

WYROK
z dnia 2 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2018 r. przez wykonawcę

DKBUS Travel Sp. z o.o., ul. Świętokrzyska 9/4, 59-220 Legnica

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Gminę Kobierzyce, Aleja Pałacowa 1, 55-040 Kobierzyce

przy udziale wykonawcy **W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Express Bus Przewozy Osobowo-Towarowe W. S., Wołuszewo 3, 87-720 Ciechocinek** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża DKBUS Travel Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez DKBUS Travel Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od DKBUS Travel Sp. z o.o. na rzecz Gminy Kobierzyce kwotę 4 315 zł 50 gr (słownie: cztery tysiące trzysta piętnaście złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kobierzyce prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług transportowych na rzecz uczniów niepełnosprawnych z terenu gminy Kobierzyce do placówek szkolno-wychowawczych i szkół oraz miejsc zamieszkania w roku szkolnym w okresie od lutego 2018 r. do czerwca 2019 r. w dni nauki szkolnej” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 15 grudnia 2017 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 633399-N-2017. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – DKBUS TRAVEL Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 45 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i nieuznanie wpłaty Odwołującego jako zasadnej, a przez to naruszenie zasad uczciwej konkurencji określonej przepisami ustawy, podczas gdy Odwołujący wniósł wymagane wadium w terminie i wysokości określonej przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

2. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie, podczas gdy wadium zostało wniesione w wysokości oraz formie, która spełniała jego cel w postaci zabezpieczenia interesów Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy zobowiązani byli do wniesienia wadium w wysokości 15.000,00 zł przed upływem terminu składania ofert, tj. do dnia 04 stycznia 2018 r. do godziny 11.00. Wadium zostało wpłacone przez Odwołującego 4 stycznia 2018 r., przed terminem składania ofert, a pieniądze zostały przyjęte przez kasjerkę, co potwierdza dowód wpłaty KP NR 1/2018 ze wskazanym tytułem wpłaty: „wpłata wadium na przetarg dot. sprz. RŚZIZ”.

Następnie oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ wymagane wadium w wysokości 15.000,00 zł zostało wniesione gotówką do kasy Zamawiającego, co zgodnie z obecnym orzecznictwem traktowane jest jako wniesione w sposób nieprawidłowy i skutkuje koniecznością odrzucenia nieprawidłowo zabezpieczonej oferty w terminie jej złożenia.

Wadium jest formą zabezpieczenia interesu zamawiającego, a prawidłowe zabezpieczenie oferty wadium polega na istnieniu po stronie zamawiającego pewności, że w przypadkach określonych w ustawie kwota wadium rzeczywiście zostanie zamawiającemu wypłacona.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający bezspornie miał taką pewność, a brak wpłaty wadium w formie przelewu bankowego na rachunek Zamawiającego nie może prowadzić do konsekwencji, jaką jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, bowiem taki skutek może wywołać brak jego wniesienia w wymaganym terminie. W związku z tym fakt wpłaty kwoty wadium w kasie banku w formie gotówkowej bezpośrednio na rachunek bankowy zamawiającego nie może stać się podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Cel wadium został bowiem osiągnięty, gdyż złożona oferta była skutecznie zabezpieczona przez fakt spoczywania na rachunku Zamawiającego wymaganej kwoty, z której może on w każdej chwili się zaspokoić. Wszelkie inne wymagania zostały również spełnione, tym samym nie ma podstaw do odrzucenia oferty. Za formę złożenia wadium uznać należy również pieniądź, a nie drogę, którą to wadium wpływa na wskazane konto. Dla prawidłowości wniesienia wadium decydujące znaczenie ma okoliczność, czy faktycznie środki pieniężne lub dokumenty utożsamiające pozostałe formy wadium znalazły się w dyspozycji zamawiającego w wymaganym terminie, co miało miejsce w niniejszej sprawie i zostało potwierdzone dowodem wpłaty KP NR 1/2018. Co więcej, Zamawiający od momentu upływu terminu do składania ofert miał potencjalną możliwość dysponowania kwotą wadium.

Istotny dla rozstrzygnięcia o skuteczności wniesienia wadium jest cel, dla którego zamawiający ustanawia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i możliwość realizacji tego celu, co w praktyce oznacza skuteczne zabezpieczenie oferty w taki sposób, aby zamawiający mógł zaspokoić swoje roszczenie w przypadku odmowy podpisania umowy przez wybranego wykonawcę.

Przepis art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej dopuszcza dokonywanie płatności gotówkowych związanych z wykonywaniem działalności gospodarczej, gdy jednorazowa wartość transakcji bez względu na liczbę wynikającej z niej płatności, nie przekracza równowartości 15.000,00 zł. Oferta Odwołującego pozostawała zabezpieczona wadium, które jednocześnie gwarantowało w sposób właściwy interesy Zamawiającego. Sposób wniesienia tego wadium nie narusza żadnego z obowiązujących przepisów prawa z zakresu obrotu pieniężnego.

Art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do sformułowania „wniesione w sposób nieprawidłowy” będzie odnosił się do wszelkich odstępstw od koniecznej treści np. dokumentów gwarancji wadialnych, niezachowania formy przelewu bankowego, ale w kwotach mogących świadczyć o unikaniu nakazane przepisami odrębnej formy rozliczeń.

Nie zasługuje zatem na aprobatę stanowisko Zamawiającego, które bezpodstawnie odrzuca ofertę Odwołującego pozbawiając go tym samym możliwości zawarcia umowy na korzystniejszych dla Zamawiającego warunkach niż podmiot, który przetarg wygrał.

Zgodnie z ustawą z 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych, transakcją płatniczą jest również wpłata gotówkowa. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 14 lutego 2002 r., sygn. III CZP 81/01 wykonanie zobowiązania, którego przedmiotem jest świadczenie pieniężne, może nastąpić przede wszystkim za pomocą gotówki, tj. przez przeniesienie na wierzyciela własności znaków pieniężnych wyrażających określoną sumę jednostek pieniężnych. Zgodnie z art. 32 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim, emitowane przez ten bank znaki pieniężne mają moc umarzania zobowiązań pieniężnych na obszarze Polski, czyli istnieje obowiązek przyjmowania wspomnianych znaków jako prawnego środka płatniczego.

Istotny w niniejszej sprawie jest również fakt przyjęcia wadium w formie gotówkowej przez upoważnioną do tego osobę. Skoro bowiem przyjęła ona wpłatę gotówkową w kasie, należy uznać, że była uprawniona do przyjmowania wszelkich wpłat ze strony Zamawiającego. Osoba ta wiedziała również, z jakiego tytułu wpłata została dokonana, na co wskazuje chociażby tytuł na potwierdzeniu zapłaty. Miała zatem możliwość odmowy przyjęcia wpłaty i przekazania Odwołującemu informacji w zakresie tego, że taka forma nie jest akceptowana, czego nie uczyniła. Powstaje zatem domniemanie, że osoba, która przebywa w kasie, ma odpowiednią wiedzę do przyjęcia stosownych dokumentów, tym samym ma wiedzę w zakresie tego, czy przyjąć kwotę wadium w formie gotówkowej. Tym samym niezrozumiały jest dla Odwołującego fakt braku jakiegokolwiek zastrzeżenia złożonego przez osobę przyjmującą, tym bardziej, że miała ona świadomość tego, z jakiego tytułu dokonywana jest wpłata. Zamawiający prowadzi od kilku do kilkunastu przetargów w ciągu miesiąca, tym samym nie sposób uznać, że osoba przyjmująca gotówkę nie miała wiedzy w zakresie tego, w jaki sposób należy wpłacić kwotę wadium. Kasjerka poprosiła też o dane Odwołującego w celu utworzenia profilu kontrahenta, w tym numeru rachunku bankowego. Skoro został zatem utworzony rachunek bankowy, uznać należy, że środki wpłynęły na konto rachunku. Potwierdzenie wpłaty wadium zostało załączone do oferty.

Co więcej, ostatecznie środki znalazły się na rachunku bankowym Zamawiającego poprzez wprowadzenie ich przez ww. osobę. Pieniądze bowiem na poczet wadium należy wpłacić na konto Zamawiającego, a okoliczność, czy pieniądze, które zostaną zaewidencjonowane na koncie Zamawiającego, zostaną przekazane w drodze wpłaty gotówki w kasie banku, czy też

przy wykorzystaniu polecenia przelewu, nie ma znaczenia z punktu widzenia zabezpieczenia interesów Zamawiającego, którym to jest przecież zabezpieczenie oferty wadium.

Przy otwarciu ofert otwierający zweryfikował prawidłowość i poprawność złożonych ofert, gdzie znajdowało się również potwierdzenie wpłaty wadium, i stwierdził, że obaj wykonawcy w sposób prawidłowy i kompletny złożyli oferty oraz obaj wykonawcy w sposób prawidłowy wpłacili wadium. W tym miejscu otwierający mógł odrzucić ofertę złożoną przez Odwołującego w przypadku, gdyby wadium zostało złożone w sposób nieprawidłowy, czego nie zrobił, lecz potwierdził prawidłowość złożenia dokumentów.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przepisem Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zasada ta oznacza zakaz ograniczania konkurencji w postępowaniu. Za przejaw zastosowania niniejszej zasady bezspornie nie można uznać odrzucenia jednej z dwóch złożonych ofert, z uwagi na zaniechania po stronie Zamawiającego, na które powołuje się przy odrzuceniu oferty, a polegające na przyjęciu przez osobę upoważnioną odbioru wadium w formie bezgotówkowej. Cena oferowana przez Odwołującego była zdecydowanie niższa aniżeli cena wykonawcy, który wygrał przetarg. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Oznacza to, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania – wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określoną grupę wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowaną pozycję.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 45 ust. 6 oraz 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) 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 2016 r. poz. 359 i 2260 oraz z r. poz. 1089).

Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

Stosownie do powyższych przepisów Zamawiający w rozdziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł następujące zapisy: „3. Wadium w formie pieniężnej należy wnieść przelewem na następujący numer rachunku bankowego: Gminy Kobierzyce, Al. Pałacowa 1, 55-040 Kobierzyce, konto bankowe BS Kobierzyce nr 82 9575 0004 0000 0130 2000 0380. 4. Wadium wpłacone na rachunek bankowy Zamawiającego powinno mieć adnotację nazwę przetargu i nr sprawy). Potwierdzenie wniesienia wadium (może to być kserokopia potwierdzona przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem) należy dołączyć do oferty. Wniesienie wadium w pieniądzu będzie skuteczne, jeżeli do wskazanego terminu znajdzie się ono na podanym rachunku bankowym Zamawiającego.”

W odwołaniu Odwołujący podkreśla, że dokonał wpłaty wadium we właściwej wysokości oraz formie, a także, że Zamawiający błędnie nie uznał jej za zasadną. Art. 45 ustawy Prawo zamówień publicznych poza formą (niewątpliwie forma pieniężna, w której dokonana została wpłata jest formą poprawną) wskazuje też wyraźnie, jaki ma być sposób dokonania wpłaty wnoszonej właśnie w formie pieniężnej. W myśl art. 45 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych „wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego”. Wniesienie wadium w terminie i wysokości określonej przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie kończy czynności sprawdzających Zamawiającego. Zamawiający sprawdza także, czy sposób wniesienia wadium był prawidłowy. W tym przypadku nie był. Wniesienie wadium w formie pieniężnej w kasie Zamawiającego nie jest bowiem prawidłowym sposobem zabezpieczenia oferty wykonawcy, a w związku z tym Zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty Odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego odrzucenie jego oferty nie było zbędnym formalizmem, lecz obowiązkiem wynikającym z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, które precyzyjnie wskazują, w jaki sposób należy wpłacać wadium w formie pieniądza, zwłaszcza że sposób wpłacenia wadium był dodatkowo szczegółowo opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W doktrynie wskazuje się, że oferta wykonawcy, który nie zabezpieczył jej za pomocą wadium w sposób prawidłowy, zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, będzie podlegać odrzuceniu. Podstawa wykluczenia wykonawcy opisana w wyżej wymienionym przepisie odnosi się również do przypadku, gdy wadium jest nieprawidłowo wniesione i z tego względu uznawane jest za niewniesione w rozumieniu przepisów ustawy. W art. 45 ust. 6

ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca wprost wskazał na formę i sposób wniesienia wadium. Wykluczeniu podlega wyłącznie wykonawca, który wadium nie wniósł lub wniósł je w niewłaściwej formie. Za formę, zgodnie z tym przepisem, należy uznać pieniądź i drogę, którą wadium wpłynęło na wskazane konto.

W orzecznictwie podkreśla się, że, jeżeli wadium wnoszone jest w formie pieniężnej, to nie ma być wpłacane gotówką, lecz w drodze przelewu na rachunek bankowy. Ustawodawca wyraźnie tu zastrzegł dla czynności wnoszenia wadium w pieniądzu formę rozliczenia bezgotówkowego poprzez przekazanie określonej kwoty z rachunku bankowego wnoszącego wadium na wskazany przez zamawiającego rachunek bankowy. Imperatywne brzmienie przepisu nie pozostawia wątpliwości co do zamiaru legislatora. Zastrzeżenie to należy uznać za celowy wybór ustawodawcy w procedurze zamówień publicznych, jeżeli się generalnie zważy na konieczność zachowania przy obrocie z udziałem jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych zasad legalizmu

i przejrzystości finansów wyrażających się także w zamiśle dopuszczania przedsiębiorców (wykonawców) nie ukrywających przepływów finansowych w swej działalności gospodarczej, tudzież przeciwdziałaniu zjawiskom tzw. prania brudnych pieniędzy lub pozostawiania w „szarej strefie”. W tej sytuacji, wniesienie wadium wrazonego w pieniądzu z uchybieniem art. 45 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, to znaczy z pominięciem bezgotówkowego sposobu, jakim jest przelew na rachunek bankowy zamawiającego, należy uznać za brak skutecznego wniesienia wadium. A skoro strona skarżąca postąpiła ściśle z literą prawa, tj. komentowanego art. 45 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie można przyjąć, że doszło do niezgodnego z prawem działania.” (zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 26 lutego 2015 r., III SA/Wr 886/14).

Powoływane przez Odwołującego orzeczenia dotyczą sytuacji, gdy wadium zostało wniesione w kasie banku, a nie kasie zamawiającego. Nie można stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wyrażanego w tamtej sprawie odnosić wprost do sytuacji zaistniałej na gruncie przedmiotowego postępowania. Sytuacje te są bowiem odmienne – inna jest bowiem ścieżka, jaką wpłacona suma wpłynęła na rachunek bankowy Zamawiającego i moment zarachowania wpłaty na rachunku bankowym Zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt KIO 743/17, w którym również uznała za prawidłowy sposób wniesienia wadium w formie pieniężnej w kasie banku jako przykład nieprawidłowego wniesienia wadium podała wpłacenie go w kasie zamawiającego.

Zamawiający podkreślił też, że w chwili otwarcia ofert kwota wadium nie była zdeponowana na rachunku bankowym Zamawiającego. Odwołujący w specyfikacji istotnych warunków zamówienia został w sposób wyraźny pouczony, w jaki sposób należy wnosić wadium. Zasady te obowiązywały wszystkich oferentów, a jednak Odwołujący się do nich nie zastosował. Przyjęcie wpłaty przez osobę w kasie Zamawiającego nie oznacza wpłaty terminowej na

rachunek Zamawiającego, a wpłata zdeponowanej kwoty na rachunek bankowy pozostawała w gestii Zamawiającego. Środki pieniężne, które każdego dnia wpłacane są gotówką w kasie Zamawiającego, dopiero po zakończeniu pracy kasy (tj. po godzinie 15) są wpłacane na rachunek bankowy Zamawiającego. Jest to stała praktyka Urzędu Gminy Kobierzyce. Tak więc w chwili otwarcia ofert na rachunku bankowym Zamawiającego nie była odnotowana taka wpłata. Z wydruku uzyskanego z systemu informatycznego Banku Spółdzielczego w Kobierzycach, w którym Zamawiający prowadzi rachunek, wynika, iż kwota 15.000 zł tytułem wadium na poczet przedmiotowego postępowania została wpłacona na rachunek Zamawiającego dopiero o godzinie 15.15

(w dniu 4 stycznia 2018 r.). Również ten fakt powinien być wzięty pod uwagę podczas badania zasadności odrzucenia oferty Odwołującego.

Niezrozumiałe są twierdzenia wykonawcy o tym, że podczas otwarcia ofert potwierdzono oraz zweryfikowano prawidłowość oraz kompletność złożonych ofert. Czynność otwarcia ofert nie ma takiego celu i nie jest to czas na badanie ofert. Członek komisji dokonujący otwarcia ofert z całą pewnością nie potwierdzał ich kompletności oraz prawidłowości pod kątem przesłanek odrzucenia oferty.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych ma obligatoryjny dla Zamawiającego charakter, a wprowadzony przez ustawodawcę w art. 45 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wymóg wpłaty wadium przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego, jeśli wykonawca wnosi wadium w pieniądzu, nie powinien podlegać interpretacji. Wprowadzenie takiego wymogu podyktowane było widocznym dążeniem ustawodawcy do zwiększenia transparentności dokonywanych transakcji finansowych i przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy i powinno być bezwzględnie respektowane przez wykonawców i zamawiających. W świetle art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec tak przejrzystych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jednoznacznych zapisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w trosce o zachowanie uczciwej konkurencji, Zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty Odwołującego.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła także, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny pomiędzy Stronami: termin składania ofert upłynął 4 stycznia o godzinie 11.00. Wadium zostało wpłacone przez Odwołującego wpłatą w kasie Zamawiającego w jego siedzibie 4 stycznia 2018 r.

w okolicach godziny 10:00 (na pewno przed godziną 11:00). Nie budzi też wątpliwości praktyka kasowa Zamawiającego, zgodnie z którą pieniądze wpłacone w kasie w gotówce następnie wpłacane są na jego rachunek bankowy po zamknięciu kasy o godz. 15.00 – jak wskazał Zamawiający, w przedmiotowym przypadku był to dzień 4 stycznia godzina 15:15.

Nie budzi również wątpliwości stan prawny:

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 45 ustawy Prawo zamówień publicznych: 1. Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

2. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium.

3. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

6. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

1) pieniądzu;

2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;

3) gwarancjach bankowych;

4) 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.

7. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

8. Wadium wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.

Art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

W rozdziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wymagania dotyczące wadium” (ust. 3 i 4) Zamawiający zawarł następujące postanowienia: „3. Wadium w formie pieniężnej należy wnieść przelewem na następujący numer rachunku bankowego: Gminy Kobierzyce, Al. Pałacowa 1, 55-040 Kobierzyce, konto bankowe BS Kobierzyce nr 82 9575 0004 0000 0130 2000 0380.

4. Wadium wpłacone na rachunek bankowy Zamawiającego powinno mieć adnotację nazwę przetargu i nr sprawy). Potwierdzenie wniesienia wadium (może to być kserokopia potwierdzona przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem) należy dołączyć do oferty. Wniesienie wadium w pieniądzu będzie skuteczne, jeżeli do wskazanego terminu znajdzie się ono na podanym rachunku bankowym Zamawiającego.”

Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych oferta podlega odrzuceniu nie tylko, jeżeli wadium nie zostało wniesione, lecz także, jeżeli zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Jest to więc wyraźne rozszerzenie przesłanki wykluczenia opisanej wcześniej w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych („nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3”) – czy też zwerbalizowanie istniejącej praktyki.

Niemniej jednak z treści ww. przepisu wynika jednoznacznie, że nie zawsze za kluczowy dla oceny poprawności wniesienia wadium można uznać fakt, że zamawiający ma wadium „w swojej dyspozycji”, ale że istotny jest także sposób jego wniesienia i, co do zasady, również uchybienia „formalne” w tym zakresie mogą być podstawą do odrzucenia oferty.

Drugą istotną dla rozstrzygnięcia kwestią jest, że każdy przepis ustawy Prawo zamówień publicznych powinien być interpretowany – a działanie i zaniechanie zamawiającego oceniane – poprzez pryzmat kluczowej zasady wskazanej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli uczciwej konkurencji (równe traktowanie wykonawców, przejrzystość, jawność itp. są również sposobami realizacji zasady uczciwej konkurencji).

W tym zakresie jednymi z najbardziej kluczowych elementów są postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co było wielokrotnie podkreślane w orzecznictwie, m.in. Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, por. np. postanowienie z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex: „W tym względzie należy po pierwsze przypomnieć, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który wprost wynika z rzeczonyj zasady, ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą

weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36). Trybunał orzekł również, że zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (zob. podobnie wyroki: z dnia 9 lutego 2006 r., *La Cascina i in.*, C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 32; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 37).”

Takie same zasady dotyczą wszystkich aspektów oceny wykonawców i ich ofert, a więc wykluczenia z udziału w postępowaniu, odrzucenia ofert, wyjaśniania i poprawiania ofert itd., także więc wniesienia wadium.

W rozdziale VIII ust. 3 i 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał jednoznacznie, że wadium w formie pieniężnej należy wnieść przelewem na wskazany rachunek bankowy, zaznaczając dodatkowo, że wniesienie wadium w pieniądzu będzie skuteczne, jeżeli do wskazanego terminu znajdzie się ono na podanym rachunku bankowym Zamawiającego.

Wobec wyraźnego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że wniesienie wadium w pieniądzu będzie skuteczne, jeżeli do wskazanego terminu (składania ofert) znajdzie się ono na podanym rachunku bankowym Zamawiającego, oraz konieczności stosowania się do ustanowionych warunków przetargu, nie można uznać za skuteczne wniesienia wadium przed uznaniem kwoty wadium przez rachunek bankowy Zamawiającego (co nastąpiło dopiero kilka godzin po upływie terminu składania ofert). Zaprzeczałoby to bowiem wyraźnie zasadzie, zgodnie z którą wszyscy wykonawcy powinni być poddani tym samym rygorom i w taki sam sposób oceniani, zgodnie z wcześniej wskazanymi zasadami.

Jak podkreślał Przystępujący, ze względu na niedogodności obsługi bankowej banku Zamawiającego (dłuższy czas dotarcia środków na rachunek niż w dużych bankach), on również musiał z odpowiednim wyprzedzeniem dokonać przelewu, aby wadium na pewno znalazło się na rachunku bankowym Zamawiającego w wyznaczonym terminie. Tym samym musiał odpowiednio wcześniej przygotować ofertę (a przynajmniej tę jej część, która jest związana z wpłatą wadium). W tym kontekście wpłacenie więc gotówki w kasie Zamawiającego można uznać niejako za częściowe przedłużenie sobie terminu na składanie ofert (jej części związanej z wpłatą wadium Odwołujący mógł dokonać później niż wykonawcy stosujący się do reguł specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Jednocześnie w takiej

samej sytuacji inny wykonawca, który trzymałby się wyznaczonych reguł (dokonania przelewu bankowego) mógłby w ogóle zrezygnować ze złożenia oferty – byłoby to niecelowe ze względu na konieczność jej odrzucenia, jeśli wadium wpłynęłoby na rachunek bankowy Zamawiającego po wyznaczonym terminie.

W ocenie Izby nie można zaakceptować takiego odstępstwa od reguł wyznaczonych postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W kontekście niniejszej sprawy można także przywołać pogląd wyrażony przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s.: „W zakresie dotyczącym art. 2 dyrektywy 2004/18 [zasada uczciwej konkurencji] należy przypomnieć, że jednym z głównych celów zasad prawa Unii z dziedziny zamówień publicznych jest zapewnienie swobodnego przepływu usług i otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. W celu osiągnięcia tego podwójnego celu prawo Unii stosuje w szczególności zasadę równego traktowania oferentów oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości (...) Co się tyczy obowiązku przejrzystości, ma on zasadniczo na celu wyłączenie ryzyka faworyzowania i arbitralności ze strony instytucji zamawiającej (...). W zakresie udzielania zamówień art. 2 dyrektywy 2004/18 wymaga, by instytucje zamawiające dochowały tych samych zasad i obowiązków. (...) Ponadto, z art. 2, pozostałych przepisów dyrektywy 2004/18, zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie wynika, aby we wskazanej sytuacji instytucja zamawiająca była zobowiązana do skontaktowania się z danym kandydatem. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakiegokolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązkowi dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo, jak inni kandydaci.”

W powyższym poglądzie, oprócz powtórzenia kwestii związanych z równością traktowania wykonawców, na uwagę zasługuje zasada wskazana przez Trybunał – to na wykonawcach spoczywa obowiązek dochowania staranności przy formułowaniu (składaniu) oferty – w każdym jej zakresie (nie tylko treści, o której mowa w wyroku, ale i innych kwestii, jak wadium, prawidłowe podpisy itd.).

Rzeczą powszechnie znaną i wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jest, że warunki merytoryczne i formalne dotyczące składania ofert wskazywane są w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Te w spornym zakresie były jasne i precyzyjne. Nie mogą więc być kluczowe w niniejszej sprawie informacje udzielane przez kasjerkę (która notabene na przyszłość powinna zostać przez Zamawiającego

w tym zakresie przeszkolona) i które nie mogą zmieniać postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na marginesie – co do czynności otwarcia ofert: jej istotą jest oficjalne wprowadzenie złożonych ofert do postępowania oraz, oczywiście, poinformowanie o złożonych ofertach osoby zainteresowane, które mogą w tym otwarciu uczestniczyć. Zamawiający podaje też pewne informacje dotyczące ofert, np. zaoferowane ceny. Jeśli ma taką praktykę, może np. przeliczyć karty lub zewidencjonować złożone dokumenty. Jednak są to tylko czynności wstępne, a samo badanie ofert pod względem ich poprawności odbywa się już niepublicznie, w trakcie późniejszych czynności. Zamawiający też nie od razu może być w stanie zauważyć wszystkie błędy i odpowiednio je zakwalifikować pod względem prawnym. Tym samym znaczenie prawne w tym zakresie ma dopiero jego informacja o odrzuceniu oferty.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: