

Sygn. akt KIO/UZP 79/08

KIO/UZP 81/08

**WYROK**  
z dnia 15 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Grzegorz Mazurek

**Członkowie:** Klaudia Szczytowska-Maziarz  
Jolanta Markowska

**Protokolant:** Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie\* w dniu/w dniach\* 15 lutego 2008 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **31 stycznia 2008 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

**A. Zakład Usług Leśnych, Majdan Sobolewski 4, Firlej**

**B. Usługi Leśne i Transportowe "Zielono Mi"- R. Piróg, Majdan Sobolewski 4, Firlej**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Nadleśnictwo Lubartów, ul. Gen. Kleeberga 17, Lubartów** protestów:

**A Zakład Usług Leśnych, Majdan Sobolewski 4, Firlej z dnia 4 stycznia 2008 r.**

**B Usługi Leśne i Transportowe "Zielono Mi"- R. Piróg, Majdan Sobolewski 4, Firlej z dnia 4 stycznia 2008 r.**

Przy udziale .....  
zgłaszającego/zgłaszających\* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz ..... po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. unieważnia postępowanie**

2. kosztami postępowania obciąża: **Nadleśnictwo Lubartów, ul. Gen. Kleeberga 17, Lubartów** 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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A** koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr. (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Usług Leśnych, Majdan Sobolewski 4, Firlej**
  - B** koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr. (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Usługi Leśne i Transportowe "Zielono Mi"- R. Piróg, Majdan Sobolewski 4, Firlej**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 064 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
  - A** kwoty 3 532 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące pięćset trzydzieści dwa złote, zero groszy ) przez **Nadleśnictwo Lubartów, ul. Gen. Kleeberga 17, Lubartów** na rzecz **Zakład Usług Leśnych, Majdan Sobolewski 4, Firlej**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu oraz zastępstwa procesowego;
  - B** kwoty 3 532 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące pięćset trzydzieści dwa złote, zero groszy) przez **Nadleśnictwo Lubartów, ul. Gen. Kleeberga 17, Lubartów** na rzecz **Usługi Leśne i Transportowe "Zielono Mi"- R. Piróg, Majdan Sobolewski 4, Firlej** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu oraz zastępstwa procesowego
  
- 3) dokonać wpłaty kwoty ..... zł ... gr. (słownie:.....) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
  - A** kwoty ..... zł ... gr. (słownie:.....) przez  
.....
  - B** kwoty ..... zł ... gr. (słownie:.....) przez  
.....
  
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr. (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy ) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

- A** kwoty 17 968 zł 00 gr. (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych, zero groszy ) na rzecz **Zakład Usług Leśnych, Majdan Sobolewski 4, Firlej**
- B** kwoty 17 968 zł 00 gr. (słownie:: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych, zero groszy) na rzecz **Usługi Leśne i Transportowe "Zielono Mi"- R. Piróg, Majdan Sobolewski 4, Firlej.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa polegająca na pracach z zakresu gospodarki leśnej, objętych planem finansowo - gospodarczym na 2008 r., prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego ( ogłoszenie o wszczęciu postępowania zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2007 / S Nr 228, poz. 278211 z dnia 27.11.2007 r.), Zamawiający – Nadleśnictwo Lubartów z siedzibą w Lubartowie, zawiadomił w dniu 31.12.2007 r. Odwołującego – Henryka Piroga, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Majdanie Sobolewskim 4, jako wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu, o wyborze najkorzystniejszej oferty. W tym samym dniu Zamawiający zawiadomił Rafała Piroga, prowadzącego, działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne i Transportowe „Zielono Mi” o wyborze oferty w części 3 zamówienia.

Wybraną ofertę złożyła spółka cywilna XYZ s.c. Waldemar Bogusz, Janusz Żeleźnik z siedzibą w Majdanie Sobolewskim 9.

W dniu 4.01. 2008 r. Odwołujący wnieśli protesty na czynność wyboru oferty, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów art.7 ust.1 w zw. z art.24 ust 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 4, art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ( Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) w zw. z art. 15 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ( Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.).

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podali, że wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, nie wniósł wadium, które powinno być wniesione w jednej z form wymienionych w art. 46. ust. 6 ustawy Pzp przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca wpłacił wadium przelewem pieniężnym w Banku PKO BP S.A. w Lubartowie w kwotach 900 zł i 1200 zł, a bank dokonał potrącenia kwoty 3,60 zł i 3 zł z tytułu prowizji z konta Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, fakt ten stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Dodatkowo Odwołujący podali, że oferta wykonawcy powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podali, że Zamawiający wzywał wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty, jednakże złożone wyjaśnienia zawierają nieprawidłową kalkulację wynagrodzenia pracowników. Zaniżanie cen przez wykonawcę wskazuje na złożenie oferty, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji

Zamawiający oddalił protesty i w rozstrzygnięciach podał, że zarzut braku wniesienia wadium jest bezzasadny, gdyż wykonawca wpłacił na rachunek Zamawiającego wadium - kwoty 900 zł i 1200 zł w dniu 17 grudnia 2007 r. Kasjer nie pobrał od wpłacającego prowizji tylko potrącił ją z konta Zamawiającego. W dniu 18 grudnia 2007 r. pomyłka została naprawiona i kwoty 900 zł i 1200 zł znalazły się na koncie Zamawiającego, tj. w dniu otwarcia ofert.

Również drugi zarzut Zamawiający uznał za niezasadny, stwierdzając, że z uzyskanych od wykonawcy wyjaśnień, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w przedmiocie ceny oferty w postaci kalkulacji opłacalności wynika, że zaproponowana cena jest ceną realną, pozwalającą na wykonanie zamówienia i wygenerowanie przez wykonawcę zysku. Zaniżenie kosztów zatrudnienia pracowników wynika z faktu zatrudnienia tylko jednego pracownika i wykonywania pracy też przez wykonawcę osobiście. Prace przy tzw. czyszczeniach późnych nie były ujęte odrębnie w kalkulacji opłacalności, bowiem koszt ich wykonania został wkalkulowany w cenę pozyskania drewna. Zamawiający nie znalazł podstaw do stwierdzenia złożenia przez wykonawcę oferty zawierającej rażąco niskie stawki za roboczogodzinę.

Odwołujący podnieśli te same zarzuty w odwołaniach, wskazując naruszenie tych samych przepisów prawnych i wnieśli następujące (wnioski) żądania co do rozstrzygnięcia odwołań:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2007 r. dotyczącej wyboru oferty spółki cywilnej XYZ s. c. Waldemar Bogusz, Janusz Żeleźniak z siedzibą w Majdanie Sobolewskim 9 – zwanej dalej XYZ s. c., jako najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenie wykonawcy XYZ s. c. na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp, ewentualnie
- 3) nakazanie odrzucenia oferty spółki na podstawie art. 89 ust.1 i 4 Pzp, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- 4) nakazanie dokonania ponownej oceny pozostałych ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wnieśli również o:

- zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia dowodu z rachunku bankowego, np. wyciągu, zaświadczenia banku z dnia, w którym zostało wpłacone wadium przez spółkę, wskazującego dokładną kwotę, dzień i godzinę wpływu wadium na rachunek Zamawiającego,
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dowodów przeprowadzonych podczas rozprawy, w tym w szczególności dowodów z dokumentacji postępowania wraz z ofertami, dostarczonej przez Zamawiającego, dokumentów przedstawionych przez strony postępowania oraz na podstawie wyjaśnień złożonych przez strony i pełnomocników, ustaliła i zważyła, co następuje.

Postępowanie należy unieważnić. Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – w części XI – Wymagania dotyczące wadium wskazał, że „Wadium w formie pieniężnej należy wpłacić na rachunek bankowy Zamawiającego w banku PKO BP Oddział Lubartów nr 69 1020 3606 0000 8202 0031 6901. Wadium wniesione w pozostałych formach, należy w oryginale złożyć w pokoju nr 2 w siedzibie Zamawiającego.” Pouczenie to spowodowało, że wykonawcy wnosili wadium w formie pieniężnej, wpłacając gotówkę w Oddziale PKO BP S.A. w Lubartowie na rachunek Zamawiającego.

Ustawa Prawo Zamówień Publicznych w odniesieniu do wnoszenia wadium w formie pieniężnej wskazuje jednoznacznie, że „Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego”. Zamawiający Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wprowadził więc zapis sprzeczny z art. 45 ust. 7 ww. ustawy gdyż utożsamiał wpłatę gotówkową w instytucji finansowej ze złożeniem przelewu. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997r. 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 ustawy.

W przypadku, kiedy Zamawiający dokonałby prawidłowego pouczenia dot. wadium w SIWZ – wykonawców składających wadium w formie wpłaty gotówkowej należałoby co do zasady wykluczać. W tym przypadku jednak doszło do naruszenia art. 45 ust. 7 ustawy przez Zamawiającego – co miało wpływ na wynik postępowania.

Wykonawca XYZ s. c. wpłacił w dniu 17.12.2007r. wadium na rachunek Zamawiającego – jak wynika z rozstrzygnięć protestów – Jan Żeleźnik w dniu 17.12.2007r. dokonywał wpłat kwot 900 i 1200 zł na rachunek Zamawiającego tytułem wadium. Jak wynika z wyjaśnień banku – kasjer nie podjął kwot prowizji od wpłacającego ale obciążył nimi beneficjenta – Zamawiającego, w wyniku czego Odwołujący uznał, że wadium w wymaganych kwotach nie znalazło się na rachunku bankowym Zamawiającego. W przypadku przelewu – to rachunek zleceniodawcy zostałby obciążony kwotą prowizji i nie nastąpiłyby konsekwencje w postaci konieczności zwrotu prowizji przez bank. Potwierdzenie faktu wpłaty gotówkowej wynika również z wyciągu przedstawionego przez Zamawiającego, gdzie w opisie operacji dokonanych przez Janusza Żeleźnika i Hannę Bogusz nie znajduje się określenie „PRZELEW” oraz nie ma wskazania rachunku zleceniodawcy przelewu. Z kolei przy opisie zwrotu błędnie pobranej prowizji przy wpłacie Hanny Bogusz i Janusza Żeleźnika bank wskazuje „PRZELEW” jako formę dokonania tej transakcji.

W wyniku powyższego należy stwierdzić, że w niniejszym postępowaniu wadium nie zostało wniesione w formie wymaganej przez ustawę Prawo Zamówień Publicznych – ustawa bezwzględnie nakazuje dokonywanie przelewów, natomiast tutaj dokonano wpłaty gotówki. Należy jednak wskazać, że błędne pouczenie zawarte w SIWZ, dotyczące wniesienia wadium, powoduje zaistnienie sytuacji określonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. W postępowaniu doszło do naruszenia przepisu art. 45 ust. 7 ustawy – poprzez niezgodny z ustawą opis wnoszenia wadium w pieniądzu. Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania – dokonano wyboru wykonawcy który dokonał wniesienia wadium w formie niezgodnej z ustawą. Pobranie prowizji od wpłaty gotówkowej przez kasjera stało się jedną z przyczyn zakwestionowania wyboru oferty wykonawcy XYZ s. c. – w przypadku wniesienia wadium w formie przelewu, pobranie prowizji nastąpiłoby z rachunku zleceniodawcy – taka sytuacja nie miałaby miejsca.

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 **Lublinie**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\* *niepotrzebne skreślić*