

WYROK
z dnia 8 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 21 maja 2010 r. przez **EKO-WAP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 32-200 Miechów, Siedliska 39** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Zawadzkie, 47-120 Zawadzkie, ul. Strzelecka 6**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty EKO-WAP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 32-200 Miechów, Siedliska 39 oraz nakazuje powtórzenie czynności: oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Zawadzkie, 47-120 Zawadzkie, ul. Strzelecka 6 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczonego przez EKO-WAP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 32-200 Miechów, Siedliska 39,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Zawadzkie, 47-120 Zawadzkie, ul. Strzelecka 6 na rzecz EKO-WAP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 32-200 Miechów, Siedliska 39, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu.**

Sygn. akt: KIO 980/10

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Zawadzkie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na „dostawę kruszywa z kamienia wapiennego lub dolomitu wraz z transportem na wyznaczone składy”.

14 maja 2010 r. (pismem z 12 maja 2010 r.) Zamawiający listem poleconym poinformował Odwołującego o wynikach postępowania – wyborze oferty FH EURO STANDARD S.C. Antoni i Andrzej Król z Opola oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, z uwagi na to, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”): „wadium zostało wpłacone w gotówce na rachunek Zamawiającego, natomiast zgodnie z pkt. 12 SIWZ *...wadium wniesione w pieniądzu należy przekazać przelewem z konta oferenta na konto Nadleśnictwa Zawadzkie...*”

21 maja 2010 r. (pismem z 17 maja 2010 r. nadanym listem poleconym tego dnia) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od odrzucenia swojej oferty. Odwołujący wysłał kopię odwołania do Zamawiającego listem poleconym 17 maja 2010 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu:

- 1) naruszenie art. 45 ust. 6 pkt 1 i ust. 7 pzp,
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty FH EURO STANDARD S.C. Antoni i Andrzej Król,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podniósł, iż wpłacając wadium w postaci pieniądza przelewem bezpośrednio na konto Zamawiającego postępował zgodnie z art. 45 ust. 6 pkt 1 i ust. 7 pzp. Wpłata wadium w oddziale banku Zamawiającego przed upływem ustalonego terminu wyznaczonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

Sygn. akt: KIO 980/10

winna skutkować zaliczeniem wpłaty przez Zamawiającego jako poprawnej, co w konsekwencji powinno skutkować udzieleniem zamówienia publicznego Odwołującemu. Niezaliczenie wpłaty wadium przez Zamawiającego jest sytuacją niezrozumiałą dla Odwołującego, gdyż postępował zgodnie z wymaganiami ustawy pzp, a ponieważ Zamawiający miał na swoim koncie wadium już 5 maja 2010 r., to cel jakiego służy wadium został osiągnięty.

W konsekwencji działań i zaniechań Zamawiającego doszło również do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp) oraz art. 7 ust. 3 pzp zobowiązującego Zamawiającego do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp.

Zamawiający nie wniósł na piśmie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

Żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Po ustaleniu z urzędu, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, pomimo niestawiennictwa stron, które zostały prawidłowo zawiadomione o terminie rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 27 kwietnia 2010 r., pod numerem 99857-2010, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie na swojej stronie internetowej (www.katowice.lasy.gov.pl/web/zawadzkie), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i wynosi 210 000,00 zł, co stanowi równowartość 54 701,74 euro.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną (174 917,50 zł), która zgodnie z pkt. 18 s.i.w.z. stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera między innymi poniżej przytoczone postanowienia.

W pkt. 12 – *Wymagania dotyczące wadium*: „Oferta powinna być zabezpieczona wadium. Wartość wadium 4000 zł (cztery tysiące złotych). Wadium może być wniesione w pieniądzu,

Sygn. akt: KIO 980/10

(...). Wadium wniesione w pieniądzu należy przekazać przelewem z konta oferenta na konto Nadleśnictwa Zawadzkie Bank Spółdzielczy w Zawadzkiem 50890900062000000 147330001. (...) Wadium w pieniądzu musi być wniesione najpóźniej do dnia 07.05.2010 r. Wniesienie wadium w pieniądzu będzie skuteczne jeżeli w podanym terminie znajdzie się na rachunku bankowym zamawiającego. Wadium wniesione w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Oferta, która nie będzie zabezpieczona akceptowaną formą wadium zostanie przez zamawiającego odrzucona.(...) Pozostałe warunki dotyczące wadium – zgodnie z art. 45 i 46 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych”.

