

Sygn. akt: KIO 2612/17

POSTANOWIENIE
z dnia 15 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 15 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 11 grudnia 2017 r. przez **wykonawcę Kolej Bałtycka S.A. z siedzibą w Szczecinie, Adres: ul. Raławicka 3, 70-811 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 142 A, 02-305 Warszawa**

postanawia:

1. **odrzuć odwołanie,**
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć **wykonawcę Kolej Bałtycka S.A. z siedzibą w Szczecinie** i nakazuje zaliczyć w poczet kosztów kwotę **15 000 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1569 i 2018) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie kompleksowej obsługi manewrowej wagonów i składów pociągów PKP Intercity S.A.”

Odwołujący: KOLEJ BAŁTYCKA S.A. z siedzibą w Szczecinie w odwołaniu wniesionym dnia 11 grudnia 2017 r. zaskarżył czynność Zamawiającego związaną z odrzuceniem oferty Odwołującego i zaniechaniem podjęcia przez w/w Zamawiającego czynności polegającej na wskazaniu w zawiadomieniu o wynikach postępowania wszystkich [rzeczywistych] okoliczności odrzucenia oferty Odwołującego.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium, tj. wniesienia go po terminie, podczas gdy zostało ono wniesione w terminie określonym w siwz i na rachunek bankowy Zamawiającego podany w SIWZ, a zatem w sposób prawidłowy, co stanowi o braku podstaw do podjęcia przez Zamawiającego w/w decyzji;

2. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy przez brak przedstawienia w zawiadomieniu o wynikach przetargu [rzeczywistych] okoliczności (powodów) uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego, a dotyczących terminu wniesienia wadium na rachunek bankowy Zamawiającego podany w SIWZ, podczas gdy na Zamawiającym spoczywa taki obowiązek.

Mając na uwadze powyższe zarzut wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz zobowiązanie Zamawiającego do ponownej oceny ofert złożonych w w/w postępowaniu; odrzucenie oferty wykonawcy - NKN Usługi Kolejowe sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie; wybór oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu; przedłożenia dokumentu potwierdzającego datę uznania rachunku bankowego Zamawiającego wskazanego w SIWZ kwotą wadium wniesionego przez Wykonawcę [zaświadczenie banku Zamawiającego, potwierdzenie realizacji transakcji, inny relewantny dokument]; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, iż złożył wymaganą przez SIWZ ofertę dotyczącą części I zamówienia, w podanym przez SIWZ terminie - w dniu 2 października

2017 r. przed godz. 10.00. Zgodnie z SIWZ [rozdział XIII, pkt 1], oferty winny być złożone w nieprzekraczalnym terminie do dnia 02.10.2017 roku do godziny 10:00 w Biurze Zakupów „PKP Intercity” S.A. w Warszawie Al Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa (VI piętro).

W ramach przetargu ustanowiono wymóg wniesienia wadium w wysokości 110.000 zł, które, w przypadku gdy będzie wnoszone w pieniądzu, należało przelać na rachunek bankowy Zamawiającego: Bank PEKAO S.A nr: PL81 1240 6960 1637 0000 0000 0101 [r. XVII pkt 5 SIWZ]. Zgodnie z pkt 6 rozdziału XVIII, Zamawiający uzna wymóg wniesienia wadium w pieniądzu za spełniony, jeżeli przed upływem terminu składania ofert rachunek bankowy Zamawiającego zostanie uznany kwotą wadium.

Odwołujący złożył dyspozycję przelewu bankowego na poczet wpłaty wadium za pośrednictwem systemu SORBNET w dniu 2 października 2017 r. o godz. 08.07. System ten umożliwia szybkie przekazanie środków na rachunek w innym banku, co zwyczajowo zajmuje czas do 1 godziny. A zatem środki powinny wpłynąć na rachunek Zamawiającego w czasie do 1 godziny po złożeniu dyspozycji przelewu.

3 października 2017 r. otwarto oferty. Przez okres niemal dwóch miesięcy od tej daty Zamawiający kontaktował się jeszcze z Odwołującym, zwracając się z prośbą o wypełnienie wymaganych formularzy. Odwołujący był w przekonaniu, iż oferta spełnia niezbędne wymogi SIWZ, skoro Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego niezwłocznie po otwarciu ofert.

W dniu 24 listopada 2017 r. Odwołujący otrzymał drogą elektroniczną zawiadomienie o wyniku postępowania, zgodnie z którym jego oferta została odrzucona wskutek nieprawidłowego wniesienia wadium, tj. po terminie składania ofert wyznaczonym przez Zamawiającego. W w/w zawiadomieniu wskazane zostało, iż operacja ta została księgowana na rachunku Zamawiającego w dniu 2 października 2017 r. o godz. 11.43, czyli po wyznaczonym terminie. Zawiadomienie było jednak w tym zakresie ogólne i nie zawierało informacji wystawionej przez bank Zamawiającego, która potwierdzałaby datę wpływu wadium na koncie Zamawiającego podanym w SIWZ. Nie zawierało więc wszystkich istotnych okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przedstawienie dokumentu potwierdzającego datę wpływu środków z tytułu wadium na rachunek bankowy Zamawiającego. W odpowiedzi, w dniu 30 listopada 2017 r., drogą elektroniczną Odwołujący otrzymał od Zamawiającego dokument datowany na w/w dzień - potwierdzenie wykonanej operacji z banku Zamawiającego, zgodnie z którym należność z tytułu wadium w kwocie 110.000 zł została księgowana na rachunku bankowym Zamawiającego, jednakże o innym numerze niż nr rachunku podanym w SIWZ. Zgodnie z w/w potwierdzeniem, płatność księgowano na rachunku bankowym nr: 12 1240 6292 1111 0010 4285 3494.

[potwierdzenie wykonanej operacji z dnia 30 listopada 2017 r. - załącznik do niniejszego odwołania]. Potwierdzenie to wskazuje, iż księgowanie transakcji, a zatem uznanie w/w rachunku bankowego nastąpiło w dniu 2 października 2017 r. o godz. 11.43. Informację w tym przedmiocie Odwołujący powziął dopiero w dacie otrzymania w/w potwierdzenia od Zamawiającego (30 listopada 2017 r.).

Jednocześnie, po otrzymaniu w/w informacji, Odwołujący wystąpił do banku, w którym prowadzony jest rachunek bankowy Odwołującego z wnioskiem o przekazanie informacji odnośnie czasu trwania w/w operacji przelewu. W dniu 4 grudnia 2017 r. BANK ZACHODNI BZ WBK S.A., jako bank Odwołującego, wystawił zaświadczenie, zgodnie z którym w dniu 2 października 2017 r. o godz. 08.07 w systemie SORBNET z rachunku bieżącego spółki Odwołującego została zrealizowana płatność na rzecz PKP INTERCITY S.A. w kwocie 110.0. 00 zł na rachunek bankowy Zamawiającego nr 81 1240 6960 1637 0000 0000 0101, a zatem rachunek bankowy wskazany w SIWZ. Nadto, w dniu 4 grudnia 2017 r. Odwołujący otrzymał informację od przedstawiciela Wydziału Systemu Sorbnet Narodowego Banku Polskiego, iż wymieniona płatność została zrealizowana na w/w rachunek w systemie SORBNET dnia 2 października 2017 r. o godz. 08.09 - co potwierdza, iż czas trwania operacji przelewu kwoty z tytułu wadium wynosił 2 minuty.

W świetle tych informacji, w oczywistej sprzeczności pozostaje potwierdzenie przedstawione przez Zamawiającego a dotyczące księgowania wspomnianej płatności o godz. 11.43 w dniu 2 października 2017 r., tym bardziej, iż potwierdzenie to dotyczy księgowania na innym rachunku bankowym niż podany przez Zamawiającego w SIWZ. W ocenie Odwołującego budzi to istotną wątpliwość co do prawidłowości (usunięto tekst?) decyzji Zamawiającego w przedmiocie rozstrzygnięcia przetargu.

W toku prowadzonego przez PKP Intercity S.A. postępowania przetargowego doszło do nieprawidłowości związanych z ustaleniem terminu uregulowania przez Odwołującego wadium. Załączone dokumenty wskazują na wymienione nieprawidłowości.

Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli Zamawiający zażądał wniesienia wadium. W świetle powyższych okoliczności, udokumentowanych dowodami przedłożonymi wraz z niniejszym odwołaniem, a potwierdzających, iż płatność wadium nastąpiła w terminie wskazanym w treści SIWZ, czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego w w/w przetargu jest niezgodna z przepisami ustawy, albowiem brak było podstaw do uznania, iż wadium zostało opłacone w sposób nieprawidłowy.

Nadto, Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, Zamawiający niezwłocznie informuje wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia oferty (...). Na gruncie tego przepisu przyjmuje się, że

Zamawiający zobowiązany jest przedstawić wszystkie okoliczności faktyczne uzasadniające decyzję o odrzuceniu danej oferty - uzasadnienie faktyczne powinno być jasne, czytelne i wyczerpujące oraz powinno zawierać wszystkie przyczyny, które wpłynęły na taką decyzję. Przyjęcie takiej interpretacji stanowi wypełnienie obowiązku ustawowego, bowiem ciężar udowodnienia zasadności odrzucenia oferty spoczywa na Zamawiającym .

Odwołujący podkreśla, iż po ogłoszeniu wyników przetargu w dniu 24 listopada 2017 r. podejmował wiele, opisanych we wcześniejszej części odwołania, działań mających na celu wyjaśnienie nieprawidłowości w zakresie wpłaty wadium, kontaktując się z Zamawiającym, niemniej uzyskanie dalszych informacji czy wyjaśnień, było niemożliwe.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający jest zobowiązany przedstawić dowód na uzasadnienie decyzji rozstrzygającej przetarg w sytuacji, gdy decyzja ta jest uzasadniana czynnikiem zewnętrznym, jakim jest informacja z banku Zamawiającego o momencie wpływu środków pieniężnych na konto Zamawiającego z tytułu należnego wadium. Dopiero wówczas stanowi to o wypełnieniu przez Zamawiającego obowiązku ustawowego w zakresie przedstawienia okoliczności faktycznych uzasadniających odrzucenie oferty. W ocenie Odwołującego, elementem zawiadomienia o wynikach przetargu datowanego na dzień 24 listopada 2017 r. powinien być dokument, jakim jest potwierdzenie transakcji uzyskane z banku Zamawiającego. Tylko wówczas możliwe jest zapewnienie transparentności procedury przetargu i zweryfikowanie prawidłowości decyzji Zamawiającego przez każdego uczestnika tego przetargu. Wobec faktu, iż dokument ten nie był elementem zawiadomienia o wynikach przetargu, Odwołujący zmuszony był do niezwłocznego podjęcia czynności mających na celu wyjaśnienie informacji o dacie realizacji przelewu z tytułu wadium. W niniejszym stanie faktycznym, jak przedstawiono powyżej, Odwołujący zwrócił się do szeregu podmiotów, w tym m. in. do samego Zamawiającego, o udzielenie rzetelnej i niepodważalnej informacji w tym zakresie. Informację tą otrzymał dopiero w dniu 30 listopada 2017 r. od samego Zamawiającego i była ona nieprawidłowa, albowiem nr rachunku bankowego w niej podany, na którym odnotowano uznanie wpłaty wadium, różnił się od tego, który wskazano w SIWZ.

W ocenie Odwołującego, nieprzedstawienie przez Zamawiającego relewantnego dowodu potwierdzającego informację zawartą w zawiadomieniu o wynikach przetargu, dotycząca momentu otrzymania wadium, a uzasadniającą decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, jest wadliwe i podlega zaskarżeniu. Zaskarżeniu podlega tym samym czynność Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w przetargu. Termin wniesienia odwołania w takim przypadku przysługuje od momentu, w którym powzięto wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia - w świetle przedstawionego stanu faktycznego okolicznością stanowiącą podstawę wniesienia

odwołania jest nieprawidłowość w zakresie podania przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wynikach przetargu informacji o dacie wpływu wadium na rachunku bankowym Zamawiającego [art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy],

O fakcie, iż informacja znajdująca się w w/w zawiadomieniu jest nieprawidłowa Odwołujący powziął wiadomość w dniu 30 listopada 2017 r., tj. w dniu, w którym otrzymał od Zamawiającego potwierdzenie wykonanej operacji na rachunku bankowym innym niż podany w SIWZ. Wobec tego, Odwołujący liczy 10 - dniowy termin do wniesienia odwołania od momentu otrzymania informacji od Zamawiającego wskazującą godzinę zaksięgowania wadium na jego konto [inne niż wynikające z SIWZ],

Oferta Odwołującego była korzystniejsza od oferty konkurencyjnego wykonawcy pod kątem ceny zaproponowanej [cena zaś, była jedynym kryterium decydującym o wyborze wykonawcy]. Oferta Odwołującego winna więc zostać wybrana przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów, które miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - odwołanie winno zostać uwzględnione a czynności Zamawiającego dotyczące wyboru ofert - powtórzone.

Zamawiający wezwany przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do przedstawienia stosownych informacji na potrzeby wszczętego postępowania odwoławczego wskazał, że nie otrzymał w jakiegokolwiek formie kopii odwołania i jedynie domniemuje, iż przedmiotem odwołania jest czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dla części nr 1 przedmiotu zamówienia. Z uwagi na brak takiej kopii nie miał możliwości przekazania jej uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Potwierdził także, że informację o wynikach postępowania przesłał wykonawcom w dniu 24.11.2017 r. drogą elektroniczną oraz opublikował na stronie internetowej.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na posiedzeniu bez udziału stron stwierdziła, że odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 7 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 oraz art. 180 ust. 5 ustawy - Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy – Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Przedmiotem odwołania w rozpatrywanej sprawie jest czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 b ustawy pzp z uzasadnieniem faktycznym przekazany wykonawcy, o treści: „oferta podlega odrzuceniu

ponieważ wykonawca złożył wadium w sposób nieprawidłowy, po terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Wykonawca w siwz wskazał termin wpłaty wadium, tj. do 2.10.2017 r. godz. 10:00. Wykonawca nie dołączył do oferty potwierdzenia złożenia wadium. Wykonawca złożył wadium w formie gotówki, dokonując przelewu na rachunek bankowy zamawiającego. Operacja ta została zaksięgowana na rachunek Zamawiającego w dniu 2.10.2017 r. o godz. 11:43, czyli po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.”

Kolejnym zarzutem odwołania, związanym z poprzednim, jest brak wymaganego przepisami prawa uzasadnienia dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego, sformułowany jako brak przedstawienia rzeczywistych okoliczności (powodów) uzasadniających odrzucenie oferty, a dotyczących terminu wniesienia wadium na rachunek podany w siwz, podczas gdy na zamawiającym spoczywa taki obowiązek.

Zgodnie z ustalonym przez Izbę stanem faktycznym, niesporne jest, że odwołujący został zawiadomiony o czynności odrzucenia jego oferty dnia 24 listopada 2017 r. na podstawach faktycznych i prawnych o treści wskazanej w otrzymanym od zamawiającego zawiadomieniu.

Od tej daty rozpoczął bieg określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przez wykonawcę, który nie zgadza się czynnością zamawiającego i jej ewentualnymi następstwami.

Tym samym wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 11 grudnia 2017 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością odrzucenia odwołania zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wywód odwołującego wskazujący na zasadność obliczenia terminu z terminem rozpoczęcia od dnia uzyskania, w wyniku prowadzonej korespondencji określonych korzystnych dla niego informacji, nie znajduje podstaw w przepisach prawa, w tym co do możliwości zastosowania w sprawie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy pzp. Informacja o czynności odrzucenia oferty bez wątplenia nie dotyczy „czynności innych niż określone w ust. 1 i 2” lecz jest wprost czynnością określoną w ust. 1 artykułu 182 ustawy pzp.

Omawiany termin jest przy tym terminem zawitym i nie podlega przywróceniu. W szczególności przywrócenia terminu nie mogą spowodować czynności wykonawcy zmierzające do pozyskania ewentualnych dowodów i innych argumentów na potrzeby planowanego postępowania odwoławczego.

Rozpatrywane odwołanie podlega także odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. pkt 7 ustawy pzp tj. z powodu nieprzekazania zamawiającemu kopii odwołania. Do odwołania

wykonawca załączył wydruk korespondencji mailowej, skierowanej do zamawiającego, w której zawarto stwierdzenie, „że Kolej Bałtycka S.A. wnosi odwołanie do Prezesa KIO i sprawie postępowania przetargowego o numerze 42/07/PRZ/2017.” Powyższe pismo w wykazie załączników opisano jako dowód zawiadomienia zamawiającego o wniesieniu odwołania i jak wynika z treści pisma, odwołujący rzeczywiście tym dokumentem zawiadomił o wniesieniu odwołania do Prezesa KIO odwołania, natomiast brak jest stwierdzenia co najmniej sugerującego, że kopia odwołania jest zamawiającemu przekazana.

Powyższe ustalenie i jego zasadność uwiarygadnia również treść pisma zamawiającego, wyżej sygnalizowana, skierowanego do Prezesa KIO, w którym stwierdza on jednoznacznie, że kopii odwołania nie otrzymał, czego skutkiem jest także fakt nieprzekazania odwołania innym uczestnikom postępowania przetargowego.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie i z zaniechaniem przekazania kopii odwołania zamawiającemu, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 oraz pkt 7 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 ze zmianami).

Przewodniczący:

.....