

**Sygn. akt: KIO 2554/15**  
**KIO 2561/15**

**WYROK**  
**z dnia 7 grudnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2015 r. przez:

- A. wykonawcę **ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa (sygn. akt KIO 2554/15),**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław i Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Robocza 40, 61-517 Poznań (sygn. akt KIO 2561/15)**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Żelazna 58, pok. 304, 00-848 Warszawa**

przy udziale:

1. wykonawcy **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2554/15 po stronie zamawiającego,
2. wykonawcy **ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2561/15 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołania**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa (sygn. akt KIO 2554/15)** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław i Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Robocza 40, 61-517 Poznań (sygn. akt KIO 2561/15)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa (sygn. akt KIO 2554/15)** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław i Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Robocza 40, 61-517 Poznań (sygn. akt KIO 2561/15)** tytułem wpisów od odwołań

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) 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:** .....

**Sygn. akt: KIO 2554/15**

**KIO 2561/15**

## **U z a s a d n i e n i e**

PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług utrzymania w czystości wagonów osobowych, lokomotyw i zespołów trakcyjnych”.

Postępowanie podzielono na 5 części.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 września 2015 r., nr 2015/S 182-331026.

### Sygn. akt KIO 2554/15

W dniu 13 listopada 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym ISS”, o wyborze w zakresie części 4 zamówienia oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „wykonawcą Impel”.

W dniu 23 listopada 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący ISS wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 23 listopada 2015 r.) wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego lub zaniechania przez zamawiającego wykonania czynności, do których wykonania był zobowiązany polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia w zakresie części 4 przedmiotu zamówienia oferty wykonawcy Impel Cleaning pomimo, że oferta wykonawcy Impel złożona w niniejszym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. zaniechaniu w zakresie części 4 przedmiotu zamówienia wezwania wykonawcy Impel do złożenia wyjaśnień w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny oferty budzącej wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia a następnie odrzucenia oferty Impel jako zawierającej rażąco niską cenę,
3. dokonania czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Impel jako najkorzystniejszej w części 4 przedmiotu zamówienia,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Impel, pomimo, że oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
  2. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Impel do złożenia wyjaśnień w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny oferty budzącej wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia a następnie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę,
  3. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Impel pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- Jednocześnie odwołujący ISS wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Impel jako najkorzystniejszej w zakresie części 4 przedmiotu zamówienia,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w zakresie części 4 przedmiotu zamówienia,
3. wezwania wykonawcy Impel do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie odrzucenie oferty wykonawcy Impel bez takiego wzywania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. powtórzenie w zakresie części 4 przedmiotu zamówienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego ISS kosztów postępowania, według spisu przedstawionego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący ISS podniósł m.in., iż dokonując oceny oferty wykonawcy Impel zamawiający powinien wziąć pod uwagę całokształt okoliczności i na tej podstawie dojść do przekonania, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i odrzucić ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający powinien w szczególności dokonać analizy postępowania prowadzonego przez siebie w lutym tego roku. Postępowanie to dotyczyło świadczenia usług utrzymania czystości zespołów trakcyjnych ED250 (znak sprawy: 17/12/PRZ/2014) opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2015/S 017-026980 z dnia 24/01/2015 roku i było zakresowo węższe od postępowania a umowa w jego rozstrzygnięciu zawarta została na 9 miesięcy (w tym postępowaniu ma zostać zawarta na

