

Sygn. akt KIO/UZP 407/09

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jan Dziedzic prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi konne. Zrywka i wywóz drewna. Prace kompleksowe w lesie, Cisiec, ul. Prymasa St. Wyszyńskiego 72, 34–350 Węgierska Góra (pełnomocnik konsorcjum), Marek Żółty prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „LASMAR” Leśne Usługi Kompleksowe, Andrzej Wojtas prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne „REMB-LAS”, Adam Filary prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kompleksowe usługi leśne** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Jeleśnia, ul. Żywiecka 35, 34–340 Jeleśnia** protestu z dnia 16 marca 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jan Dziedzic prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi konne. Zrywka i wywóz drewna. Prace kompleksowe w lesie, Cisiec, ul. Prymasa St.

Wyszyńskiego 72, 34–350 Węgierska Góra (pełnomocnik konsorcjum), Marek Żółty prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „LASMAR” Leśne Usługi Kompleksowe, Andrzej Wojtas prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne „REMB–LAS”, Adam Filary prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kompleksowe usługi leśne 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 uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jan Dzedzic prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi konne. Zrywka i wywóz drewna. Prace kompleksowe w lesie, Cisiec, ul. Prymasa St. Wyszyńskiego 72, 34–350 Węgierska Góra (pełnomocnik konsorcjum), Marek Żółty prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „LASMAR” Leśne Usługi Kompleksowe, Andrzej Wojtas prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne „REMB–LAS”, Adam Filary prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kompleksowe usługi leśne,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **XXX**,~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jan Dzedzic prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi konne. Zrywka i wywóz drewna. Prace kompleksowe w lesie, Cisiec, ul. Prymasa St. Wyszyńskiego 72, 34–350 Węgierska Góra (pełnomocnik konsorcjum), Marek Żółty prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „LASMAR” Leśne Usługi Kompleksowe, Andrzej Wojtas prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne „REMB–LAS”, Adam Filary prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kompleksowe usługi leśne.**

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „usługi leśne w trzech kwartałach w roku 2009”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 stycznia 2009 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2009/S 16-022927.

W dniu 16 marca 2009 r. Konsorcjum: Usługi Leśne Franciszek Wojtas, Usługi Leśne Jan Wojtas, Usługi Leśne Grzegorz Wojtas, „Świerk” Adam Maciejowski, „DĄB” Usługi Leśne Józef Sobel (dalej Konsorcjum) wniosło protest wobec czynności odrzucenia jego oferty, w zakresie części nr 3 zamówienia. W uzasadnieniu Konsorcjum podniosło, iż odrzucenie oferty z powodu wniesienia wadium w formie wpłaty gotówki na wskazane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) konto bankowe Zamawiającego, zamiast przelewem, nie znajduje oparcia w przepisach prawa, gdyż należne wadium zostało uiszczone w wymaganym terminie, a zmiana formy wpłaty nie wyczerpuje znamion art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.). Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 663/08), który to wyrok Sąd Okręgowy we Wrocławiu utrzymał w mocy (sygn. akt X Ga 260/08). W tej sytuacji należy uznać, że Konsorcjum złożyło najkorzystniejszą ofertę.

Do postępowania toczącego się w wyniku protestu, zgłosiło przystąpienie, w dniu 18 marca 2009 r., Konsorcjum: Jan Dziedzic Usługi Konne. Zrywka i Wywóz Drewna. Prace Kompleksowe w Lesie, Marek Żółty „LASMAR” Leśne Usługi Kompleksowe, Andrzej Wojtas Usługi Leśne „REMB-LAS”, Adam Filary Kompleksowe Usługi Leśne (dalej Odwołujący się), z żądaniem oddalenia protestu. Odwołujący się podniósł, iż zgodnie z art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu wadium zostało wpłacone, jednakże gotówką. W tej sytuacji za prawidłowe należy uznać stanowisko Zamawiającego (biorąc pod uwagę regulacje zawarte w ustawie Pzp oraz postanowienia SIWZ) w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 18 marca 2009 r. Zamawiający uwzględnił protest, wskazując, że zgodnie z treścią art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy zamawiającego, natomiast zgodnie z art. 63 ust. 3 pkt.1 i art. 63c ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zm.), przelew jest formą obrotu bezgotówkowego, polegającego na obciążeniu jednego

rachunku określoną kwotą i uznaniu tą kwotą rachunku wskazanego.

W dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO /UZP 79/08, KIO /UZP 8/08), przeważał jednoznaczny pogląd, iż jakakolwiek inna forma wpłaty wadium w formie pieniężnej niż przelew, jest niezgodna z art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, co potwierdziło również późniejsze orzecznictwo sądowe. Z podanych orzeczeń wynika, iż Krajowa Izba Odwoławcza traktowała wadium źle wpłacone na równi z niewniesionym, co skutkowało odrzucaniem ofert.

Zatem nie znajduje potwierdzenia zarzut podnoszony przez Konsorcjum, jakoby wadium wpłacone w kasie banku na rachunek zamawiającego było wpłatą prawidłową. Ponadto powoływany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej został poddany krytyce m.in. przez przedstawicieli Instytutu Zamówień Publicznych oraz Fundacji Batorego.

Jedyną okolicznością w sprawie przemawiającą za uwzględnieniem - w drodze wyjątku - protestu jest fakt, iż ustawodawca wprowadzając obowiązek wpłaty wadium w pieniądzu w formie przelewu (obrotu bezgotówkowego) nie przewidział wyraźnej sankcji za jego nieprzestrzeganie, a wobec niekonsekwentnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz obowiązujących standardów rozpatrywania wątpliwości na korzyść strony, Zamawiający postanowił protest uwzględnić.

W dniu 27 marca 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 45 ust. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i w zw. z art. 183 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu: dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum i wybór oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej. Odwołujący się podniósł, iż zgodnie z art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Identyczna regulacja co do zasad wpłaty wadium wnoszonego w pieniądzu została określona przez Zamawiającego w SIWZ (pkt. 11 ppkt. c).

Natomiast ustawa Prawo bankowe w art. 63 ust. 2 i 3 wskazuje, że rozliczenia gotówkowe przeprowadza się m.in. poprzez wpłatę gotówki na rachunek wierzyciela, a rozliczenia bezgotówkowe przeprowadza się m.in. poprzez polecenie przelewu. Tym samym, wpłata gotówkowa i przelew zostały wyraźnie rozróżnione i zaliczone do innych rodzajów rozliczeń w rozumieniu wyżej wskazanej ustawy.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Mając na uwadze wskazaną regulację, zdaniem Odwołującego się, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum, co też Zamawiający pierwotnie uczynił.

Ponadto Odwołujący się zauważa, iż w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przeważa jednoznaczny pogląd, iż jakakolwiek inna forma wpłaty wadium w pieniądzu niż przelew jest niezgodna z art. 45 ust. 7 ustawy Pzp (sygn. KIO/UZP 79/08, KIO/UZP/81/08).

Natomiast w wyroku z dnia 14 lipca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 663/08) Krajowa Izba Odwoławcza ponownie stwierdziła, iż art. 45 ust. 7 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje na obowiązek bezgotówkowego rozliczenia wadium w drodze przelewu bankowego oraz wyklucza możliwość dokonywania wpłat gotówkowych na rachunek zamawiającego, przy czym nieistotne jest, czy wpłata dokonywana byłaby w kasie banku prowadzącego rachunek zamawiającego, czy też innego banku. W powyższym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej stwierdziła ponadto, iż powyższe uchybienie nie może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, jednakże czynność dokonania wpłaty wadium w sposób inny niż określony przepisem art. 45 ust. 7 ustawy Pzp powinna być rozważana w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako niezgodność oferty z przepisami ustawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń strony złożonych na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Bezspornym w niniejszej sprawie jest fakt, iż wadium zostało wniesione przez Konsorcjum w pieniądzu, przez dokonanie wpłaty w kasie banku na rachunek bankowy Zamawiającego. Zamawiający uznał, iż w tych okolicznościach, biorąc pod uwagę postanowienie pkt 11 ppkt c SIWZ, zgodnie z którym wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego, oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu, gdyż oferent wniósł wymagane wadium niezgodnie ze wskazanym postanowieniem SIWZ (pismo z dnia 13 marca 2009 r.). Na skutek uwzględnienia protestu Konsorcjum, Zamawiający wycofał się ze swojego stanowiska, aczkolwiek zwrócił uwagę, iż sposób dokonania wpłaty wadium, w świetle art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, nie jest prawidłowy, jednakże brak sankcji za jego naruszenie.

W opinii Odwołującego się, sposób wniesienia wadium przez Konsorcjum, stanowi przekroczenie normy zawartej w przepisie art. 45 ust. 7 ustawy Pzp i skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zatem, w pierwszej kolejności należy rozważyć, czy dokonanie wpłaty pieniędzy za pośrednictwem banku (w kasie banku) na rachunek bankowy Zamawiającego, znajduje oparcie w przepisie art. 45 ust. 7 ustawy Pzp. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Wykładania gramatyczna

przedmiotowego przepisu nie pozwala na stwierdzenie, iż pojęcie przelew jest tożsame z instytucją Prawa bankowego, o której mowa w art. 63 ust. 3 pkt 1. Prawo bankowe posługuje się bowiem pojęciem „polecenia przelewu”. Przyjmując więc racjonalność ustawodawcy, należy uwzględnić fakt, że w przepisie art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, brak bezpośredniego odwołania się do wskazanego przepisu Prawa bankowego, czy też do wspomnianej instytucji Prawa bankowego. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, gdyby ustawodawca chciał ograniczyć sposób dokonywania wpłaty pieniędzy na poczet wadium tylko do instytucji polecenia przelewu, z pewnością by to uczynił. Ponadto utożsamianie pojęcia „przelewu”, o którym mowa w przepisie art. 45 ust. 7 ustawy Pzp z „poleceniem przelewu” jest nieuzasadnione również z tego względu, że polecenie przelewu dotyczy rozliczeń pieniężnych przeprowadzanych za pośrednictwem banków, co z kolei ograniczałoby krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, a wnoszących wadium w pieniądzu, tylko do tych, którzy posiadają rachunek bankowy. Nie sposób zatem uznać, iż intencją ustawodawcy było ograniczenie liczby wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie, ze względu na sposób wnoszenia wadium w pieniądzu, biorąc pod uwagę generalną zasadę obowiązującą w Prawie zamówień publicznych, a mianowicie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Przyjęcie takiej wykładni jest tym bardziej niedopuszczalne, że nie każdy wykonawca w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, ma obowiązek posiadania konta. Wystarczy w tym miejscu chociażby wskazać, iż zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r., nr 155, poz. 1095 ze zm.), przedsiębiorca ma obowiązek dokonywania lub przyjmowania płatności związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą, jedynie w okolicznościach wskazanych w tym przepisie.

W związku z powyższym, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż niezbędne jest zastosowanie wykładni celowościowej, a co za tym idzie przyjęcie, że pieniądze na poczet wadium należy wpłacić na konto Zamawiającego. Powyższa operacja następuje więc bez udziału zamawiającego i obciąża jedynie wykonawcę. 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 żadnego znaczenia. Istotne jest bowiem to, iż wadium zostało wniesione w formie, która została dopuszczona na mocy przepisu art. 45 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Sposób przekazywania pieniędzy na poczet wadium nie może dyskwalifikować oferty. Z całą stanowczością należy bowiem podkreślić, iż nie ma on wpływu na skuteczność zabezpieczenia roszczeń zamawiającego. Cel ustanowienia wadium w żaden sposób nie zostanie naruszony.

Stwierdzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą, że zarzut naruszenia przepisu art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, nie znalazł potwierdzenia powoduje, iż zarzut naruszenia przepisu art. 89

ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp staje się bezprzedmiotowy. Niezależnie od powyższego zarzut ten, podobnie jak zarzut naruszenia przepisu art. 183 ustawy Pzp, nie podlega rozpatrzeniu, na podstawie przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp. Wymogiem ustawodawcy jest bowiem, aby orzekać jedynie co do zarzutów, które były zawarte w proteście. Skoro, zarówno protest, jak i przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu należy traktować jako równoprawne środki ochrony prawnej (wykonawca dokonuje wyboru w przedmiocie wniesienia środka ochrony prawnej), to rygor orzekania co do zarzutów, które były przedmiotem protestu należy odnosić również do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*