustalono, że okres ważności wadium wnoszonego w innej formie niż pieniądź nie może być krótszy niż okres związania ofertą, to jest 60 dni licząc od dnia otwarcia ofert, czyli od dnia 23 marca 2009r. przez 60 dni. W ten sposób Krajowa Izba Odwoławcza wyliczyła, że termin ważności wadium upływa w dniu 21 maja 2009r.

Odwołujący się zaskarżył zapis zawarty w gwarancji bankowej wybranej wykonawcy o treści: „Ewentualne roszczenia w ramach tej gwarancji powinny być nam dostarczone pocztą kurierską w formie listu poleconego lub w formie kluczowego komunikatu SWIFT za pośrednictwem Państwa banku, najpóźniej ostatniego dnia ważności niniejszej gwarancji” w zakresie wymogu zgłoszenia roszczeń do gwaranta najpóźniej w ostatnim dniu ważności gwarancji. Zaznaczyła też Krajowa Izba Odwoławcza, iż termin ważności gwarancji ustalono na dzień 25 maja 2009r., czyli cztery dni po upływie terminu związania ofertą.

Powołując się na treść art. 45 i 46 pzp Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu ustanowienie wadium było obligatoryjne. Zwrot wadium następuje, jeżeli upłynął termin związania ofertą lub zawarto umowę i wniesiono zabezpieczenie należytego wykonania umowy oraz zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia. Ustawa nie reguluje natomiast kwestii wygaśnięcia zabezpieczenia wadialnego złożonego w formach innych niż pieniężne. W niniejszej sprawie gwarant bankowy taki skutek zabezpieczenia sformułował po terminie terminu ważności wadium (wygasa również z

upływem jej ważności), określając naturalny skutek upływu terminu ważności wadium.

Zamawiający jako beneficjent gwarancji bankowej w SIWZ nie dał żadnych warunków, które powinny być spełnione przez wystawców gwarancji i jednocześnie powinny być uwzględnione przez wykonawców przy zleceniu udzielenia gwarancji.

Powołując się na treść przepisów prawa bankowego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż gwarancja bankowa jest jednostronnym oświadczeniem banku, a termin przedawnienia roszczeń wynosi 6 lat od daty wymagalności roszczenia, które ma miejsce w chwili przedłożenia żądania zapłaty. Prawo bankowe nie określa jednak terminu, w którym beneficjent powinien skutecznie przedłożyć żądanie zapłaty. Wobec tego, skoro ani przepisy prawa, ani SIWZ nie określa podstaw wygaśnięcia gwarancji bankowej, to brak podstaw do uznania takiej gwarancji bankowej za nieważną jeśli termin do zgłoszenia żądania równoważny z datą wygaśnięcia gwarancji określił bank. Takie postępowanie wytwarza pewność obrotu prawnego.

W zakresie drugiego zarzutu zawartego w odwołaniu o niezgodności przedłożonej przez wybranego wykonawcę polisy od odpowiedzialności cywilnej z treścią SIWZ, Krajowa Izba Odwoławcza również nie przychyliła się do argumentów odwołującego się.

Zadający domagał się od wykonawców wykazania się, iż znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, a wśród tych dokumentów przedstawienia polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Minimalna wysokość ubezpieczenia miała wynosić 500.000 zł. na jedno i wszystkie ryzyka z tytułu szkód na osobie i mieniu, niezależnie od wysokości szkód wynikających z jednego zdarzenia.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że P.Dussmann Sp. z o.o. złożyła polisę spełniającą wymagania postawione w SIWZ. W ofercie tego wykonawcy znajduje się polisa na sumę gwarancyjną 3.570.000 zł. na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe. Zakres ochrony obejmował zakres prowadzonej przez wybranego wykonawcę działalności gospodarczej, a zakres działalności gospodarczej wynika z KRS wykonawcy.

Zarzut odwołującego się dotyczył braku odpowiedniego ubezpieczenia, ponieważ usługi cateringowe nie obejmują zakresu usług objętych przedmiotem zamówienia, które mają szerszy zakres niż catering. Ponadto, zdaniem odwołującego się, polisa jest nieważna, gdyż nie zawiera podpisu wykonawcy. Zarzut ten uznano o tyle za chybiony, że zamawiający nie domagał się ubezpieczenia zgodnego z przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale ubezpieczenia obejmującego zakres prowadzonej działalności gospodarczej. Porównując ujawniony w rejestrze przedsiębiorstw zakres działalności wybranego wykonawcy z zakresem odpowiedzialności ubezpieczeniowej, Krajowa Izba Odwoławcza doszło do wniosku, iż są one tożsame.