12 miesięcy). Jednakże z uwagi na daleko idące analogie należy dokonać porównania cen oferowanych przez wykonawcę Impel w postępowaniu z lutego 2015 roku z cenami zaofertowanymi obecnie. Z porównania tego wynika, że wykonawca Impel w poprzednim postępowaniu wycenił swoje usługi w mniejszym zakresie przedmiotowym o ponad 3 mln złotych drożej (stanowi to różnicę ponad 30%) w stosunku do postępowania. Obliczenia tego dokonano w następujący sposób: Wartość oferty złożonej przez wykonawcę Impel w postępowaniu z lutego 2015 r. wynosiła 7.576.348,72 zł, w postępowaniu na 9 miesięcy, co daje miesięczną wartość 841.816,52 zł. W aktualnie prowadzonym postępowaniu wykonawca Impel złożył ofertę o wartości brutto 7.005.245,48 zł, tj. na 12 miesięczny okres realizacji, miesięczna wartość oferty Impel 583.770,46 zł, tj. 31% niższa, pomimo zwiększonego zakresu usługi. Co więcej oferta złożona przez wykonawcę Impel jest o 10.917,46 zł niższa od oferty złożonej przez odwołującego ISS w poprzednim postępowaniu, która to cena była kwestionowana przez wykonawcę Impel jako rażąco niska (sygn. akt KIO 507/15). Złożenie oferty o 31% niższej przy rozszerzonym zakresie przedmiotowym świadczy ewidentnie, że oferta wykonawcy Impel złożona w niniejszym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę

W dniu 24 listopada 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie wykonawca Impel otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 26 listopada 2015 r. (pismem z dnia 25 listopada 2015 r.) wykonawca Impel zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 2 grudnia 2015 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego

#### Sygn. akt KIO 2561/15

W dniu 13 listopada 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanych dalej „odwołującym konsorcjum Impel”, o wyborze w zakresie części 2 zamówienia oferty wykonawcy ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą ISS”.

W dniu 23 listopada 2015 r. (pismem z dnia 19 listopada 2015 r.) odwołujący konsorcjum Impel wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do

zamawiającego w dniu 23 listopada 2015 r.) wobec czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ISS, gdyż wykonawca ten nie zabezpieczył swojej oferty wadium w prawidłowy sposób - czego konsekwencją powinno być wykluczenie go z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą,
3. art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,
4. art.36 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp, tj. dopuszczenie gwarancji wadialnej wykonawcy ISS nie zawierającej wszystkich istotnych zapisów, które zamawiający określił w SIWZ  
Jednocześnie odwołujący konsorcjum Impel wniósł o:

1. uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę ISS,
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy ISS i uznania jego oferty za odrzuconą,
4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania, tj. wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego konsorcjum Impel.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący konsorcjum Impel podniósł m.in., iż wykonawca ISS wniósł wadium w postaci gwarancji bankowej. Gwarancja ta jest wadliwa, gdyż zawiera postanowienie, że „w celu identyfikacji podpisów złożonych pod Państwa żądaniem wypłaty, żądanie to musi być dostarczone do Banku kluczową depeszą SWIFT (BPOKPLPW) albo listem poleconym/przesyłką kurierską za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, oraz musi zawierać oświadczenie tego banku stwierdzające, że podpisy złożone na żądaniu wypłaty należą do osób upoważnionych do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu”, a nie zawiera zobowiązania gwaranta (poręczyciela, podmiotu ubezpieczającego) do wypłacenia pełnej kwoty wadium w terminie nie dłuższym niż 21 dni licząc od otrzymania od zamawiającego pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty.

Powyższe zastrzeżenie powoduje, że oferta wykonawcy ISS jest niezabezpieczona, gdyż zamawiający na skutek wymogów formalnych związanych z wypłatą gwarancji, *de facto* utracił możliwość zaspokojenia się z niej w ostatnich dniach terminu związania ofertą. Ponadto, postanowienia te nie realizują określonych w SIWZ wymagań dotyczących treści gwarancji bankowej. Gwarancja bankowa wykonawcy ISS nakłada na zamawiającego

dodatkowe obowiązki formalne oraz nie zapewnia spełnienia przez Bank świadczenia w terminie 21 dni od dnia wystosowania wezwania do zapłaty.