6 maja 2010 r. Odwołujący dokonał w Banku Spółdzielczym w Zawadzkiem wpłaty gotówkowej w kwocie 4000,00 zł na rachunek bankowy Zamawiającego prowadzony przez ten bank i wskazany w pkt. 12 s.i.w.z.

Termin składania ofert został wyznaczony na 10 maja 2010 r. godz. 8:00.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w przekazanej przez Zamawiającego w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, protokołu postępowania oraz na podstawie załączonego do odwołania potwierdzenia wpłaty gotówkowej z pieczęcią dzienną i podpisem pracownika Banku Spółdzielczego Zawadzkie.

Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 27 kwietnia 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż niezgodne z przepisami ustawy pzp odrzucenie jego oferty pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym tracąc możliwość uzyskania zamówienia, ponosi szkodę.

Sygn. akt: KIO 980/10

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, iż choć Zamawiający powołał się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz na postanowienia s.i.w.z. dotyczące sposobu wniesienia wadium jako podstawę prawną dokonanego odrzucenia oferty Odwołującego, to nie wskazał jednak żadnej okoliczności faktycznej wskazującej na sprzeczność treści oferty z treścią s.i.w.z. Izba stwierdziła, iż w dokumentacji postępowania brak jest jakiegokolwiek śladu, iż Zamawiający w ogóle badał i oceniał treść oferty pod względem merytorycznym. Natomiast Zamawiający w sposób oczywiście błędny i świadczący o nieznajomości podstawowych przepisów ustawy pzp wskazał na niezgodność sposobu wpłacenia wadium w gotówce na rachunek bankowy Zamawiającego z postanowieniami pkt. 12 s.i.w.z. jako okoliczność rzekomo świadczącą o sprzeczności treści oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z. Tymczasem treść s.i.w.z. i treść oferty to merytoryczne postanowienia oświadczeń woli: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści s.i.w.z.

Wobec ustalenia przez Izbę, iż Odwołujący przed upływem terminu składania ofert wniósł wadium w wymaganej kwocie na rachunek bankowy Zamawiającego, istota sprawy sprowadza się do oceny skutków wniesienia wadium w inny sposób niż przewiduje to przepis art. 45 ust. 7 ustawy pzp, a także w inny sposób niż wymagany przez Zamawiającego w pkt. 12 s.i.w.z.

Izba zważyła, czy dokonanie wpłaty pieniędzy tytułem wadium, tj. w formie przewidzianej w przepisie art. 45 ust. 6 pkt 1 pzp, przez wpłatę gotówkową w kasie banku na rachunek bankowy Zamawiającego, odpowiada dyspozycji przepisu art. 45 ust. 7 ustawy pzp, zgodnie z którym wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

Zdaniem Izby, wykładania gramatyczna przepisu art. 45 ust. 7 pzp prowadzi do wniosku, iż przelew z art. 45 ust. 7 pzp nie jest tożsamy z poleceniem przelewu przewidzianym w przepisie art. 63c 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665, z późn. zm.). Przyjmując założenie racjonalnego ustawodawcy, Izba wzięła pod uwagę, iż przepis art. 45 ust. 7 pzp nie odwołuje się bezpośrednio do przepisów Prawa bankowego dotyczących polecenia przelewu – wobec

