

WYROK

z dnia 23 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2013r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZUL "DREWEX" S.C. H. T..... i U.T....., ZUL "Sokół" Z. B....., ZULiUC-T M. C....., ZO M.J....., ZPHU "TRANSDREW" S.C. H. K..... i I. P....., ZUL "TAXUS" A. R....., P.P.H.U."WIMAR" S.C. R. W....., M. W....., "LARIX" Sp. z o.o., ZULiR L.T....., ul. Akcyjowa 6, 46-300 Olesno w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Turawa, ul. Opolska 35, 46-045 Turawa,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum STOBRAWA, Morcinek 13, 46-030 St. Budkowice zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonać ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy;**
2. kosztami postępowania obciąża Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Turawa, ul. Opolska 35, 46-045 Turawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie ZUL "DREWEX" S.C. H. T..... i U.T.....,

ZUL "Sokół" Z. B....., ZULiUC-T M. C....., ZO M.J....., ZPHU "TRANSDREW" S.C. H. K..... i I. P....., ZUL "TAXUS" A. R....., P.P.H.U."WIMAR" S.C. R. W....., M. W....., "LARIX" Sp. z o.o., ZULiR L....., ul. Akacyjowa 6, 46-300 Olesno tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasów Państwowych Nadleśnictwa Turawa, ul. Opolska 35, 46-045 Turawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZUL "DREWEX" S.C. H. T..... i U.T....., ZUL "Sokół" Z. B....., ZULiUC-T M. C.....n, ZO M.J....., ZPHU "TRANSDREW" S.C. H. K..... i I. P....., ZUL "TAXUS" A. R....., P.P.H.U."WIMAR" S.C. R. W..... M. W....., "LARIX" Sp. z o.o., ZULiR L.T....., ul. Akacyjowa 6, 46-300 Olesno kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), [zwanej dalej ustawą lub ustawą Pzp], którego przedmiotem jest „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Turawa w latach 2013 - 2016” - część 1 - przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: (1) Zakład Usług Leśnych „Sokół” Z..... B..... z Dobrodzienia, (2) Zakład Usług Leśnych i Usług Ciągnikowo-Transportowych M..... C....., z Powidza, (3) Zakład Ogólnobudowlany M..... J....., z Pawonkowa, (4) Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „TRANSDREW” S.C. H..... K..... i I..... P..... z Kłobucka, (5) Zakład Usług Leśnych „TAXUS”, A..... R..... z Murowańca, (6) nr 2 Zakład Usług Leśnych „DREWEX” S.C. H..... T..... i U..... T..... z Olesna, (7) P.P.H.U. „WIMAR” S.C. R..... W....., M..... W..... z Gorzowa Śląskiego, (8) „LARIX” sp. z o.o. z Niemodlina, oraz (9) Zakład Usług Leśnych i Remontowych L..... T..... z Lublińca [dalej: Odwołujący lub Konsorcjum]. Zdaniem wykonawców, Zamawiający - Nadleśnictwo Turawa z Turawy niezgodnie z przepisami ustawy zaniechał wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, gdyż bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą. Wskazał również na zaniechanie zawiadomienia Odwołującego o podstawach wykluczenia z postępowania. Wskazując na powyższe wykonawcy zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, pomimo, że całe wadium znajdowało się na rachunku bankowym Zamawiającego przed terminem składania ofert oraz art. 24 ust. 3 i art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na brak pełnej informacji o podstawach faktycznych wykluczenia z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą a także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z kryteriami ustalonymi w SIWZ i art. 7 ustawy Pzp wobec przeprowadzenia postępowania z naruszeniem zasady konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bez należytej staranności w udokumentowaniu podstawowej dla postępowania okoliczności uzasadniającej wykluczenie wykonawcy z przetargu i bezpodstawnie przyjęcie, że Odwołujący nie wniósł wadium w wymaganej wysokości, a w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania i dokonanie wyboru

najkorzystniejszej oferty bez uwzględnienia oferty Odwołującego uznanej za odrzuconą.