Nadto odwołujący konsorcjum Impel podniósł, że wadium wniesione w formie gwarancji bankowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione. Wadium wniesione przez wykonawcę ISS ze względu na wymaganą w gwarancji bankowej szczególną drogę i sposób przesłania wezwania do zapłaty - warunki formalne -, spowodowało, że dochodzenie zapłaty wadium jest utrudnione. Ponadto, gwarant nie zobowiązał się do zapłaty wadium w terminie oczekiwanym przez zamawiającego. Brak zastrzeżenia powoduje, że zamawiający może oczekiwać na zapłatę dłużej niż przez 21 dni.

W dniu 24 listopada 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie wykonawca ISS otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 25 listopada 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ISS zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2015 r. odwołania o sygn. akt KIO 2554/15 i KIO 2561/15 zostały skierowane do łącznego rozpoznania przez skład orzekający Izby.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

## Sygn. akt KIO 2554/15

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jak wynika z akt postępowania, szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 7.100.698,65 zł netto – druk ZP-PN Protokół postępowania (strona 2). Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie części 4 w wysokości „bez opcji 7.860.473, 41 brutto (6.390.628,79 zł netto).

W postępowaniu złożono trzy oferty, tj. oferta złożona przez wykonawcę Impel na kwotę 5.695.329,66 zł netto (7.005.255,48 zł brutto); oferta złożona przez odwołującego ISS na kwotę 6.246.105,24 zł netto (7.682.709,45 zł brutto) oraz oferta złożona przez wykonawcę Zakłady Usługowe „Centrum Usługa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zaoferował ją kwotę 8.116.953,30 zł netto (9.983.852,56 zł brutto).

Odwołujący ISS podniósł, iż wykonawca Impel złożył ofertę za rażąco niską ceną.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia. Tak więc to do tej wartości, ustalonej przez zamawiającego – zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp) - wartości szacunkowej zamówienia, należy odnieść cenę oferty wykonawcy Impel. Odniesieniem takim nie jest i nie może być cena zaoferowana przez wykonawcę, w tym przypadku przez wykonawcę Impel, w innym postępowaniu. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w sposób jednoznaczny bowiem wskazuje, iż cenę oferty należy odnieść do przedmiotu zamówienia, a więc tego, którego dotyczy to konkretne postępowanie. Porównanie ceny oferty wykonawcy Impel (5.695.329,66 zł netto) z wartością przedmiotu zamówienia dla części nr 4 zamówienia (7.100.698,65 zł netto – druk ZP-PN Protokół postępowania (str. 2) oraz 8.733.859,34 zł brutto - odpowiedź na odwołanie - str. 4) wskazuje na to, że cena netto oferty wykonawcy Impel jest o 1,35%, a cena brutto oferty tego wykonawcy jest o 19 % niższa od szacunkowej wartości zamówienia. I wartość ta nie jest wartością, która – w myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – podlega obligatoryjnemu badaniu. Przepis ten (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) winien być bowiem zastosowany, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, a wątpliwości tych zamawiający nabrać powinien wtedy, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. W tym stanie faktycznym tak nie jest. Porównanie ceny oferty wykonawcy Impel do cen ofert złożonych w tym postępowaniu oraz wartości szacunkowej zamówienia prowadzi do wniosku, że brak jest podstaw do twierdzenia, że cena oferty wykonawcy Impel jest rażąco niska. Ceny ofert złożone dla tej części zamówienia były bowiem następujące: wykonawca

Impel zaoferował realizacją zamówienia za cenę 5.695.329,66 zł netto (7.005.255,48 zł brutto); odwołujący ISS zaoferował realizacją zamówienia za cenę 6.246.105,24 zł netto (7.682.709,45 zł brutto) oraz wykonawca Zakłady Usługowe „Centrum Usługa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zaoferował realizacją zamówienia za cenę 8.116.953,30 zł netto (9.983.852,56 zł brutto). Cena oferty wykonawcy Impel jest więc niższa o ok. 14% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w tym postępowaniu. Także ceny ofert wykonawcy Impel i odwołującego ISS są zbliżone. Cena oferty wykonawcy Impel jest bowiem tylko o 8% niższa od ceny oferty odwołującego ISS.