Za błędny też Krajowa Izba Odwoławcza uznała pogląd o konieczności umieszczenia na polisie podpisu ubezpieczającego. Powołując się na treść art. 809 § 1 kc, Izba stwierdziła, że polisa nie jest samą umową, ale potwierdzeniem zawarcia umowy. Do zawarcia umowy dochodzi poprzez zaakceptowanie przez zakład ubezpieczeń wniosku ubezpieczającego o objęcie ubezpieczeniem, zaś sama umowa ma charakter adhezyjny i następuje przez przystąpienie przez ubezpieczającego do ogólnych warunków ubezpieczenia. Tym samym zbędne jest umieszczanie na dokumencie polisy podpisu ubezpieczającego.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała też, że przywołany przez odwołującego się wyrok KIO/UZP 854/08 z dnia 2 września 2008r. nie ma zastosowania do niniejszej sprawy. Fragment uzasadnienia powołanego wyroku stwierdzał, iż polisa od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności (...) winna być zbieżna z przedmiotem zamówienia. Jednak polisa przedłożona przez P.Dussmann zawarta została w dniu 21 stycznia 2009r. czyli dotyczy działalności w 2009r., a doświadczenie zawodowe wykonawcy przedstawiają sprzed trzech lat przed wszczęciem postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadziła dowód z warunków ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej i oświadczenia ubezpieczyciela, na podstawie których doszła do

wniosku, że choroby zakaźne są wyłączone z odpowiedzialności ubezpieczyciela tylko w przypadku, gdy ubezpieczony wiedział lub przy dołożeniu należytej staranności wiedzieć powinien o chorobie, w pozostałych przypadkach odpowiedzialność ubezpieczyciela nie została wykluczona. Poza tym zagadnienie chorób zakaźnych nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu, czy polisa spełnia wymogi SIWZ.

W końcu, ostatni trzeci zarzut również nie został uwzględniony przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zarzut ten dotyczył braku wykazania się przez wybranego wykonawcę odpowiednim doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego. W ramach wykazania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał przedłożenia wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadającym swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, w tym co najmniej jedna usługa wykonana w zakresie zbiorowego żywienia pacjentów w szpitalu dziecięcym (ponad 100 osób dziennie) oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie.

Nie do zaakceptowania jest pogląd, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, iż w ramach tego wykazu mogą być wskazane jedynie usługi już wykonane, a nie powinny być ujęte usługi aktualnie wykonywane. Powołując się na treść rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych w wykazie mogą się pojawić również usługi wykonywane. Przepisy te Krajowa Izba Odwoławcza uznała za bezwzględnie obowiązujące i zmiana tego wymogu w SIWZ jest nieskuteczna.

Z przeprowadzonego na rozprawie dowodu z umów P.Dussmann Sp. z o.o. z Instytutem Matki i Dziecka w Warszawie wynika, iż wykonawca obsługiwał 191 łóżek, co wypełnia wymogi co najmniej jednej usługi wykonanej w zakresie zbiorowego żywienia pacjentów w szpitalu dziecięcym. Krajowa Izba Odwoławcza dla oceny spełnienia wymogu doświadczenia zawodowego nie wzięła pod uwagę kwoty, jaka podał zamawiający, gdyż warunki udziału zostały sprecyzowane, że porównanie wykonanych świadczeń mogło dotyczyć tylko spełnienia co najmniej jednej usługi wykonanej w zakresie zbiorowego żywienia pacjentów w szpitalu dziecięcym.

Wobec powyższych argumentów Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie i orzekła o kosztach postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp.

Skargę od powyższego wyroku złożył wykonawca Niro Sp. z o.o. w Lubinie i wniosła o zmianę zaskarżonego orzeczenia i uwzględnienie odwołania, a zatem uchylenie wyboru oferty P.Dussmann Sp. z o.o., wykluczenie tego wykonawcy z przetargu i odrzucenie jego oferty oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a nadto o zwrot kosztów postępowań.

Wykonawca zarzucił naruszenie art. 191 ust. 1a, 7 ust. 1 i 3, 24 ust. 1 pkt 10, 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 pzp poprzez nieuwzględnienie odwołania w sytuacji, gdy w toku postępowania wystąpiły naruszenia przepisów ustawy, który miały istotny wpływ na wydane orzeczenie, to jest brak złożenia gwarancji wadialnej zabezpieczającej interesy zamawiającego, brak złożenia polisy ubezpieczeniowej OC obejmującej prowadzoną działalność gospodarczą, brak wykazania przez P.Dussmann Sp. z o.o. wymaganego w SIWZ doświadczenia. Nadto zarzucił obrazę art. 188 ust. 6 pzp poprzez oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego językoznawcy na okoliczność ustalenia treści pojęciowej słowa: „catering” i dopuszczenie dowodu z umowy z dnia 29 maja 2006r. w sytuacji, gdy dowód ten wbrew stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej nie dokumentuje doświadczenia P.Dussmann Sp. z o.o., czego żądał zamawiający i z tego powodu powinien podlegać oddaleniu. W uzasadnieniu skargi wykonawca powtórzył wszystkie swoje dotychczasowe zarzuty przytaczając te same argumenty.

W odpowiedzi na skargę zamawiający i przystępujący P.Dussmann Sp. z o.o. wniesli o oddalenie skargi i zwrot kosztów postępowania skargowego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga wykonawcy jako niezasadna podlega oddaleniu na podstawie art. 198 ust. 2

pzp.

Nie do zaakceptowania jest zarzut wykonawcy Niro Sp. z o.o., iż oferent P.Dussmann Sp. z o.o. nie wykazała się wymagany przez zamawiającego doświadczeniem. Zamawiający wyraźnie określił w treści SIWZ, iż przynajmniej jedna usługa wykonana przez oferenta musi być wykonana w szpitalu dziecięcym. Interpretacja tego wymogu i rozciąganie obowiązku wykazania się wyłącznie usługami świadczonymi w zakresie żywienia zbiorowego w szpitalu dziecięcym nie jest zgodne z brzmieniem SIWZ, a tym samym nie może wpływać na ofertę wybranego wykonawcy. Zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości wyszczególnił usługi świadczone w szpitalu dziecięcym od usług świadczonych w innych szpitalach, stąd interpretacja, jaką dokonuje skarżący jest niezgodna z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego.

Również w zakresie możliwości wykazania się jedynie usługami już wykonanymi a nie nadal wykonywanymi nie sposób zgodzić się ze skarżącym. Krajowa Izba Odwoławcza powołała obowiązujące normy prawne odnośnie, które umożliwiają zaliczenie do wymogu doświadczenia zawodowego również świadczenia wykonywane przed i po wszczęciu postępowania. Skarżący podtrzymujący zarzut w tej materii nie odniósł się w żaden sposób do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, a Sąd Okręgowy podziela całkowicie to stanowisko.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy są różnice pomiędzy znaczeniem słowa catering a żywieniem, stąd wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny językoznawstwa nie mógł zostać uwzględniony. Z umowy przedstawionej przez P.Dussmann Sp. z o.o. w zakresie usług, jakie świadczy na rzecz Instytutu Matki i Dziecka w Warszawie wynika, że wybrany wykonawca wykonywał i nadal wykonuje usługi zbiorowego żywienia pacjentów wraz z dzierżawą kuchni niemowlęcej. Biorąc również pod uwagę ilość łóżek obsługiwanych przez wybranego wykonawcę, należy stwierdzić, że usługa ta odpowiada przedmiotowi postępowania i tym samym spełnia wymogi warunków postawionych przez zamawiającego w zakresie wykazania się niezbędnym doświadczeniem. Zasadnie też Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, iż wartość tej usługi nie musiała odpowiadać wartości przedmiotu niniejszego zamówienia, gdyż taki warunek z treści SIWZ wcale nie wynika.

Nie można także przyjąć, iż Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowodów „podlegający oddaleniu”. W myśl art. 188 ust. 1 pzp strona ma obowiązek wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Krajowa Izba Odwoławcza miała nie tylko prawa, ale i obowiązek przeprowadzić te dowody, które miały istotne znaczenie dla sprawy. Takim dowodem była przedłożona przez przystępującego umowa z dnia 29.05.2006r. Mimo zakwestionowania zasadności przeprowadzenia tego dowodu, strona skarżąca w apelacji nie podała żadnych podstaw takiego stanowiska. Stąd nie sposób bliżej poledenizować z tym zarzutem skargi.

^Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska skarżącego, iż przedłożona przez wybranego w* wykonawcę polisa odpowiedzialności cywilnej nie spełnia wymogów SIWZ. Zamawiający również w tym przypadku wyraźnie wskazał, iż wykonawca miał wykazać się posiadaniem polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, iż jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na minimalną kwotę 500.000 zł. Polisa P.Dussmann Sp. z o.o. w zakresie kwoty ubezpieczenia spełniała ten wymóg, co było bezsporne. Również zakres ubezpieczenia był zgodny z zakresem prowadzonej przez wybranego wykonawcę działalności gospodarczej, czemu skarżący nawet nie przeczy. Interpretując jednak treść SIWZ w sposób niezgodny z jego treścią, dodaje, że zakres ubezpieczenia powinien pokrywać się również z przedmiotem niniejszego zamówienia. Taka interpretacja słusznie nie zyskała aprobaty Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż nie odpowiada ona wymogom postanowionym przez zamawiającego.

Wymóg posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej obejmującej swoim zakresem przedmiot umowy, która w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia miała być zawarta, nie jest jednoznaczny z wymogiem postawionym wykonawcom w celu wykazania się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu i nie

można ich utożsamiać, jak wydaje się to czynić skarżący. Stąd wszystkie dywagacje skarżącego o odmiennym znaczeniu usług żywienia od usług cateringu są bez znaczenia. Tym bardziej nie można przydawać zasadniczej roli znaczeniu tych słów w klasyfikacji PKWiU, która służy zupełnie odmiennym celom niż identyfikowanie usług w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast odwoływanie się do innych orzeczeń wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą może mieć jedynie charakter pomocniczy i bez względu na wyrażony pogląd prawny w innej sprawie, często o odmiennym stanie faktycznym i innych zarzutach, nie ma ono charakteru wiążącego dla instytucji rozstrzygającej w konkretnej sprawie.

Zupełnie niezrozumiałe jest podtrzymywanie zarzutu o braku objęcie ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej także ryzyka szkód osobowych wynikających z zatruc pokarmowych wynikających z chorób zakaźnych. Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do tego zarzutu powołała się na treść ogólnych warunków ubezpieczenia, z których wynikało wyłączenie odpowiedzialności w takim zakresie jedynie w przypadku winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa, co należy uznać za standardowe rozwiązanie przyjęte w umowa o ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej. Do tych argumentów skarżący w żaden sposób się nie odniósł.

Również w zakresie zarzutu przedłożenia wadium niezabezpieczającego w pełni interesy zamawiającego, skarżący, poza powtórzeniem argumentów z odwołania, nie wdał się w polemikę z uzasadnieniem zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Krajowa Izba Odwoławcza szeroko odwołując się do prawa bankowego uznała, iż gwarancja bankowa nie narusza żadnych norm prawnych. Jednocześnie interes zamawiającego został w całości zabezpieczony poprzez fakt, iż termin związania ofertą upływał dnia 21 maja 2009r., a ewentualne roszczenia z tytułu umowy gwarancji mogły być zgłoszone do dnia ważności gwarancji czyli do dnia 25 maja 2009r. Aby nie powtarzać zbędnie argumentów Krajowej Izby Odwoławczej, z którymi Sąd Okręgowy się zgadza, należy jedynie stwierdzić, że brak jest jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że przedstawiona przez wybranego gwarancja bankowa może nie spełnić swojej roli jako wadium.

Z powyższych względów skarga wykonawcy Niro Sp. z o.o. nie mogła odnieść zamierzonego skutku i podlegała oddaleniu.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 w zw. z art. 194 ust. 2 pzp.

Na oryginale/włcsciw© podpisy'
ZGODNOŚĆ Z 13RY GINAŁEM

stWierc Jam

SEKRE^RZ^