

**Sygn. akt: KIO 1236/18**

**WYROK  
z dnia 4 lipca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Artur Szmigiel**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2018 r. przez Odwołującego: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Piaseczno - Urząd Miasta i Gminy w Piasecznie z siedzibą w Piasecznie,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie tytułem wpisu od odwołania.

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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

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

Gmina Piaseczno - Urząd Miasta i Gminy Piaseczno z siedzibą w Piasecznie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia którego przedmiotem jest wykonanie prac związanych z pielęgnacją, utrzymaniem i zakładaniem zieleni na terenie Miasta i Gminy Piaseczno, (numer postępowania 60/2018), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 kwietnia 2018 roku pod nr 2018/S 074-164659.

W dniu 21 czerwca 2018 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego, polegające na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego w części I i II,
2. unieważnieniu postępowania w części I i II.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez błędne przyjęcie, że wadium zostało wniesione przez Odwołującego w sposób nieprawidłowy,
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez błędne uznanie, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części I i II,
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części I i II,
3. dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego,

oraz:

4. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu bankowości na okoliczność możliwości dysponowania przez Zamawiającego wadium przed terminem składania ofert,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamówienie podzielone było na dwie części. Odwołujący złożył oferty w tym postępowaniu w zakresie obu części. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia, Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona w części I i II na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp ponieważ wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. W ocenie Zamawiającego wadium nie zostało wniesione w terminie, o którym mowa w Punkcie 8 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), zgodnie z którym wpłata musiała wpłynąć na rachunek Zamawiającego przed terminem składania ofert. Wadium wykonawcy wpłynęło na konto Zamawiającego w dniu 24 maja 2018 r. o godz. 10:25, co było niezgodne powyższymi wymogami. W ocenie Odwołującego ustalenia Zamawiającego były błędne, bowiem wadium złożone zostało w sposób prawidłowy, a w konsekwencji oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu. Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Wykonawca złożył wadium przelewając je zarówno co do części I jak i II na rachunek bankowy Zamawiającego wskazany w SIWZ. Zgodnie z punktem 8 SIWZ, wadium wnoszone w pieniądzu należało wpłacić przelewem na rachunek Zamawiającego w Alior Bank S.A. nr konta xx xxxx xxxx xxxx xxxx 1xxxx. Wpłata musiała wpłynąć na rachunek Zamawiającego przed terminem składania ofert.

Dyspozycja zapłaty wydana została w dniu 23 maja 2018 roku o 15:35. Bank przekazał środki do Krajowej Izby Rozliczeniowej tego samego dnia o godzinie 16:05. Pieniądze przelane zostały następnie na rachunek bankowy Zamawiającego w dniu 24 maja 2018 roku przed godz. 10.00, tj. przed terminem otwarcia ofert. Zamawiający błędnie przyjął, że środki te wpłynęły na jego rachunek o godz. 10:25. Stwierdzenie takie było niezasadne - Zamawiający miał środki na rachunku bankowym przed godziną 10.00, a kwota wadium była zgodna ze wskazaną w SIWZ. Z tego względu nie można było przyjąć, że wadium zostało złożone w sposób nieprawidłowy.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez błędne przyjęcie, że wadium zostało wniesione przez Odwołującego w sposób nieprawidłowy nie potwierdził się.**

Warunki dotyczące wadium regulował Punkt 8 SIWZ:

„Zamawiający wymaga złożenia wadium.

Wadium ustala się w wysokości: 40 000,00 zł (słownie: czterdzieści tysięcy złotych 00/100).

Na część I – 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych)

Na część II – 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych)

Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- a) pieniądzu,
- b) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym,
- c) gwarancjach bankowych,
- d) gwarancjach ubezpieczeniowych,
- e) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6 b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (j.t. Dz.U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275 ze zm).

Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na rachunek zamawiającego w Alior Bank S.A. nr konta xx xxxx xxxx xxxx xxxx xxxx. Wpłata musi wpłynąć na rachunek zamawiającego przed terminem składania ofert. Nie ma możliwości wniesienia wadium w pieniądzu do kasy gminy.

Wadium w innej formie niż pieniądź należy złożyć w formie oryginału w depozycie w kasie Urzędu Miasta i Gminy (kasa czynna wt.- pt 8.00-16.00, pon. 8.00-18.00) a kserokopię (-e) potwierdzoną (-e) za zgodność z oryginałem przez osobę (-y) uprawnioną (-e) do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy dołączyć do oferty. (...)

Oferta nie zabezpieczona akceptowaną formą wadium zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 7b ustawy Pzp.

Wadium musi być wniesione nie później niż w terminie składania ofert.

O zachowaniu terminu wniesienia wadium świadczy data wpływu wadium na konto lub jego złożenie u zamawiającego.”

Punkt 6.12 SIWZ - „Dokumenty, które wykonawcy muszą złożyć w ofercie”, ppkt 3) – „Dowód wpłaty wadium” stanowił: „Oryginał wadium wniesionego w poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym, w gwarancjach bankowych, w gwarancjach ubezpieczeniowych lub w poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dn. 09.11.2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. Nr 109, poz. 1158, z późn. zm.) – należy dołączyć do oferty przetargowej lub złożyć w osobnej, odpowiednio oznaczonej kopercie wraz z ofertą przetargową”.

Punkt 11 SIWZ wskazywał, że „oferty należy składać w bezpiecznej kopercie w Urzędzie Miasta i Gminy Piaseczno, ul. Kościuszki 5, pok. nr 86 nie później niż do dnia 24.05.2018 r. godzina 10.00 czasu lokalnego”.

Biorąc pod uwagę przytoczone postanowienia SIWZ wadium Zamawiający jasno określił zasady dla wnoszenia wadium w pieniądzu. Wpłata na konto Zamawiającego, prowadzone przez Alior Bank S.A. nastąpić miała przed godziną 10.00, 24 maja 2018 r.

W dniu 28 czerwca 2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że „wadium wykonawcy wpłynęło na konto Zamawiającego w dniu 24.05.2018 r. o godz. 10.25, czyli dwadzieścia pięć minut po wyznaczonym terminie. Określają to szczegóły operacji wydruk z Alior Bank - dowód w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie. Szczegóły operacji wskazują jednoznacznie, iż data księgowania na koncie zamawiającego to 24.05.2018 r. godzina 10.25. I nie ma znaczenia, że Odwołujący dokonał wpłaty w dniu 23.05.2018 r. jak twierdzi o godz. 15.35. Z dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego (z oferty Odwołującego) data wystawienia to 23.05.2018 r. godz. 15.46. Pieniądże wpłynęły po godz. 10.00, tj dokładnie o godz. 10.25, Zamawiający nie miał środków na swoim rachunku bankowym przed godziną 10.00”.

W dniu 2 lipca 2018 r. do Izby wpłynęło pismo procesowe Odwołującego, w którym wskazano:

1. „Odwołujący przedkłada dowody w postaci pisma Banku Pekao S.A. z dnia 28.06.2018 r. oraz dokumenty w postaci tzw. wtórników operacji (dalej jako „Wtórnik”).
2. Dowody te potwierdzają zrealizowania transakcji w postaci wadium (zarówno w części I jak i II zamówienia) najpóźniej w dniu 24.05.2018 r. o godz. 9.30, a więc przed upływem terminu składania ofert.
3. Jak wynika z załączonych dokumentów bank Odwołującego (Bank Pekao S.A.) wysłał środki w kwocie dwa razy po 20.000,00 zł do Krajowej Izby Rozliczeniowej (dalej jako „KIR”) dnia 23.05.2018 r. o godz. 16.05. Następnie środki te były przekazane przez KIR do banku Zamawiającego w pierwszej sesji rozliczeniowej tj. dnia 24.05.2018 r. w godzinach pomiędzy 8:30, a 9:30.
4. W konsekwencji najpóźniej z końcem pierwszej sesji rozliczeniowej w dniu 24.05.2018 r. tj. o godz. 9:30 środki zostały skutecznie przekazane i znajdowały się na rachunku Zamawiającego.
5. Moment księgowania, na który powołuje się zamawiający w swym piśmie jest już bez większego znaczenia, albowiem księgowanie jest czynnością o charakterze technicznym, która jedynie potwierdza istniejący wcześniej stan rzeczy. Samo zaksięgowanie nie tworzy natomiast rzeczywistości.
6. Przekładając powyższe to na niniejszą sprawę, księgowanie środków potwierdzało jedynie, że środki finansowe od Odwołującego znajdują się już (bo znajdowały się najpóźniej od 9:30) na rachunku bankowym Zamawiającego, natomiast samo księgowanie nie powodowało, że owe środki z momentem księgowania się nagle pojawiły na rachunku bankowym Zamawiającego. Innymi słowy księgowanie odtwarza wcześniej zaistniałą rzeczywistość, a nie ją kreuje. Zresztą podobnie rzecz się ma w przypadku księgowania zdarzeń o charakterze rachunkowym, księgowania np. zakupów (kosztów) potwierdza wcześniej dokonany zakup, ale sam fakt księgowania tego zakupu nie kreuje. Zakup musi mieć miejsce wcześniej, a dopiero po jego dokonaniu dochodzi do operacji księgowania. Te dwa zdarzenia nie są dokonywane jednocześnie (podobnie jak w przypadku niniejszej sprawy, księgowanie dokonywane jest później niż wpływ środków).
7. Reasumując, najpóźniej dnia 24.05.2018 r. o godz. 9.30 środki z przeznaczeniem na wadium znalazły się na rachunku Zamawiającego, a więc wadium zostało wniesione skutecznie. Moment, na który powołuje się Zamawiający to zdarzenie późniejsze, bez znaczenia dla niniejszej sprawy”.

W ocenie Izby czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu z postępowania oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp była prawidłowa. Treść wymogów

SIWZ w zakresie terminu wpływu wadium wnoszonego w gotówce jest jednoznaczna i nie budzi wątpliwości. Odwołujący musiał być świadomy, że przed upływem terminu składania ofert wadium musi być wpłacone Zamawiającemu.

Wadium stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętą nierzetelnością wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Powinno być wniesione w taki sposób, by zabezpieczało cały okres związania ofertą, od momentu jej złożenia. W przedmiotowej sprawie wadium zostało wniesione na rzecz Zamawiającego po wyznaczonym przez niego terminie i sprzecznie z art. 45 ust. 3 Pzp, stanowiącym, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Oceniając przedstawione przez strony dowody Izba uznała, że 24 maja 2018 r. Zamawiający dopiero o godzinie 10.25 uzyskał możliwość dysponowania wadium tj. możliwość zatrzymania wadium z tytułu ewentualnej nierzetelności wykonawcy. Dowody przedłożone przez Odwołującego potwierdzają, że przed upływem terminu składania ofert kwota wadium wpłacona 23 maja 2018 r. została przekazana do banku Alior Bank S.A., prowadzącego rachunek bankowy Zamawiającego. Nie oznacza to, że oferta Odwołującego została należycie zabezpieczona - środki znalazły się w dyspozycji Zamawiającego dopiero po pierwszej sesji rozliczeniowej Alior Bank S.A., zatem zgodnie z dowodem przedstawionym przez Zamawiającego 25 minut po wymaganym przepisami i SIWZ terminie. W tej sytuacji, biorąc pod uwagę, że oferta w początkowej fazie była nienależycie zabezpieczona obowiązkiem Zamawiającego było odrzucić ją, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Biorąc pod uwagę grożącą za nieprawidłowe wniesienie wadium sankcję, określoną w powyższym przepisie, tj. odrzucenie oferty, obowiązkiem wykonawcy jest wniesienie wymaganego zabezpieczenia w sposób należyty. Decydując się na wadium wniesione w pieniądzu Odwołujący powinien uwzględnić fakt, że operacje bankowe realizowane są z pewnym opóźnieniem, w czasie sesji rozliczeniowych. Z tego względu, w interesie Odwołującego jest wniesienie wadium w odpowiednio wcześniejszym momencie, tak, by nie doszło do przekroczenia wymaganego przez Zamawiającego terminu. Godziny sesji operacji rozliczeniowych są informacjami upublicznonymi przez poszczególne banki w Internecie, zatem nie ma technicznych przeszkód w sprawdzeniu o jakich godzinach dany bank prowadzi te operacje. Zatem działający z należyłą starannością wykonawca byłby w stanie, w oparciu o informacje pozyskane z Internetu dowiedzieć się jaki jest ostateczny termin i godzina na dokonanie przelewu środków na rzecz Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że nie doszło do zarzucanego w odwołaniu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.



**Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez błędne uznanie, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu nie potwierdził się.**

W dniu 24 maja 2018 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej informację z otwarcia ofert. W ramach postępowania wpłynęły dwie oferty: Odwołującego, na obie części przedmiotu zamówienia, za ceny odpowiednio - Część I — 1 662 659,97 zł. Część II — 908 172,00 oraz wykonawcy T. Ś. TESTA Urządzenie i pielęgnacja zieleni z siedzibą w Warszawie, na część pierwszą przedmiotu zamówienia, za cenę brutto 893 883,53 zł.

Kwota, którą Zamawiający podał jako przeznaczoną na realizację obu części przedmiotu zamówienia wynosiła 2 721 331,17 zł brutto, w tym: część I - 1 795 555,17 zł, część II - 925 776,00 zł.

W dniu 14 czerwca 2018 r. Zamawiający:

1. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp odrzucił ofertę wykonawcy T. Ś. TESTA Urządzenie i pielęgnacja zieleni z siedzibą w Warszawie, jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny,
2. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp odrzucił ofertę Odwołującego ze względu na nieprawidłowe wniesienie wadium.

Czynność odrzucenia oferty wykonawcy T. Ś. TESTA Urządzenie i pielęgnacja zieleni z siedzibą w Warszawie nie była kwestionowana – wykonawca nie wniósł w ustawowym terminie środka odwoławczego, zatem odrzucenie ma charakter ostateczny. Odrzucenie oferty Odwołującego w ocenie Izby było prawidłowe. W tej sytuacji, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, stanowiącego, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (...) obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie czynności zgodnej z dyspozycją przytoczonego przepisu. Biorąc pod uwagę, że odwołanie w zakresie dotyczącym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp zostało oddalone, zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp również się nie potwierdził.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:.....**