Cena rażąco niska to cena za całość przedmiotu zamówienia. Nie może być więc powodem odrzucenia oferty cena za jakiś element świadczenia nawet gdyby cena tego elementu była nierealna czy też niewiarygodna. Możliwym jest bowiem, że pomimo zaniżenia jakiejś pozycji wykonawca zawyży wycenę innych pozycji i cena za całość zamówienia będzie ceną umożliwiającą realne i należyte wykonanie zamówienia

Cenę należy bowiem odnieść do całego przedmiotu zamówienia a nie jego poszczególnych pozycji. Dlatego też nieuprawnionym jest stanowisko odwołującego ISS, który cenę oferty wykonawcy Impel odnosi do ceny oferty tego wykonawcy zaoferowanej w innym postępowaniu, jak i zaoferowanych przez niego w tamtym postępowaniu cen jednostkowych. Cenę oferty, jak już wyżej wskazano, należy odnosić do wartości szacunkowej zamówienia, cen ofert złożonych w danym postępowaniu i średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert i na pewno ceny tej nie można odnosić do ceny zaoferowanej przez wykonawcę w innym postępowaniu. Tymczasem odwołujący ISS, podnosząc zarzuty dotyczące ceny zaoferowanej przez wykonawcę Impel, odniósł je niemal wyłącznie do innego postępowania. Rzeczywiście złożył kalkulację cenową, niemniej jednak jest to kalkulacja cenowa odwołującego ISS, a nie wykonawcy Impel. Odwołujący ISS, przygotowując tę kalkulację – jak podniósł na rozprawie - bazował na informacjach pochodzących z tego postępowania (zawartych w formularzu ofertowym), ale przede wszystkim na informacjach pozyskanych z innych postępowań. Tymczasem zamawiający, w tym postępowaniu, wymagał poza wskazaniem ceny netto i brutto za świadczenie usługi stacjonarnego utrzymania w czystości składów ED250 oraz usługi utrzymania w czystości składów w czasie jazdy pociągów ED50 wypełnienia tabel zawierających koszt wyszczególnionych w nich usług, czynności dodatkowych i pakietów sanitarnych dodatkowych dla poszczególnych punktów czyszczeń. Nie wymagał jednak przedstawienia kalkulacji cenowej. Wobec czego brak jest w ofercie wykonawcy Impel informacji, które pozwoliłyby jednoznacznie stwierdzić, w jaki sposób kalkulował cenę złożonej oferty. Złożone w poczet materiału dowodowego umowy to bowiem umowy, których stroną był zarówno odwołujący ISS, jak i wykonawca Impel i dotyczą okresów poprzedzających zawarcie umowy, której przedmiot jest przedmiotem tego postępowania. Niemniej jednak dotyczą one

wyłącznie świadczenia stacjonarnych usług codziennego i pobieżnego utrzymania w czystości zespołów trakcyjnych ED250, a więc węższego zakresu niż jest objęty tym postępowaniem, ale przeprowadzanych w innych uwarunkowaniach. Natomiast złożona na rozprawie w poczet materiału dowodowego korespondencja prowadzona przez odwołującego ISS z zamawiającym jest dowodem jedynie na to, jakie stawki zostały zaoferowane odwołującemu ISS. Także umowa najmu, której stroną jest wykonawca Impel (umowa z dnia 24 marca 2015 r.) nie przesądza o tym, że takie same stawki uzyskał wykonawca Impel dla potrzeb tego postępowania, jak również tego, że skalkulował cenę w oparciu o identyczną koncepcję sposobu realizacji tego konkretnego zamówienia. Stawki te mogą być bowiem różne dla różnych wykonawców, jak i dla różnych postępowań. Tym samym stwierdzić należy, iż odwołujący ISS, mimo, iż to właśnie na nim – zgodnie z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 6 k.c. - spoczywa obowiązek udowodnienia podnoszonych przez niego zarzutów nie przedstawił dowodów potwierdzających zaoferowanie przez wykonawcę Impel rażąco niskiej ceny. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

### **Sygn. akt KIO 2561/15**

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale IX SIWZ „Wymagania dotyczące wadium”, pkt 3 podał, iż:

„Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert w jednej lub w kilku z form określonych w art. 45 ust. 6 Ustawy Pzp, w zależności od wyboru wykonawcy, tj.:

1. w pieniądzu przelewem na rachunek Zamawiającego,
2. w poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy zawsze jest poręczeniem pieniężnym,
3. gwarancjach bankowych,
4. w 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 2000 r. nr 109 poz. 1158 z późniejszymi zmianami)”.

W punkcie 7 tego rozdziału dodał, że „dokument wadium winien zawierać co najmniej następujące elementy:

1. nazwę i dokładny adres gwaranta (poręczyciela, podmiotu ubezpieczającego),
2. określenie nazwy postępowania, dla którego wystawiany jest dokument,
3. zobowiązanie gwaranta (poręczyciela, podmiotu ubezpieczającego) do nieodwołalnej i bezwarunkowej, na pierwsze żądanie, wypłaty beneficjentowi (Zamawiającemu) oznaczonej kwoty pieniężnej odpowiadającej wysokości ustalonego wadium, w

przypadku zaistnienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4 a i art. 46 ust. 5 Ustawy Pzp,

4. zobowiązanie gwaranta (poręczyciela, podmiotu ubezpieczającego) do wypłacenia pełnej kwoty wadium w terminie nie dłuższym niż 21 dni licząc od otrzymania od Zamawiającego pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty,
5. okres ważności wadium - który musi pokrywać się z terminem związania ofertą wskazanym w SIWZ”.

Wykonawca ISS wniósł wadium w postaci gwarancji bankowej, w treści której zawarte jest postanowienie „w celu identyfikacji podpisów złożonych pod Państwa żądaniem wypłaty, żądanie to musi być dostarczone do Banku kluczową depeszą SWIFT (BPOKPLPW) albo listem poleconym/przesyłką kurierską za pośrednictwem banku”.

Zamawiający, pismem z dnia 10 listopada 2015 r., wezwał wykonawcę ISS do złożenia wyjaśnień czy złożone wadium zgodne jest z zapisami rozdziału IX ust. 7 SIWZ, tj. czy zawiera zobowiązanie gwaranta (poręczyciela, podmiotu ubezpieczającego) do wypłacenia pełnej kwoty wadium w terminie nie dłuższym niż 21 dni licząc od dnia otrzymania od zamawiającego pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca ISS, pismem z dnia 13 listopada 2015 r., wyjaśni m.in., iż złożone wadium w formie gwarancji bankowej spełnia wszystkie wymagania określone w przepisach ustawy Pzp, prawa bankowego oraz kodeksu cywilnego. Złożone wadium pozostaje zgodne z zapisami SIWZ. „Zawarta w treści gwarancji klauzula „na pierwsze żądanie” oznacza m.in., iż wymagalność świadczenia powstaje po wezwaniu Gwaranta „żądaniem zapłaty” wystosowanym przez beneficjenta gwarancji (zamawiającego). (...) świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do jego wykonania. Natomiast termin „niezwłocznie” w okolicznościach związanych z wniesieniem wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oznacza czas niezbędny bankowi na realizację żądania zapłaty, który z pewnością nie będzie wynosił aż 21 dni, jak tego wymagał zamawiający w rozdziale IX ust. 7 pkt 3 SIWZ”.

Odwolujący konsorcjum Impel zakwestionował złożoną przez wykonawcę ISS gwarancję bankową, gdyż zawiera postanowienie, że „w celu identyfikacji podpisów złożonych pod Państwa żądaniem wypłaty, żądanie to musi być dostarczone do Banku kluczową depeszą SWIFT (BPOKPLPW) albo listem poleconym/przesyłką kurierską za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, oraz musi zawierać oświadczenie tego banku stwierdzające, że podpisy złożone na żądaniu wypłaty należą do osób upoważnionych do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu”, a ponadto nie zawiera zobowiązania gwaranta (poręczyciela, podmiotu ubezpieczającego) do wypłacenia pełnej kwoty wadium w terminie nie dłuższym niż 21 dni licząc od otrzymania od zamawiającego pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, iż wykonawca ISS nie zawarł w treści gwarancji bankowej elementu o treści wskazanej przez zamawiającego w treści SIWZ, a mianowicie „zobowiązanie gwaranta (poręczyciela, podmiotu ubezpieczającego) do wypłacenia pełnej kwoty wadium w terminie nie dłuższym niż 21 dni licząc od otrzymania od zamawiającego pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty zobowiązania”. Zamiast tego złożona przez niego gwarancja bankowa zawiera treść „(...) na Państwa pierwsze, pisemne, oryginalne żądanie wypłaty podpisane przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu (...)”.

Wadium – zgodnie z przepisami ustawy Pzp – ma na celu prawidłowe zabezpieczenie interesów zamawiającego. Tak więc prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy (art. 45 i 46 ustawy Pzp) i które zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w SIWZ, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne. Wobec czego jako taki można uznać wymóg zawarcia w gwarancji bankowej zapisu dotyczącego „wypłacenia pełnej kwoty wadium w terminie nie dłuższym niż 21 dni licząc od otrzymania od zamawiającego pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty zobowiązania”.

Niemniej jednak nawet, gdyby uznać, iż zapis SIWZ dotyczący terminu, w którym winna nastąpić wypłata pełnej kwoty wadium powinien znaleźć się w treści gwarancji to zawarte w gwarancji bankowej złożonej przez wykonawcę ISS stwierdzenie na „pierwsze, pisemne, oryginalne żądanie wypłaty” czyni zadość temu wymogowi. O zobowiązaniu banku (gwaranta) decyduje bowiem treść gwarancji złożonej beneficjentowi. Prawo bankowe nie zawiera regulacji odnoszących się do terminu zapłaty z tytułu gwarancji, odsyłając w tym zakresie do przepisów kodeksu cywilnego. Natomiast wymagalność świadczenia powstaje po skierowaniu do gwaranta „żądania zapłaty” wystosowanego przez beneficjenta gwarancji, a więc zamawiającego. Świadczenie to - zgodnie z art. 455 k.c. – powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do jego wykonania, przy czym termin „niezwłocznie” w okolicznościach związanych z wniesieniem wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oznacza czas niezbędny bankowi na realizację żądania zapłaty, który z pewnością nie będzie wynosił aż 21 dni, jak tego wymagał zamawiający w rozdziale IX ust. 7 pkt 3 SIWZ.

Fakt umieszczenia w gwarancji bankowej klauzuli identyfikacyjnej (dotyczącej identyfikacji osób i ich podpisów) oraz sposobu przekazania żądania wypłaty, której – jak podniósł odwołujący konsorcjum Impel - zgodnie z treścią SIWZ gwarancja nie powinna zawierać, nie oznacza, że wadium nie zostało wniesione skutecznie. W sytuacji, gdy wadium odpowiada przepisom prawa, jak również, gdy zamawiający ma możliwość zaspokojenia

ewentualnego roszczenia z wadium, a w tym przypadku rzeczywiście ma należy uznać, że wadium jest skutecznie wniesione, a tym samym nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Nie można oceniać ważności wadium przez pryzmat zamieszczenia klauzuli identyfikacyjnej. Fakt, że w treści gwarancji bankowej znalazło się takie stwierdzenie, nie powoduje, że wadium, który klauzulę taką zawiera, należy uważać za niewniesione. Wniesione wadium jest ważne i bezwarunkowe, stąd też brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołujących w treści wniesionych odwołań.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....