tego, zdaniem Izby, ustawodawca celowo nie zawęził możliwości wnoszenia wadium w pieniądzu wyłącznie do polecenia przelewu. Takie ograniczenie byłoby nieracjonalne i nieuzasadnione, gdyż polecenie przelewu dotyczy rozliczeń pieniężnych przeprowadzanych za pośrednictwem banków, co prowadziłoby – w sposób sprzeczny z podstawowymi zasadami ustawy pzp (równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji) a także z definicją wykonawcy (zgodnie z art. 2 pkt 11 pzp może być nim także osoba fizyczna, a więc również osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej) – do ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie i wnoszących wadium w formie pieniężnej wyłącznie do takich, którzy posiadają rachunek bankowy. Zdaniem Izby, uzasadnione jest zatem zastosowanie wykładni celowościowej przepisu art. 45 ust. 7 pzp, która prowadzi do wniosku, iż istotne jest aby wykonawca efektywnie wpłacił pieniądze na rachunek bankowy zamawiającego, natomiast bez znaczenia jest okoliczność czy pieniądze te zostaną przekazane w drodze wpłaty gotówkowej w kasie banku, czy też przy wykorzystaniu polecenia przelewu. W obu przypadkach mamy do czynienia ze skutecznym wniesieniem wadium w formie przewidzianej w przepisie art. 45 ust. 6 pkt 1 pzp, które należy zabezpiecza interes zamawiającego, a zatem realizuje cel instytucji wadium.

W następnej kolejności Izba zważyła, czy wniesienie wadium w sposób odmienny niż przewidziany w pkt. 12 s.i.w.z. mogło skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego. W ocenie Izby, zamawiający nie mają kompetencji do ograniczania przez postanowienia s.i.w.z. uprawnień wykonawców przewidzianych w przepisach ustawy pzp, a zatem postanowienie pkt. 12 s.i.w.z. nakazujące przekazanie wadium w pieniądzu przelewem z konta oferenta na konto Zamawiającego ma charakter wyłącznie instrukcyjny, którego niezachowanie nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawców, którzy wnieśli wadium w sposób zgodny z przepisami ustawy pzp.

W ocenie Izby wobec podniesienia przez Zamawiającego okoliczności faktycznych dotyczących wadliwości wniesienia wadium jedyną podstawą prawną dokonanej przez Zamawiającego czynności mógłby być przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium. Oznaczałoby to, iż intencją Zamawiającego było wykluczenie Odwołującego z uwagi na niewniesienie wadium. Wskazuje na to uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty, podnoszące wyłącznie niezachowanie przez Odwołującego określonego w pkt. 12 s.i.w.z. sposobu wniesienia wadium.

Izba zważyła jednak, iż w oczywisty sposób w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia wadium zostało wniesione przez Odwołującego w odpowiedniej formie, w odpowiednim terminie i w odpowiedni sposób. Izba uznała, iż literalne brzmienie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp wskazuje, iż tylko i wyłącznie brak wadium na rachunku

Sygn. akt: KIO 980/10

wskazany przez Zamawiającego do upływu terminu składania ofert, a więc jego niewniesienie, skutkować mogłoby wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji odrzuceniem oferty na podstawie art. 24 ust. 4 pzp. Ponieważ w niniejszym postępowaniu wymagana kwota zabezpieczenia wadialnego została faktycznie wniesiona, oferta Odwołującego jest skutecznie zabezpieczona spoczywającymi na rachunku bankowym Zamawiającego pieniędzmi, z których może on się w każdej chwili zaspokoić w razie zajścia okoliczności przewidzianych w ustawie pzp. Wobec skutecznego wniesienia wadium przez Odwołującego niepodległa on wykluczeniu z postępowania z uwagi na brak wadium, gdyż przepis art. 24 ust. 2 pzp nie przewiduje negatywnych konsekwencji dla wykonawców, którzy wnieśli wadium w inny sposób niż określony w przepisie art. 45 ust. 7 ustawy pzp.

Izba podziela zatem w pełni stanowisko wyrażone wcześniej przez Krajową Izbę Odwoławczą na tle analogicznych stanów faktycznych w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 lipca 2008 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 663/08 oraz w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 kwietnia 2009 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 407/09.

Wobec braku wykazania zasadności podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, Izba uznała również tym samym za zasadny zarzut naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp), a także przepisu art. 7 ust. 3 pzp nakazującego udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 ustawy pzp Izba nie nakazała unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak czynności tej winien dokonać Zamawiający wykonując niniejszy wyrok Izby.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych: art. 45 ust. 6 pkt 1 i ust. 7 oraz art. 7 ust. 1 i 3 miało wpływ na wynik postępowania i – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Sygn. akt: KIO 980/10

Przewodniczący:

.....