Odwołujący wskazał także, że jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp, albowiem uwzględnienie odwołania daje mu szansę na uzyskanie zamówienia, gdyż jego oferta jest tańsza od innej oferty w tym zamówieniu, co przy obowiązującej wartości punktowej kryterium ceny powoduje, iż oferta Odwołującego winna być wybrana przez Zamawiającego, jako najkorzystniejsza. W uzasadnieniu odwołania podał, że Zamawiający podejmując decyzję dla Odwołującego, ale również dla siebie (jej skutkiem było odrzucenie oferty tańszej o 4 940 416, 20 zł od drugiej pozostałej w postępowaniu oferty), co najmniej nie dołożył należytej staranności, aby wykazać jej zasadność. Dowodzi tego m. in. przywołanie godziny bez określenia dnia, który był podstawą oceny spełnienia warunku oddania wadium do dyspozycji Zamawiającego oraz nie powołanie żadnego dowodu na tę tak istotną dla postępowania okoliczność. Podał także, że w aktach postępowania jest protokół komisji przetargowej z 14.12.2012 r., z którego wynika, że podstawą do ustalenia wpłat wadium było zestawienie wpłat i wydruk sporządzony przez księgowość Zamawiającego. Komisja podała także, że podstawą ustalenia wpłat wadium były rozmowy telefoniczne. Załącznikami do protokołu postępowania są ręcznie sporządzone zestawienie wpłat oraz wydruk operacji na rachunku. Oba te dokumenty sporządziła kasjer Zamawiającego, przy czym zestawienie wpłat wskazuje jedynie godzinę jego sporządzenia, jednak nie wynika z niego dzień, którego dotyczy i dzień jego sporządzenia. W zestawieniu wpłat jest informacja o rozmowach telefonicznych z BGŻ Opole i BS Opole. Jednak niezależnie od w/w braku [określenia dat] również merytoryczna treść odnosząca się do informacji z banków wskazuje, że dokument ten nie może przesądzać o tym, jaki był stan konta Zamawiającego w dniu 14.12.2012r. o godz. 9: 30. Dowodzi tego zapis, że rozmowa z BS Opole odbyła się o godz. 9: 25. Tym samym dokumentacja postępowania wskazuje, że wykluczenie Odwołującego nastąpiło bez zachowania koniecznej staranności i oparte zostało nie na wiarygodnych dokumentach źródłowych, (czyli pochodzących z banków), ale dokumentach z drugiej ręki, z widocznymi błędami. Powołując się na orzecznictwo KIO wskazał na konieczność starannego prowadzenia postępowania i wnikliwego i wszechstronnego wyjaśnienia istotnych dla postępowania okoliczności

