

Sygn. akt: KIO/UZP 1413/08

WYROK
z dnia 18 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Luiza Łamejko
Anna Packo

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 18 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ekośrodowisko Sp. z o. o., Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów ul. Smolenia 35, 41-902 Bytom** protestu ~~protestów~~* z dnia 14 listopada 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Ekośrodowisko Sp. z o. o., Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Ekośrodowisko Sp. z o. o., Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Ekośrodowisko Sp. z o. o., Cyryla i Metodego 50, 41909 Bytom na rzecz Gminy Bytom – Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Bytom, Miejski Zarząd Dróg i Mostów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest zimowe utrzymanie oraz oczyszczanie pasów drogowych i terenów zieleni miasta Bytomia w sezonie 2008/2009.

Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 8.09.2008 roku pod numerem 235953-2008.

Zamówienie zostało podzielone na osiem zadań, z którym każda obejmuje inny obszar (rejon) objęty zakresem zamówienia.

W dniu 17 listopada 2008 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej dla każdego z zadań, w tym dla zadania IV za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez Zakład Robót Drogowych i Terenów Zielonych Sp. z o.o.

W dniu 24 listopada 2008 roku, Wykonawca - Ekośrodowisko Sp. z o.o., zwane dalej Odwołującym, po zapoznaniu się z treścią ofert wybranych w zadaniach I, III, IV, VIII złożył protest, w którym zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy - przez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - przez zaniechanie wykluczenia Zakładu Robót Drogowych i Terenów Zielonych Spółka z o.o. z postępowania ze względu na brak wniesienia wadium;
3. art. 45 ust. 7 ustawy w związku z pkt IX.4. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz) - przez dopuszczenie możliwości gotówkowego wniesienia wadium;
4. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - przez zaniechanie unieważnienia postępowania obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zakład Robót Drogowych i Terenów Zielonych Spółka z o.o. zgodnie z „potwierdzeniem operacji w kasie”, zamieszczonym na stronie 26 oferty wniósł w dniu 20 października 2008 roku wadium w kwocie 10 000 zł przez wpłatę środków pieniężnych w gotówce bezpośrednio na konto Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że ustawodawca w art. 45 ust. 6 i 7 ustawy dopuszcza wniesienie wadium w jednej lub kilku formach, a w przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu wymaga aby daną kwotę wpłacić przelewem na rachunek bankowy. Wskazał, że operacja przelewu jest operacją, którą prawo bankowe odróżnia od wpłaty gotówkowej na konto. Wpłatą gotówkową jest czynność polegająca na wniesieniu określonej liczby środków pieniężnych na konto beneficjenta, zaś przelew to dyspozycja dłużnika obciążenia jego rachunku kwotą i uznania tą kwotą rachunku wierzyciela. W ocenie Odwołującego dokonanie czynności wpłaty wadium przez jego wpłatę bezpośrednio na konto tj. bez zachowania formy wymaganej przepisami ustawy jest równoznaczne z zaniechaniem tej czynności i winno skutkować wykluczeniem Wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, gdyż oferta na zadanie 4 nie jest zabezpieczona wadium.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w pkt IX.4 siwz określił błędną formę wniesienia wadium bowiem określił, że wadium wniesione w pieniądzu należy wpłacić na rachunek bankowy. Ponieważ Zamawiający już w siwz naruszył dyspozycję art. 45 ust. 7 ustawy, to w ocenie Odwołującego słusznym jest wniosek o unieważnienie postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Wobec konieczności wykluczenia Zakładu Robót Drogowych i Terenów Zielonych Spółka z o.o. aktualizuje się obowiązek unieważnienia postępowania, gdyż na skutek błędu Zamawiającego wykonawcy zmuszeni są ponosić negatywne konsekwencje działań wykonanych zgodnie z siwz, zatem naruszenie art. 45 ust. 7 ustawy miało wpływ na wynik postępowania. Odwołujący przywołał na poparcie swojego stanowiska treść wyroku z dnia 15 lutego 2008 roku KIO/UZP 79/08.

Do postępowania protestacyjnego na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.11.2008 roku, w dniu 28.11.2008 zgłosił swoje przystąpienie Zakład Robót Drogowych i Terenów Zielonych Spółka z o.o., wnosząc o oddalenie protestu.

W dniu 1 grudnia 2008 roku, Zamawiający oddalił protest i wskazał, że w pkt IX.3 siwz podał formy wniesienia wadium, zgodne z treścią art. 45 ust. 6 ustawy. W pkt 4 siwz posłużył się pojęciem, wadium powinno być „włacone”, które to pojęcie użyte zostało zamiennie z pojęciem „wniesione”, co jest zgodne z treścią art. 45 ust. 7, który mówi o wpłacie wadium. Zamawiający, odwołując się do celu jakiego ma służyć wadium, wskazał, że wymagana kwota wadium na zadanie IV została wpłacona na konto Zamawiającego w pełnej kwocie w terminie przez niego wyznaczonym a niezachowanie wymaganej formy wniesienia wadium nie może skutkować wykluczeniem Wykonawcy. Na poparcie swoich twierdzeń przywołał wyrok KIO/UZP/663/08. W ocenie Zamawiającego nie zachodzi w tym przypadku również konieczność unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy, bowiem po pierwsze wskazana wadą nie jest wadą nieusuwalną samego postępowania, która powodowałaby nieważność umowy a po drugie nie zachodzi związek przyczynowy pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia umowy.

Co do zarzutu dotyczącego postanowień pkt IX. 4 siwz Zamawiający uznał, że w tej części protest powinien zostać odrzucony jako wniesiony po terminie.

Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego złożył w dniu 4 grudnia 2008 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty zawarte w proteście i wnosząc o:

1. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty na zadanie nr IV,
2. nakazanie wykluczenia Wykonawcy Zakład Robót Drogowych i Terenów Zielonych Spółka z o. o., jako Wykonawcy który nie zabezpieczył oferty wadium dla zadania nr IV.
3. nakazanie odrzucenia oferty złożonej na zadanie nr IV przez Zakład Robót Drogowych i Terenów Zielonych Spółka z o.o., jako oferty złożonej przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
4. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych na zadanie nr IV, oraz ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

ewentualnie

nakazanie unieważnienia postępowania, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Polemizując ze stanowiskiem Zamawiającego wskazał, że czynność wniesienia wadium podlega wartościowaniu w oparciu o art. 73 § 2 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jeśli ustawa zastrzega dla czynności prawnej inną formę szczególną, czynność dokonana bez zachowania tej formy jest nieważna. Podniósł także, iż dopiero w dacie udostępnienia ofert był w stanie stwierdzić, że na skutek wadliwej treści siwz doszło do powstania negatywnych konsekwencji w stosunku do jednego z Wykonawców, zatem zarzut został złożony w terminie.

Odwołujący wskazał także na naruszenie art. 182 ust. 1 ustawy - przez zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Skład orzekający Izby dopuścił dowody z dokumentacji postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium przez Zakład Robót Drogowych i Terenów Zielonych Spółka z o.o., po wysłuchaniu w trakcie rozprawy stron postępowania ustalił i zważył co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, który złożył ofertę na zadanie IV, objęte przedmiotowym zamówieniem i który w przypadku potwierdzenia się zarzutów zgłoszonych pod adresem oferty uznanej za najkorzystniejszą w zadaniu IV ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy.

W dziale IX siwz p.n. Wymagania dotyczące wadium oraz w sekcji III. 1.1 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił, że Wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu winni wnieść wadium, które dla zadania IV – Śródmieście Zachód zostało ustalone w wysokości 10 000 zł.

Jednocześnie w pkt 3 działu IX siwz Zamawiający określił, że wadium może być wniesione w jednej lub kilku formach:

- pieniądzu;
- poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczynie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- gwarancjach bankowych;
- gwarancjach ubezpieczeniowych;

- poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 roku o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. Nr 109, poz. 11 58, ze zmianami).

Zamawiający określił także, że wadium wniesione w pieniądzu należy wpłacić na rachunek bankowy zamawiającego: 43 1560 0049 0000 9030 0026 9731 w terminie zapewniającym jego wpływ do czasu złożenia oferty z dopiskiem „Wadium na zimowe utrzymanie oraz oczyszczanie pasów drogowych i terenów zieleni miasta Bytomia w sezonie 2008/2009 w zadaniu (Rejonie) nr ... „

Skład orzekający Izby ustalił, że termin składania ofert został wyznaczony na dzień 20.10.2008 roku na godz. 10.00.

Wykonawca - Zakład Robót Drogowych i Terenów Zielonych Sp. z o.o., przystępując do udziału w postępowaniu dla zadania nr 4 wniósł wadium w wysokości 10 000 zł przez wpłatę gotówkową w kasie Getin Bank S.A. Oddział w Bytomiu na konto wskazane przez Zamawiającego w siwz i ogłoszeniu. Potwierdzeniem dokonania tej operacji w dniu 20.10.2008 roku o godzinie 8:14 jest dokument zamieszczony na stronie 26 oferty Zakładu Robót Drogowych i Terenów Zielonych Sp. z o.o. (nr dokumentu 13195/1). Od wpłaty gotówkowej dokonanej przez Wykonawcę została pobrana prowizja w wysokości 40 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia skład orzekający Izby zważył:

Przepis art. 45 ust. 7 ustawy dopuszcza w przypadku wadium wnoszonego w formie pieniężnej jego wpłatę przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego, tym samym ustawodawca wyklucza dokonywanie wpłat gotówkowych bezpośrednio na rachunek i to niezależnie od tego, czy wpłata dokonywana jest w kasie banku prowadzącego rachunek zamawiającego, czy też zupełnie innego banku. Należy zatem uznać, że ustawa dopuszcza jedynie operacje bezgotówkowe wnoszenia wadium.

Istotą sporu jest to, czy wniesienie wadium w formie pieniężnej w inny sposób niż dopuszczony w ustawie tj. w sposób gotówkowy skutkuje wykluczeniem Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Art. 24 ustawy określa zamknięty katalog przesłanek, które skutkują wykluczeniem Wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 z udziału w postępowaniu wyklucza się Wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie terminu związania ofertą.

Dokonując literalnej wykładni cytowanego przepisu należy zauważyć, że ustawodawca przewidział sankcję w postaci wykluczenia wykonawcy, który nie wniósł wadium, natomiast

nie określił negatywnych konsekwencji prawnych w stosunku do wykonawców, którzy co prawda wnieśli wadium, ale z naruszeniem sposobu jego wniesienia określonego w ustawie. Słusznym jest zatem pogląd, że mimo iż ustawodawca dopuścił w odniesieniu do wadium wnoszonego w formie pieniężnej dokonanie jego wpłaty jedynie przez przelew to jednak nie określił sankcji za zastosowanie innego niż określony ustawą sposobu wniesienia wadium. Stanowisko to znajduje również uzasadnienie ze względu na cel, jaki ma spełniać wadium. Istotą bowiem wadium jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego w doprowadzeniu do zawarcia umowy na wypadek zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy. W rozpatrywanym postępowaniu wymagana kwota zabezpieczenia wadialnego oferty dla zadania IV została faktycznie wniesiona przed upływem terminu składania ofert, oferta była i jest nadal, jak przyznał Zamawiający, skutecznie zabezpieczona wadium, zatem cel jakemu ma służyć instytucja wadium został osiągnięty. Zamawiający może w każdej chwili, w przypadkach ustawowo określonych zaspokoić swe roszczenia z kwoty wadium, która spoczywa na jego koncie i pozostaje w jego dyspozycji.

Nie zasługuje na uwzględnienie argument podniesiony przez Odwołującego, że czynność wniesienia wadium należy oceniać w oparciu o art. 73 § 2 kodeksu cywilnego, gdyż zgodnie z treścią art. 14 ustawy przepisy kodeksu cywilnego mają zastosowanie jedynie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców, wyłącznie w sytuacji gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W rozpatrywanej sprawie przepisy ustawy określają wprost dopuszczalne formy i sposób wniesienia wadium w formie pieniężnej, ustawodawca określił również enumeratywnie przesłanki skutkujące wykluczeniem wykonawców z udziału w postępowaniu, zatem nie ma podstaw aby w odniesieniu do czynności wniesienia wadium, która to czynność jest uregulowana przepisami ustawy stosować przepisy kodeksu cywilnego i oceniać skutki tej czynności na gruncie przepisów kodeksu cywilnego. Zatem nie można podzielić stanowiska Odwołującego, że wniesienie wadium w inny niż przewidziany w ustawie sposób jest równoznaczne w skutkach prawnych z brakiem wniesienia takiego wadium w ogóle.

Wobec powyższego skład orzekający Izby, nie znajduje podstaw do wykluczenia Wykonawcy - Zakład Robót Drogowych i Terenów Zielonych Sp. z o.o. z postępowania ze względu na brak wadium, które faktycznie zostało wniesione na konto Zamawiającego.

Oceny tego stanu faktycznego nie zmienia także okoliczność, że Zamawiający w treści siwz pouczył Wykonawców o sposobie wniesienia wadium w formie pieniężnej, wskazując, że należy je „wpłacić na rachunek bankowy zamawiającego”, tym bardziej że sama treść art. 45 ust. 7 ustawy posługuje się pojęciem „wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy”.

Niezgodne z ustawą wskazanie sposobu wniesienia wadium nie może wywoływać także konsekwencji w postaci unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, jak to podniósł Odwołujący.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem judykatury i doktryny w tym zakresie, aby została wypełniona przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę.

W ocenie składu orzekającego Izby brak wskazania w pouczeniu, że wadium należy wpłacić przelewem nie jest wadą samego postępowania o zamówienie publiczne i nie powoduje niemożliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie tego zamówienia.

Zamawiający przez sformułowanie takiego pouczenia nie wyłączył stosowania powszechnie obowiązujących przepisów ustawy w tym zakresie tj. obowiązku dokonania przelewu w przypadku wniesienia wadium w formie pieniężnej, a ponadto jak wykazano w uzasadnieniu skoro ustawodawca nie przewidział negatywnych skutków w przypadku wniesienia wadium w inny niż dopuszczony w ustawie sposób to również nie można stwierdzić, że naruszenie art. 45 ust. 7 ustawy przez błędne wskazanie sposobu wniesienia wadium uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto za zasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego, że zarzut dotyczący treści siwz jest zarzutem spóźnionym na tym etapie postępowania.

Jak wyjaśnił w trakcie rozprawy Zamawiający zawarł umowy na wszystkie zadania objęte przedmiotowym zamówieniem, za wyjątkiem zadania nr 4. W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający zawierając umowy na poszczególne zadania, za wyjątkiem zadania 4, nie naruszył przepisu art. 182 ust. 1 ustawy, bowiem dopuszczając do składania ofert częściowych Zamawiający dopuścił jednocześnie ich odrębną ocenę i wybór oferty.

Zatem zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 45 ust. 7 i art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*