

Sygn. akt KIO/UZP 942/09

WYROK
z dnia 31 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Majstrowicz

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Luiza Łamejko

Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pana Jana Witolda Ptaka prowadzącego działalność pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych i c.o. (lider konsorcjum), 26 - 070 Łopuszno, ul. Przedborska 4A, Włodzimierza i Barbarę Sieśkiewicz prowadzących działalność pod nazwą „BRUKBUD”, 25- 637 Kielce, ul. Dewońska 13/39** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Włoszczowa, 29-100 Włoszczowa, ul. Partyzantów 14** protestu z dnia **15 czerwca 2009 r.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz powtórzenie oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pana Jana Witolda Ptaka prowadzącego działalność pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych i c.o. (lider konsorcjum), 26 - 070 Łopuszno, ul. Przedborska 4A, Włodzimierza i Barbarę Sieśkiewicz prowadzących działalność pod nazwą „BRUKBUD”, 25- 637 Kielce, ul. Dewońska 13/39

2. Kosztami postępowania obciąża Gmina Włoszczowa, 29-100 Włoszczowa, ul. Partyzantów 14

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pana Jana Witolda Ptaka prowadzącego działalność pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych i c.o. (lider konsorcjum), 26 - 070 Łopuszno, ul. Przedborska 4A, Włodzimierza i Barbarę Sieńkiewicz prowadzących działalność pod nazwą „BRUKBUD”, 25- 637 Kielce, ul. Dewońska 13/39**

2) dokonać wpłaty kwoty **8 420 zł 84 gr** (słownie: osiem tysięcy czterysta dwadzieścia złotych osiemdziesiąt cztery groszy) przez **Gminę Włoszczowa, 29-100 Włoszczowa, ul. Partyzantów 14** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pana Jana Witolda Ptaka prowadzącego działalność pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych i c.o. (lider konsorcjum), 26 - 070 Łopuszno, ul. Przedborska 4A, Włodzimierza i Barbarę Sieńkiewicz prowadzących działalność pod nazwą „BRUKBUD”, 25- 637 Kielce, ul. Dewońska 13/39** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia i kosztów dojazdu pełnomocnika oraz uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa

3) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pana Jana Witolda Ptaka prowadzącego działalność pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych i c.o. (lider konsorcjum), 26 - 070 Łopuszno, ul. Przedborska 4A, Włodzimierza i Barbarę Sieńkiewicz prowadzących działalność pod nazwą „BRUKBUD”, 25- 637 Kielce, ul. Dewońska 13/39**

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Włoszczowa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą "Przebudowa dróg gminnych wraz z wybudowaniem infrastruktury towarzyszącej ulice: Śliska, Konopnickiej i Nowa we Włoszczowie" na podstawie ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 maja 2009 r. pod pozycją 144726.

Zamawiający w dniu 10 czerwca 2009 r. powiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pana Jana Witolda Ptaka prowadzącego działalność pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych i c.o. (lider konsorcjum), 26 - 070 Łopuszno, ul. Przedborska 4A, Włodzimierza i Barbarę Sieśkiewicz prowadzących działalność pod nazwą „BRUKBUD” (zwanych dalej wykonawcą) o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu ich oferty jako niezgodnej z ustawą na podstawie art.89 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655, z późn.zm.), zwanej dalej ustawą.

W dniu 15 czerwca 2009 r. wykonawca ten wniósł protest na czynność wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty z powodu nie wniesienia wadium przelewem na rachunek zamawiającego, lecz poprzez bezpośrednią wpłatę na rachunek bankowy Zamawiającego. Ww. czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 7 ust.1 i 3 , art. 45 ust.7, art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy. W proteście zażądał ponownej oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu oraz wyboru oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu podniósł, iż Zamawiający błędnie interpretuje przepis art.45 ust.7 ustawy, gdyż wniesienie wadium w pieniądzu polega na przekazaniu do dyspozycji Zamawiającego oznaczonej kwoty pieniężnej. Stwierdził, iż pomimo ustawowego obowiązku wniesienia wadium przelewem, ustawa nie przewiduje sankcji w przypadku, gdy wadium zostanie wpłacone wprost na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego. Wykluczeniu podlega wyłącznie wykonawca, który nie wniósł wadium lub wniósł je w niewłaściwej formie. Za formę należy zgodnie z ust. 5 uznać należy uznać formę pieniężną, nie zaś drogę, którą wadium wpłynęło na wskazane konto.

Powołał się na „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” Małgorzaty Stachowiak, Jarosława Jerzykowskiego, Włodzimierza Dzierżanowskiego oraz wyrok KIO z dnia 14 lipca

o sygn. akt KIO/UZP 663/08, wyrok KIO z 13 lutego 2009 r. o sygn. KIO/UZP 140/09 potwierdzających jego stanowisko w sprawie.

Pismem z dnia 24 czerwca 2009 r., które wpłynęło do wykonawcy w dniu 26 czerwca 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. W uzasadnieniu jako podstawę odrzucenia oferty wskazał art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy tj. niezgodności oferty z ustawą. Wykonawca wniósł wadium w formie wpłaty gotówkowej, co w ocenie Zamawiającego jest sprzeczne z art. 45 ust.7 ustawy przewidującym wpłatę wadium przelewem. Fakt wpłaty wadium w formie gotówkowej został potwierdzony przez bank prowadzący rachunek bankowy Zamawiającego. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu stwierdził, iż ciąży na nim obowiązek przestrzegania zakazu wpłacania przez wykonawców wadium w gotówce pieniężnej.

Wykonawca w dniu 30 czerwca 2009 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 i 3, art. 45 ust.7, art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy poprzez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego. W odwołaniu wskazał, iż wniósł wadium we właściwej formie na rachunek bankowy Zamawiającego. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu sygn. akt X Ga 260/08 r. oraz wyrok KIO z dnia 14 lipca o sygn. akt KIO/UZP 663/08, wyrok KIO z 13 lutego 2009 r. o sygn. KIO/UZP140/09 potwierdzających jego stanowisko w sprawie. W związku z powyższym zażądał nakazania Zamawiającemu ponownej oceny ofert, wyboru oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej oraz obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odnośnie interesu prawnego odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy, ponieważ potwierdził się zarzut dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego

w sytuacji, gdy oferta odwołującego zawiera cenę niższą od oferty wybranej jako najkorzystniejsza, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 10 tysięcy złotych w formach wskazanych w art. 45 ust.6 ustawy tj. pieniądzu, poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, 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 2007 r. Nr 42, poz. 275). W rozdz. XXI 1.2 siwz wskazał, iż „wadium w formie pieniężnej należy wnieść na rachunek bankowy Zamawiającego – konto Urzędu Gminy Włoszczowa, ul. Partyzantów 14,29-100 Włoszczowa w banku PKO BP Oddział I we Włoszczowe Nr 77 1020 2733 0000 2502 003 9834 z dopiskiem projekt - dokumentacja remont ul. Młynarskiej”. Pkt 1.5 rozdz. XXI siwz przewidywał, iż „wadium powinno być wniesione najpóźniej do wyznaczonego terminu składania ofert tj. do dnia 2 czerwca 2009 r. do godz. 9.00. Wniesienie wadium w pieniądzu będzie skuteczne, jeżeli w podanym terminie znajdzie się na rachunku bankowym Zamawiającego.”

Bezsporny między stronami był fakt dokonania wpłaty wadium w formie pieniężnej na rachunek bankowy zamawiającego podany w siwz w dniu 2 czerwca 2009 r. Potwierdzał to zarówno dowód wpłaty gotówkowej złożony przez Odwołującego na rozprawie oraz oświadczenie pełnomocnika Zamawiającego, iż wymagana kwota pieniężna jako wadium wpłynęła na rachunek Zamawiającego przed otwarciem ofert.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art.89 ust.1 pkt 1 ustawy uznając, iż jest ona niezgodna z ustawą z powodu faktu wpłaty wadium wnoszonego w pieniądzu bezpośrednio na rachunek bankowy Zamawiającego bez dokonywania przelewu. Dowód wpłaty wadium nie stanowi oferty.

Izba uznała, iż nie dokonanie przelewu na rachunek bankowy Zamawiającego, zaś dokonanie wpłaty gotówki w banku zamawiającego na jego rachunek bankowy wskazany w siwz, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty z powodu niezgodności oferty z ustawą. Oferta złożona przez Odwołującego została bowiem zabezpieczona wniesionym przez niego wadium. Rachunek bankowy Zamawiającego został uznany kwotą 10 tysięcy

złotych, a pieniądze zaksięgowane na jego koncie przed upływem terminu składania ofert. Cel wniesienia wadium został więc osiągnięty, gdyż pozostawanie wadium w dyspozycji Zamawiającego umożliwi mu zatrzymanie wadium w przypadkach określonych w art.46 ust.4 a i ust.5 ustawy. Wykonawca ten nie podlega także wykluczeniu na podstawie art.24 ust.2 pkt 4, gdyż wniósł wadium w formie wymaganej przez zamawiającego zgodnie z postanowieniami siwz.

W związku z powyższym Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego naruszył art.89 ust.1 pkt 1 oraz art.7 ustawy.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego i stwierdziła, iż nie naruszył on art. 45 ust.7 ustawy. Dyspozycja tego przepisu stwarza bowiem obowiązek dla wykonawcy, w przypadku wnoszenia przez niego wadium w pieniądzu, wpłacenia kwoty wadium przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego. Ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych nie przewidział jednak sankcji za jego niewypełnienie. W ocenie składu orzekającego w przedmiotowej sprawie w kontekście zapisu pkt 1.5 rozdz. XXI siwz stanowiącego, iż „wniesienie wadium w pieniądzu będzie skuteczne, jeżeli w podanym terminie znajdzie się na rachunku bankowym Zamawiającego” nie można uznać wpłaty dokonanej przed odwołującym w banku Zamawiającego na jego rachunek zgodnie z siwz, za przypadek nie wniesienia wadium przez odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art.191 ust. 1a oraz ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł, koszty dojazdu w kwocie 227,34 zł, oraz koszty uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 19,50 zł (17 zł opłata skarbową, 2,50 zł koszt jej uiszczenia) na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.). Zgodnie z ww. rozporządzeniem kosztami postępowania odwoławczego są uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, a więc także koszty dojazdu pełnomocnika oraz koszty poniesienia przez niego opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Urzędu Zamówień Publicznych do **Sądu Okręgowego w Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....