oraz do podjęcia wszelkich działań zmierzających do wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności związanych z prawidłowością i prawdziwością informacji uzyskiwanych od wykonawców w ramach postępowania. Wskazał również na obowiązek uzasadnienia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Odwołujący kwestionując zasadność wykluczenia go z postępowania podał, że ma udokumentowaną wiedzę, że kwota 60 tys. zł była na koncie Zamawiającego w dniu 14 grudnia 2012 r. o godz. 9: 22, czyli na 8 minut przed terminem wynikającym z SIWZ, co oznacza, że łącznie z 240 tys. zł, które były na tym koncie wcześniej, Zamawiający dysponował wadium Odwołującego w wymaganej kwocie 300 tys. zł. Podał także, że Kwota 60 tys. zł została wpłacona przez członka Konsorcjum Zakład Usług Leśnych „Sokół” Z..... B..... w dniu 14.12.2012 r. i z ręcznej adnotacji Doradcy Klienta Detalicznego Banku na dokumencie z Banku Zamawiającego - Uznanie Duplikat - wynika, że wpłynęła na konto Zamawiającego w dniu 14.12.2012r. o godz. 9: 22. [Dowód: dokument Banku BGŻ S A. zatytułowany Uznanie Duplikat]. Stwierdził również, że (...) Z ustnych wyjaśnień uzyskanych przez wpłacającego wynika, że kwota 60 tys. zł. wpłacona za pośrednictwem systemu SORBNET przelewem internetowym została zaksięgowana na rachunku wpłacającego o godz. 8: 34 w dniu 14.12.2012, do banku BGŻ dotarła o godz. 8: 52, a została zaksięgowana na rachunku Zamawiającego o godz. 9.22 w dniu 14.12.2012r. Ponadto (...) Wpłacający zwrócił się do w/w banków o potwierdzenie daty i godziny realizacji jego przelewu, lecz do chwili obecnej tego nie uzyskał.” Odwołujący podkreślił w konkluzji, że (...) Zamawiający dokonując wykluczenia Odwołującego, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 24 ust.3 ustawy Pzp nie zawiadomił go o wykluczeniu i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Dopiero z ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący dowiedział się o wykluczeniu, co umożliwiło mu skorzystanie z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Reasumując stwierdził, że Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą, a odrzucona oferta Odwołującego jest wobec ustalonych w SIWZ kryteriów ofertą najkorzystniejszą. W związku z powyższym wniósł o unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty na część nr 1 zamówienia za odrzuconą, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na część nr 1 zamówienia oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert na część nr 1 zamówienia z udziałem oferty Odwołującego i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i na rzecz

Odwołującego kwoty 18 600 zł stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa procesowego. Jednocześnie, z ostrożności procesowej, Odwołujący, w związku z art. 190 ust.1 i 2 ustawy Pzp wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do uzupełnienia akt postępowania o zaświadczenie BGŻ dotyczące daty i godziny zaksięgowania na rachunku Zamawiającego kwoty 60 tys. zł. wpłaconej przez Zakład Usług Leśnych „Sokół” Z..... B..... w dniu 14.12.2012 r., jako wadium.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i przedłożył m.in. wydruk z operacji na rachunku z dnia 14.12.2012 r., zestawienia wadium w przedmiotowym postępowaniu, bilingi rozmów telefonicznych z dnia 14.12.2012r. oraz pismo BGŻ SA z dnia 7. 01.2013 r oraz pismo BGŻ SA z dnia 10. 01. 2013 r.,

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca – Konsorcjum STOBRAWA ze St. Budkowic wnosząc również o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze przepis art. 192 ust.2 ustawy Pzp zgodnie, z którym odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli Izba stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Izba uwzględniała także dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie, z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl, której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Odwołanie dotyczy naruszenia art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 3 i art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art.

92 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp. Odwołujący kwestionując przede wszystkim zasadność wykluczenia go z postępowania podał, że wadium w pełnej kwocie 300 tys. zł – dla zadania 1- znajdowało się na koncie Zamawiającego w dniu 14 grudnia 2012 r. o godz. 9: 22, czyli na 8 minut przed terminem otwarcia ofert wynikającym ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Tak jak ustaliła Izba, zgodnie z pkt. 11.1. siwz, oferty należało złożyć w siedzibie Zamawiającego do dnia 2012-12-14 do godz. 9.30, w Nadleśnictwie Turawa - w sekretariacie nadleśnictwa. Oferty miały być zabezpieczone wadium w kwocie 300.000,00 zł, zgodnie z pkt. 8.2 siwz. Z kolei w pkt. 8.4 siwz wymagał, aby wadium w formie pieniężnej było wniesione przelewem na rachunek bankowy [wskazał bank oraz numer rachunku], z zaznaczeniem, że jest to wadium służące zabezpieczeniu oferty przetargowej zadania: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Turawa w latach 2013-2016” Część....”. W pkt. 8.6 specyfikacji Zamawiający podał, że wniesienie wadium w pieniądzu będzie skuteczne, jeżeli w podanym terminie zostanie zaliczone na rachunku bankowym Zamawiającego. Analogiczne warunki, co do wniesienia wadium zostały określone w Ogłoszeniu. Odwołujący wpłaty wadium dokonywał przez członków Konsorcjum [kwota 100.000 zł została wpłacona przez Zakład Usług Leśnych DREWEX S.C, kwota 40.000 zł - przez PPHU WIMAR S.C. R.W..... M. W..... kwota 100.000 zł - przez Z..... B..... Zakład Usług Leśnych SOKÓŁ z zaznaczeniem, że wpłaty dokonują w imieniu konsorcjum ZULUS. Powyższe zestawienie wskazywałoby, że dokonano wpłaty wadium w sumie w kwocie 240.000 zł, zamiast w wymaganej w kwocie 300.000 zł. Izba dla oceny twierdzeń wykonawcy, że (...) kwota 60 tys. zł także była na koncie Zamawiającego w dniu 14 grudnia 2012 r. o godz. 9: 22, czyli na 8 minut przed terminem wynikającym z SIWZ” wzięła pod uwagę stanowisko banku BGŻ S.A. Oddział Opole – prowadzącego rachunek Zamawiającego, [pisma z dnia 7 i 10 stycznia br] oraz stanowisko BGŻ S.A. Centrala w Warszawie [mail z dnia 10.01. 2013 r. oraz pismo z dnia 21. 01.2013 r.] w związku z treścią zapytań skierowanych przez Zamawiającego oraz Odwołującego do tych banków. Z wyjaśnień BGŻ Opole wynika tylko, że w dniu 14.12. 2012 r. o godz. 9: 30 nie był uwidoczniiony wpływ wadium z uwagi na korzystanie przez Zamawiającego z systemu Home Banking [HB], który nie aktualizuje na bieżąco historii operacji rachunków, ani w ściśle określonych godzinach/minutach. To stanowisko jest odpowiedzią na zapytanie

Zamawiającego, odnoszące się nie do daty księgowania kwoty 60 tys. zł [wpływu na jego rachunek], ale (...) o której godzinie była widoczna na naszym serwerze (odświeżenie Home Banking) wpłata ZUL Sokół Z..... B.....”. Tak jak wynika ze specyfikacji, warunkiem uznania wpłaty wadium nie było uwidocznienie wymaganej kwoty na serwerze Zamawiającego (odświeżenie Home Banking), ale jego zaliczenie [w podanym terminie] na rachunek bankowy Zamawiającego. Tak jak podał Bank BGŻ Centrala w odpowiedzi na zapytanie odnośnie godziny księgowania spornych środków na koncie PGL LP Nadleśnictwo Turawa, kwota 60 tys. zł została zaksięgowana na rachunku bankowym beneficjenta w Banku BGŻ w dniu 14 grudnia 2012 r. o godz. 9.22. Tym samym, zdaniem Izby, wadium zostało wniesione w terminie wymaganym przepisem art. 45 ust.3 ustawy Pzp tj. przed upływem terminu do składania ofert. Zatem zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 45 ust.3 ustawy Pzp, Izba uznała za zasadny. Wobec powyższego także zarzut naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty podlega uwzględnieniu. Również za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp, albowiem – zdaniem Izby – nie została należycie wyjaśniona i udokumentowana czynność stanowiąca podstawę wykluczenia wykonawcy z przetargu, a to z kolei skutkowało przy ocenie ofert naruszeniem zasady konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Za niezasadny natomiast Izba uznała zarzut naruszenia art. 92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazany przepis przede wszystkim nie precyzuje jak szczegółowe powinno być uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty. Ponadto z treści powiadomienia wynikają podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, a mianowicie brak wpłaty wadium w wymaganej kwocie 300 tys. zł z zaznaczeniem, że do godziny 9:30 znajdowała się kwota 240 tys. zł. Nie wskazano, co prawda na datę 14.12.2012 r., ale niewątpliwie godz. 9: 30 należy czytać razem z tą datą, jako wskazaną dla upływu terminu składania ofert.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący: