

Sygn. akt KIO/UZP 140/09

WYROK
z dnia 13 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman
Członkowie: Klaudia Szczytowska–Maziarz
Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Artura Kunda prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakładu Usług Leśnych FANGORN Artur Kunda, ul. Długa 1, 19–330 Stare Juchy** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Nadleśnictwo Ełk w Mrozach, Mrozy Wielkie 21, 19–301 Ełk 3** protestu z dnia 16 stycznia 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru ofert na części: 3, 7, 9, 10, 14 i 16 zamówienia, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na część 15 zamówienia, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty w zakresie części: 3, 7, 9, 10, 14, 15 i 16 zamówienia oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania, oceny i wyboru ofert na części: 3, 7, 9, 10, 14, 15 i 16 zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Nadleśnictwo Ełk w Mrozach, Mrozy Wielkie 21, 19–301 Ełk 3 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 **Artura Kunda prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych FANGORN Artur Kunda, ul. Długa 1, 19-330 Stare Juchy,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Nadleśnictwo Ełk w Mrozach, Mrozy Wielkie 21. 19-301 Ełk 3** na rzecz **Artura Kunda prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych FANGORN Artur Kunda, ul. Długa 1, 19-330 Stare Juchy** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 **Artura Kunda prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych FANGORN Artur Kunda, ul. Długa 1, 19-330 Stare Juchy.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Ełk w roku 2009 r., dotyczących pozyskania i zrywki drewna, hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej i prac szkółkarskich na szkółce leśnej, z podziałem na 21 części (pakietów), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczone (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 1.12. 2008 r. nr 2008/5 233-310130), w dniu 16 stycznia 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Artura Kunda prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Artur Kunda Zakład Usług Leśnych FANGORN z siedzibą w Starych Juchach. Złożenie protestu było następstwem powiadomienia w dniu 12 stycznia 2009 r., pismem z dnia 9 stycznia 2009 r., o wynikach postępowania oraz o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 (art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień publicznych, z powodu wpłacenia wadium w formie gotówki w kasie

oddziału banku, w którym Zamawiający posiada konto oraz o odrzuceniu oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Protest został wniesiony wobec czynności:

1) wykluczenia z postępowania wykonawcy Zakład Usług Leśnych FANGORN Artur Kunda oraz odrzucenia jego oferty;

2) wyboru jako najkorzystniejszych ofert wykonawców:

- Zakład Usług Leśnych Marek Starzyński dla części nr 3 - Leśnictwo Dąbrowskie oraz dla części nr 14 - Leśnictwo Małe Laski,
- Usługi Rolnicze "MARKOWSKI" Sprzedaż Maszyn dla części nr 9 - Leśnictwo Zaborowo,
- Usługi Leśne Andrzej Miezio dla części nr 10 - Leśnictwo Stacze,
- Kompleksowe Usługi Leśne Leon Stasiński dla części nr 7 - Leśnictwo Regiel oraz dla części nr 16 - Leśnictwo Czerwonka;

3) unieważnienia postępowania na część 15 przedmiotu zamówienia, Leśnictwo Brzozowa Góra.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Państwowemu Gospodarstwu Leśnemu Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ełk w Mrozach, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007, Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) to jest:

1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, przez nie zapewnienie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców w związku z bezpodstawnym wykluczeniem z postępowania wykonawcy Zakład Usług Leśnych FANGORN Artur Kunda;

2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez nie zapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z bezpodstawnym odrzuceniem oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych FANGORN Artur Kunda, pomimo, iż nie podlegał on wykluczeniu z postępowania;

3) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, przez unieważnienie części postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na pakiet nr 15 - Leśnictwo Brzozowa Góra, pomimo iż złożono przynajmniej jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu;

4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez wybór jako najkorzystniejszych ofert, które na podstawie przewidzianego w SIWZ kryterium oceny (cena ofertowa) nie były ofertami najkorzystniejszymi, w przypadku pakietów nr: 3, 7, 9, 10, 14 i 16, a także naruszenie innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia protestu.

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, doznał uszczerbku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, gdyż utrzymanie w mocy dokonanego przez Zamawiającego rozstrzygnięcia

przetargu, może doprowadzić do sytuacji, w której utraci możliwość uzyskania zamówienia, pomimo iż złożył ofertę najkorzystniejszą w częściach (pakietach) o numerach 3, 7, 9, 10, 14, 15 oraz 16. Dlatego za zasadne uznał żądania unieważnienia czynności: wyboru ofert najkorzystniejszych, wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, a także żądania dokonania ponownej oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów protestu przytoczył następujące okoliczności. Zgodnie z przepisem art. 45 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, jak i postanowieniem pkt 12.2.a SIWZ, wykonawcy mogli wnieść wadium w szczególności "w pieniądzu". W myśl art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, wadium powinno być wniesione przed upływem terminu składania ofert, przy czym, jak stanowi SIWZ - wadium w pieniądzu "musiało być wniesione najpóźniej przed upływem wyznaczonego terminu składania ofert. tj. do dnia 22-12-2008 r., do godz. 12:00. Zamawiający postanowił, iż wniesienie wadium w pieniądzu będzie skuteczne, jeżeli w podanym terminie znajdzie się na wskazanym rachunku bankowym (pkt 12.3 SIWZ). Odwołujący argumentował, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wadium spełnia dwie podstawowe funkcje. Po pierwsze, stanowi zabezpieczenie interesów zamawiającego na wypadek, gdyby wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, swoim nierzetelnym zachowaniem uniemożliwił zawarcie umowy. Po drugie, tworzy barierę finansową uniemożliwiającą przystąpienie do przetargu podmiotów niezainteresowanych postępowaniem i uzyskaniem zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego, dokonując wykładni przepisów art. 45 ust. 6 pkt 1 w związku z art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, nie można kierować się jedynie ich literalnym brzmieniem, lecz należy odnosić się do celu, który chciał osiągnąć ustawodawca poprzez wprowadzenie takich właśnie regulacji. Cel ten zaś jest jednoznaczny - zabezpieczenie interesów zamawiającego, przez materialne zagwarantowanie podpisania umowy ze strony wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Tak orzekł Zespół Arbitrów w wyroku z dnia z 2006-02-06 UZP/ZO/0-285/06. Nie powinno też mieć znaczenia, kto faktycznie wnosi wadium, jeżeli zabezpiecza ono konkretną ofertę. Istotnym jest natomiast, by w momencie upływu terminu do składania ofert, środki na zabezpieczenie znajdowały się w dyspozycji zamawiającego -były na jego rachunku bankowym. Ten właśnie wymóg był wielokrotnie podkreślany w orzecznictwie (np. wyrok ZA z 2006-08-08 UZP/ZO/0-2017/06, wyrok ZA z 2006-01-23 UZP/ZO/0-125/06, wyrok ZA z 2007-04-25 UZP/ZO/0-462/07, wyrok ZA z 2006-02-06 UZP/ZO/0-285/06). Ponadto Odwołujący powołał się na stanowisko doktryny, w tej kwestii.

J. Pieróg w komentarzu do art. 45 Prawa zamówień publicznych (Legalis System Informacji Prawnej, Wyd. C.H.Beck), wskazuje, że „wykonawca może wnieść wadium w jednej lub kilku ustawowych formach, przy czym łączna wysokość wadium nie może być mniejsza niż kwota określona przez zamawiającego. Wykonawca może też do czasu upływu terminu na

składanie ofert, zmienić formę wniesionego wadium. Jak się wydaje, również po złożeniu, a nawet otwarciu ofert może zostać dokonana zamiana formy wniesionego wadium. Jedynym warunkiem jest to, aby oferta nie pozostawała nawet przez krótki czas niezabezpieczona wadium. Oznacza to, że wykonawca zamieniając formę wadium, powinien najpierw złożyć je w innej formie, a dopiero potem odzyskać wadium w dotychczasowej formie." Skoro więc można dopuścić zmianę formy wniesionego wadium, to w ocenie Odwołującego, tym bardziej dla osiągnięcia celu wadium – jakim jest zabezpieczenie interesu zamawiającego, można wnieść wadium w pieniądzu bezpośrednio na rachunek bankowy zamawiającego. Przepis art. 45 ust. 3 w zw. z ust. 7 Pzp, należy więc odczytać, jako eliminację możliwości wnoszenia wadium w gotówce przez wpłatę do kasy w siedzibie zamawiającego. Odwołujący wnosząc wadium nie przez wydanie polecenia przelewu, lecz w pieniądzu - w kasie banku prowadzącego rachunek bankowy Zamawiającego (podany w SIWZ), dochował wyznaczonego terminu. Rachunek bankowy Zamawiającego został uznany kwotą 11 000 PLN, a pieniądze zaksięgowane na jego koncie, przed upływem terminu składania ofert.

W związku z powyższym interes Zamawiającego, który ustawodawca chroni przez ustawowy obowiązek wniesienia wadium, został w pełni zabezpieczony, a funkcja wadium zrealizowana. Brak możliwości wniesienia wadium drogą wpłaty gotówki do kasy w siedzibie Zamawiającego, potwierdza w specyfikacji istotnych warunków zamówienia także sam Zamawiający stwierdzając, że "wadium w formie gotówkowej nie będzie przyjmowane." "Wadium w formie pieniężnej należy wnieść na rachunek bankowy zamawiającego nr: 04 2030 0045 1110 0000 0075 9640" (pkt 12.2 SIWZ), a „wniesienie wadium w pieniądzu będzie skuteczne, jeżeli w podanym terminie znajdzie się na rachunku bankowym zamawiającego" (pkt 12.3 SIWZ). Sformułowania "wadium w formie gotówkowej nie będzie przyjmowane," w przekonaniu Odwołującego, nie można interpretować inaczej, jak tylko, jako zakaz wniesienia wadium w kasie znajdującej się w siedzibie Zamawiającego. Inna interpretacja tego zapisu nie była możliwa. Zamawiający nie miał bowiem jakiegokolwiek możliwości "zablokowania" dokonania wpłaty gotówkowej wadium na jego rachunek bankowy. Zamawiający przyjął kwotę 11 000 PLN od Odwołującego i wadium to nadal znajduje się w dyspozycji Zamawiającego, na jego rachunku bankowym. Odwołujący wywodził, że świadczenie o charakterze oddawczym, powinno być spełnione w siedzibie wierzyciela (art. 454 Kc). Jeśli zaś strony umówiły się, że zapłata zostanie zrealizowana w formie wpłaty na rachunek bankowy, to przyjmuje się, że miejscem spełnienia świadczenia pieniężnego nie jest miejsce siedziby wierzyciela, lecz umiejscowienie rachunku bankowego wierzyciela (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 1992-01-29, sygn. I ACr 19/92, (Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych z 1993 r. Nr 2, poz. 16, str. 42); wyrok Sądu Najwyższego z 1989-11-08, III CRN 345/89, (Palestra z 1992 r. Nr I, str. 88). Świadczenie Odwołującego polegające na zapłacie wadium zostało więc spełnione zarówno we właściwej

wysokości (11 000 PLN), we właściwym miejscu (rachunek bankowy Zamawiającego), jak i we właściwym terminie (przed upływem terminu składania ofert), a więc uznać należy, iż wadium w pieniądzu wniesione zostało skutecznie, przez co spełniona została funkcja wadium i zabezpieczony interes Zamawiającego. Kwotą wadium w wysokości 11 000 PLN uznano bowiem rachunek bankowy Zamawiającego w banku BGŻ S.A. w dniu 22 grudnia 2008 r. o godzinie 9:44. Według Odwołującego, za formę należy uznać „pieniądz”, nie zaś "drogę," którą wadium wpłynęło na wskazany rachunek bankowy. Znajduje to potwierdzenie w przepisach art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, który stanowi, że rozliczenia pieniężne mogą być przeprowadzane za pośrednictwem banków, jeżeli przynajmniej jedna ze stron rozliczenia (dłużnik lub wierzyciel) posiada rachunek bankowy. Rozliczenia pieniężne przeprowadza się gotówkowo lub bezgotówkowo za pomocą papierowych lub informatycznych nośników danych. Zgodnie z ust. 2 i 3 powyższego artykułu pieniężne "rozliczenia gotówkowe przeprowadza się czekiem gotówkowym lub przez wpłatę gotówki na rachunek wierzyciela". Pieniężne "rozliczenia bezgotówkowe przeprowadza się w szczególności: poleceniem przelewu, poleceniem zapłaty, czekiem rozrachunkowym, kartą płatniczą." Zatem, zgodnie z Prawem bankowym, zarówno rozliczenia gotówkowe jak i bezgotówkowe należą do jednego katalogu rozliczeń pieniężnych. Ustawodawca w ustawie Pzp, jako formę wadium wskazuje zaś wyraźnie właśnie pieniądz, który może być rozliczany zarówno gotówkowo, jak i bezgotówkowo. Odwołujący wpłacając wadium w wymaganej kwocie 11 000 PLN w kasie banku prowadzącego rachunek bankowy Zamawiającego - wskazany w SIWZ, dokonał więc niewątpliwie rozliczenia pieniężnego za pośrednictwem banku, czyli wniósł wadium w formie pieniężnej. Odwołujący podnosił, że należy zauważyć, iż art. 63 ust. 3 Prawa bankowego mówi o "poleceniu przelewu" jako bezgotówkowym sposobie przeprowadzania rozliczeń, a nie o "przelewie," którym to terminem posłużył się ustawodawca w art. 45 ust. 7 Pzp. Również instytucję "polecenia przelewu", a nie "przelewu", definiuje ustawodawca w art. 63 Prawa bankowego. Poleceniem przelewu jest więc udzielona bankowi dyspozycja dłużnika, obciążenia jego rachunku określoną kwotą i uznania tą kwotą rachunku wierzyciela. Definicja ta wskazuje na sekwencję czynności posiadacza rachunku oraz banków, a jednym z elementów jest "przelanie" (przelew) pieniędzy z jednego rachunku bankowego, na inny. Skoro ustawodawca w jednym akcie prawnym (w Prawie bankowym) posługuje się pojęciem "polecenie przelewu," w innym zaś akcie prawnym używa słowa "przelew" (w Prawie zamówień publicznych), to nie można uznać za tożsame znaczenia obu tych pojęć, bo nie są one synonimami. W przekonaniu Odwołującego, podstawą dokonania przelewu może być zarówno polecenie przelewu, jak i wpłata gotówkowa. Nie można więc w żadnym wypadku twierdzić, iż ustawodawca posługując się w ustawie Pzp terminem "przelew" wymagał od wykonawców wpłacenia wadium wyłącznie na podstawie "polecenia przelewu." Powyższa

analiza upoważnia więc do wniosku, że przelew może być dokonany między innymi, na podstawie polecenia przelewu, ale i wpłaty gotówkowej, a więc złożonego w kasie banku zlecenia przelania określonej kwoty na wskazany rachunek bankowy, w tym lub innym banku. Przelewem jest bowiem czynność przekazywania pieniędzy (przeniesienia środków pieniężnych), w szczególności między rachunkami bankowymi, czy też między kasą banku, w którym założony jest dany rachunek, jak i kasą w innym banku, a wskazanym rachunkiem bankowym. Odwołujący wykluczył niebezpieczeństwo wystąpienia zjawiska "prania brudnych pieniędzy," bowiem bank zobowiązany jest do stosowania odpowiednich przepisów, zapobiegających temu procederowi. W myśl art. 8 i 9 ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1505 ze zm.), banki mają określone obowiązki, związane z rejestracją transakcji niezależnie od podstawy ich dokonywania. Chociaż, co do zasady, rejestracji podlegają transakcje, których równowartość przekracza 15 000 euro, to bank przyjmując dyspozycję klienta - obowiązany jest zarejestrować taką transakcję, bez względu na jej wartość i charakter, zawsze wtedy, gdy okoliczności wskazują, że wartości majątkowe mogą pochodzić z nielegalnych źródeł. Gdyby Zamawiający zapisał w SIWZ obowiązek wniesienia wadium w pieniądzu na jego rachunek bankowy określoną drogą, to znaczy „poleceniem przelewu,” Odwołujący postąpiłby zgodnie z tym postanowieniem. Skoro zaś Zamawiający wskazał, że wadium w pieniądzu należy wnieść na wskazany rachunek bankowy, Odwołujący wybrał najszybszą i najpewniejszą drogę gotówkowe rozliczenie pieniężne na podstawie wpłaty gotówkowej. W ten bowiem sposób kwota 11 000 PLN trafiła na rachunek bankowy Zamawiającego niezwłocznie po przyjęciu przez BGŻ S.A. zlecenia. Dzięki temu Odwołujący uniknął niebezpieczeństwa niedotrzymania terminu wpłaty wadium, szczególnie, że termin ten został wyznaczony na poniedziałek 22 grudnia 2008 r., na godzinę 12:00, a wiadomo, że banki nie realizują poleceń przelewu w soboty i niedziele. Przeniesienie środków pieniężnych, na podstawie polecenia przelewu pomiędzy różnymi bankami, zabiera zdecydowanie więcej czasu. Ponadto Odwołujący wskazywał na drugą istotną okoliczność tej sprawy. Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium. Wniesienie wadium jest dokonane w chwili gdy interesy zamawiającego, postrzegane przez pryzmat celu wadium, są zabezpieczone. Tą chwilą jest data, w której pieniądze w wymaganej kwocie wpłynęły na rachunek bankowy zamawiającego (gdy wadium jest wnoszone w pieniądzu). Tak też stanowi SIWZ: "Wykonawca, który nie wnieśli wadium lub nie zabezpieczy oferty akceptowalną formą wadium zostanie wykluczony z postępowania, a jego oferta zostanie uznana za odrzuconą" (pkt 12.3 SIWZ). Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek

sprawdzenia i upewnienia się, przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania, że wadium nie zostało wniesione i wyraźnie uzależnia wykluczenie z postępowania od "nie wniesienia wadium." Przepisy Pzp nie przewidują możliwości wykluczenia z postępowania wykonawcy, który wniósł wadium w przewidzianej formie - w pieniądzu, w wymaganej wysokości -11 000 PLN, w wyznaczonym terminie - przed upływem terminu składania ofert oraz we właściwym miejscu - na rachunek bankowy Zamawiającego. Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 lipca 2008 r. nr KIO/UZP 663/08, w sprawie o takim samym stanie faktycznym jak niniejszy, gdzie jeden z wykonawców (Konsorcjum) wniósł wadium w pieniądzu na rachunek bankowy zamawiającego, przez wpłatę gotówki w kasie banku prowadzącego rachunek bankowy zamawiającego. Skład orzekający Izby uznał, że „literalne brzmienie ww. przepisu wskazuje, iż tylko i wyłącznie brak wadium na rachunku wskazanym przez Zamawiającego do upływu terminu składania ofert, a więc jego nie wniesienie, skutkować może wykluczeniem wykonawcy z postępowania. W niniejszym postępowaniu wymagana kwota zabezpieczenia wadium oferty została faktycznie wniesiona, tak więc oferta Konsorcjum była skutecznie zabezpieczona, poprzez fakt spoczywania na rachunku bankowym Zamawiającego wymaganej kwoty, z której może on w każdej chwili się zaspokoić - w sytuacjach określonych w ustawie Pzp. Cel wadium został zatem osiągnięty. Dlatego też wykonawca Konsorcjum nie może zostać wykluczony z postępowania ze względu na brak wadium, które faktycznie zostało wniesione. Ustawodawca w przepisie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp nie przewidział konsekwencji dla wykonawców, którzy wnieśli wadium w sposób inny niż określony w art. 45 ust. 7 ustawy Pzp." Odwołujący podkreślił, że cytowany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, został uznany za prawidłowy przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu, który w uzasadnieniu swojego wyroku z dnia 29 września 2008 r. (sygnatura X Ga 260/08) stwierdza, że: "Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wnioskując, że przepis ten nie przewiduje możliwości wykluczenia wykonawcy w sytuacji gdy wadium zostało skutecznie wniesione. W myśl powołanego przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, [...] nie ma w nim mowy o złożeniu wadium w niewłaściwej postaci, więc nie można z niego wysuwać tak daleko idących wniosków, jakie życzyliby sobie skarżący. [...] Wykluczeniu podlega wyłącznie wykonawca, który wadium nie wniósł, lub wniósł je w niewłaściwej formie. Za formę należy zaś zgodnie z ust. 6 (art. 45 Pzp) uznać pieniądź, a nie drogę, którą wadium wpłynęło na wskazane konto. [...] W wyroku ZA z dnia 20 czerwca 2007 r. (UZP/ZO/0-690/07) postawiono tezę: wykonawcę zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wyklucza się z postępowania, jeżeli nie wniesie wadium. Przepis ten musi być interpretowany literalnie. Z faktu, że wadium było złożone w inny sposób, niż wynikający ze specyfikacji, nie można wyprowadzać tezy o braku wniesienia wadium. Z powyższego wynika, że w sytuacji uiszczenia na rachunek bankowy wskazany w specyfikacji

warunków zamówienia kwoty wymaganego wadium, nie można mówić o braku wadium, co z kolei implikuje wniosek o niemożliwości wykluczenia uczestnika postępowania z tego tylko powodu, że kwota ta nie wpłynęła drogą przelewu." Dalej Odwołujący wywodził, że zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, w procedurze o udzielenie zamówienia, zamawiający od wykonawców może żądać wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Dokumenty, jakich może żądać zamawiający w celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp, zostały wymienione w sposób wyczerpujący w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605 ze zm.). Nie znajduje się wśród nich dokument potwierdzający wniesienie wadium w pieniądzu na rachunek bankowy zamawiającego. Zażądanie zaś przez Zamawiającego przedstawienia stosownych dokumentów na potwierdzenie wniesienia wadium w pieniądzu jest działaniem niezgodnym z prawem. Skoro więc zamawiający, w świetle obowiązujących przepisów nie może zobowiązać wykonawców do przedłożenia dokumentów potwierdzających sposób wniesienia wadium w pieniądzu, nie może także skutecznie weryfikować tego sposobu, bez narażania się na zarzut nierównego traktowania wykonawców albo zarzut niezgodnego z prawem żądania dokumentów. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył więc także przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz przepisy wspomnianego rozporządzenia, bowiem zażądał on w specyfikacji istotnych warunków zamówienia od wykonawców w sposób wyraźny i jednoznaczny przedłożenia dokumentów, których nie miał prawa wymagać: "potwierdzoną przez wykonawcę za zgodność z oryginałem kopię dokumentu wniesienia wadium należy załączyć do wewnętrznej koperty oferty" (pkt 12.2 SIWZ). Gdyby Zamawiający, przez żądanie przedłożenia dokumentu potwierdzającego uiszczenie wadium – nie naruszył przepisów Pzp, nie wiedziałyby jaką drogą wadium Odwołującego wniesione w pieniądzu trafiło na jego rachunek bankowy. Z informacji dotyczącej stanu jego rachunku bankowego wynikałoby zaś jednoznacznie, że wadium zostało przez Odwołującego uiszczone. Wiedza o drodze wniesienia wadium w formie pieniężnej, została przez Zamawiającego uzyskana na skutek naruszenia przepisów ustawy. Dlatego też czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania, uznać należy za naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający przez bezpodstawne wykluczenie wykonawcy i dokonanie oceny ofert z pominięciem oferty Odwołującego, uniemożliwia uzyskanie przedmiotowego zamówienia, pomimo iż Odwołujący - tak jak pozostali wykonawcy, spełnił wszystkie formalne warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek wniesienia wadium. W związku z powyższym nie istniały podstawy do zastosowania przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, czyli do uznania oferty Odwołującego za odrzuconą. A w konsekwencji nie było podstawy do odrzucenia jego oferty

w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego stanowi więc naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego doprowadziło do dokonania przez Zamawiającego badania i oceny ofert z pominięciem oferty Odwołującego, w związku z czym Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, mimo iż Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą na część nr: 3, 7, 9, 10, 14 oraz 16. W myśl art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający powinien wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z postanowieniami pkt 17.7 oraz pkt 19.1 i 19.6 SIWZ: "przy wyborze oferty, w każdym z pakietów określonych w pkt 3 SIWZ, obowiązuje wyłącznie kryterium ceny. Zamówienie winno zostać udzielone wykonawcy, który zaoferuje w danym pakiecie najniższą cenę łączną brutto. Przy wyborze oferty zamawiający będzie się kierował następującym kryterium i ich znaczeniem: cena ofertowa -100%", a "za ofertę najkorzystniejszą uznana zostanie oferta, która w sumie uzyska największą ilość punktów". Bezpodstawne, zdaniem Odwołującego odrzucenie jego oferty, doprowadziło do dokonania przez Zamawiającego badania i oceny ofert z pominięciem oferty wykonawcy, który w pakietach nr 3, 7, 9, 10, 14 i 16 zaoferował cenę niższą niż wykonawcy, których oferty wybrane zostały jako najkorzystniejsze. W związku z powyższym uznać należy, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem wybrał jako oferty, które na podstawie przewidzianego w SIWZ kryterium oceny ofert (cena ofertowa), nie były ofertami najkorzystniejszymi w przypadku pakietów nr: 3,7,9, 10, 14 i 16. Bezpodstawne, w ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty, jako wykonawcy, który nie podlegał wykluczeniu z postępowania, doprowadziło w konsekwencji także do unieważnienia przez Zamawiającego jednej części przedmiotu zamówienia - pakietu nr 15 - Leśnictwo Brzozowa Góra. Nie istniały podstawy do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania. Odwołujący złożył ofertę między innymi na pakiet nr 15, oferta ta jest ważna. Unieważniając postępowanie w zakresie pakietu nr 15, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Doszło bowiem do unieważnienia części postępowania, pomimo iż złożono przynajmniej jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił fakt, iż celem ustawy Pzp jest zapewnienie należytego wydatkowania środków publicznych i zabezpieczenie interesów zamawiającego, tak aby uzyskać jak największe korzyści przy jak najmniejszych wydatkach, poczynionych w tym celu (zasada uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów). Dlatego też przy przeprowadzaniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wysoce niewskazany jest nadmierny formalizm oraz literalne interpretowanie przepisów prawa, bez zwracania uwagi na cel poszczególnych instytucji ustawowych oraz samej ustawy. Formalizm i

literalność wykładni mogą bowiem prowadzić do sytuacji, w której zamawiający na realizację danego zamówienia zmuszony będzie wydatkować środki w kwocie znacznie wyższej niż ta, która wynikała z oferty faktycznie najkorzystniejszej. Taka właśnie sytuacja może mieć miejsce w niniejszym postępowaniu. Odwołujący zaoferował bowiem ceny dla części nr: 3, 7, 9, 10, 14 i 16 znacznie korzystniejsze niż te, które zaoferowane zostały w ofertach wybranych przez Zamawiającego. Łączna różnica w cenach wynosi prawie 35 000 zł. Ponadto, Zamawiający unieważnił postępowanie na pakiet nr 15 i w celu udzielenia tego zamówienia publicznego zmuszony będzie przeprowadzić jeszcze jedno postępowanie przetargowe, co bez wątpienia pociągnie za sobą dodatkowe koszty.

Pismem z dnia 26 stycznia 2009 r., doręczonym 27 stycznia 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu tej decyzji podniósł, że zgodnie z treścią art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, wadium wniesione w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego. Przepis ten jednoznacznie określa w jakiej formie winno być wniesione wadium w pieniądzu. Jego wykładnia literalna nie budzi wątpliwości. Zamawiający w SIWZ wyraźnie określił, że wadium w formie gotówkowej nie będzie przyjmowane. Zdaniem Zamawiającego, okoliczność bezsporną stanowi, że Odwołujący nie wniósł wadium w sposób określony w cytowanym przepisie. W żadnym przypadku nie można uznać wpłaty gotówkowej za przelew. Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe w art. 63 ust. 2 i 3 wskazuje, że rozliczenia gotówkowe przeprowadza się m.in. przez wpłatę gotówki na rachunek wierzyciela, a rozliczenia bezgotówkowe przez polecenie przelewu. Tym samym wpłata gotówkowa i przelew zostały wyraźnie rozgraniczone. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający argumentował, że wpłata wadium w formie gotówkowej, a więc sprzecznej z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, skutkuje wykluczeniem wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego, za takim poglądem opowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 lutego 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 81/08.

W odwołaniu wniesionym w dniu 3 lutego 2009 r., z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w części: 3,7,9,10,14 i 16;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy Zakład Usług Leśnych FANGORN Artur Kunda z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty w zakresie części: 3,7,9,10,14 i 16;
- 3) dokonania ponownej oceny spełniania przez wykonawców formalnych warunków udziału w postępowaniu oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert

z uwzględnieniem oferty Odwołującego zakresie części: 3,7,9,10,14 i 16;

4) dokonania ponownego wyboru ofert najkorzystniejszych i wybranie jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Usług Leśnych FANGORN Artur Kunda w częściach (pakietach) zamówienia o numerach 3, 7, 9, 10, 14, 15 i 16.

5) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania na część 15 zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że stan faktyczny sprawy o sygnaturze KIO/UZP 79/08 i 81/08, na który to wyrok powołał się Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, nie odpowiada ściśle okolicznościom niniejszego przypadku. Skoro Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieścił taki sam zapis "wadium w formie pieniężnej należy wnieść na rachunek bankowy zamawiającego nr: 04 2030 0045 1110 0000 0075 9640, z dopiskiem na blankiecie następującej treści: "wadium -5-2710-4/2008 - pakiety nr...." oraz powołuje się na to właśnie orzeczenie, gdzie Izba stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy i unieważniła postępowanie. To tak samo Zamawiający winien unieważnić postępowanie, ze względu na błędne dyspozycje, co do wniesienia wadium, a nie obciążać wykonawcy skutkami nieprawidłowych postanowień specyfikacji i wykluczać go z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt postępowania, protokołu postępowania wraz z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego.

Nadto rozważyła stanowiska stron, zawarte w złożonych pismach oraz przedstawione przez pełnomocników do protokołu rozprawy.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Okres związania ofertą został wyznaczony na 60 dni i biegnie wraz z terminem składania ofert, wyznaczonym na 22 grudnia 2008 r. godz. 12:00.

W zakresie dotyczącym zarzutów protestu, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera następując regulacje.

Pkt 12. Wymagania dotyczące wadium. Zamawiający wymaga wniesienia wadium w kwocie 1000,00 zł. na zabezpieczenie oferty, składanej na każdą część zamówienia.

Pkt 12.2 Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach:

– między innymi w pieniądzu.

W punkcie tym, zawarta została następująca dyspozycja – wadium w formie pieniężnej należy wnieść na rachunek bankowy zamawiającego nr: 04 2030 0045 1110 0000 0075 9640, z dopiskiem na blankiecie następującej treści: "wadium -5-2710-4/2008 - pakiety nr....," Wadium w formie gotówkowej nie będzie przyjmowane. Wadia, wnoszone w innych formach niż pieniężna, należy deponować w kasie siedziby Zamawiającego potwierdzoną

przez wykonawcę za zgodność z oryginałem, kopię dokumentu wniesienia wadium należy załączyć do wewnętrznej koperty oferty.

Pkt 12.3 Wadium musi być wniesione najpóźniej do wyznaczonego terminu składania ofert, tj. do dnia 22.12.2008 r., do godz. 12:00. Wniesienie wadium będzie skuteczne, jeżeli w podanym terminie znajdzie się na rachunku bankowym zamawiającego. Wykonawca, który nie wniesie wadium, lub nie zabezpieczy oferty akceptowalną formą wadium, zostanie wykluczony z postępowania, a jego oferta zostanie uznana za odrzuconą.

W punkcie 19 SIWZ Zamawiający podał, że za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana ta, która uzyska największą ilość punktów w jedynym kryterium ceny.

Bezsporne między stronami oraz potwierdzone dowodami złożonymi w sprawie, są okoliczności faktyczne, że postępowanie zostało podzielone na 21 części. Odwołujący złożył oferty na część nr 1,2,3,7,9,10,14,15,16,18,20. Oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę na pakiety – części nr 3,7,9,10,14,15 i 16. Odwołujący wniósł wadium w kwocie wymaganej 11 000,00 zł., zabezpieczające jego ofertę złożoną na 11 części zamówienia. Bezsporne jest, że wadium zostało wniesione w formie pieniężnej, a kwota 11 033, 00 zł. (wraz z prowizją bankową) została wpłacona gotówką w Banku Gospodarki Żywnościowej S.A. Oddział w Ełku na wskazane konto Zamawiającego, prowadzone w tym Banku, w dniu 22.12.2008 r. o godz. 9:44. Odwołujący w dokumentach oferty nie dołączył kopii tego dowodu wpłaty (dowód ten został dołączony do protestu). Zamawiający ustalał sposób wniesienia wadium w formie pieniężnej przez wykonawców, na podstawie wydruku, obrazującego operacje przeprowadzone przez Bank, na rachunku wskazanym do wnoszenia wadium. Na podstawie adnotacji Banku, o wpłacie gotówkowej, powziął wiadomość, co do sposobu wniesienia wadium w pieniądzu przez Odwołującego. W odniesieniu do wniesienia wadium w pieniądzu, przez innych wykonawców, Bank używa określeń „przelew wewnętrzny” lub też „przelew uznaniowy.” Bez wątpliwości Izba stwierdza, że wadium wpłacone przez Odwołującego:

1. zostało wniesione w dopuszczalnej przepisami art. 45 ust. 6 Pzp, formie pieniężnej,
2. zostało przekazane przez Bank na właściwy – wskazany rachunek Zamawiającego,
3. zostało wniesione w terminie wyznaczonym, przed złożeniem oferty,
4. zostało wniesione w wymaganej kwocie,
5. pozostaje nadal i bez przerw na koncie Zamawiającego.

Okoliczności powyższe, Zamawiający mógł ustalić dostępnymi środkami, były mu zatem znane w dacie dokonywania badania i oceny ofert. W przekonaniu Izby, postanowienia punktu 12.2 SIWZ o treści – wadium w formie pieniężnej należy wnieść na rachunek bankowy zamawiającego nr: 04 2030 0045 1110 0000 0075 9640, z dopiskiem na blankiecie następującej treści: "wadium -5-2710-4/2008 - pakiety nr..." Wadium w formie gotówkowej nie będzie przyjmowane," wykonawcy mogli odczytać w ten sposób, że jedyne zastrzeżenie

odnośnie wpłat gotówkowych wadium, dotyczy nie przyjmowania wpłat na ten cel w kasie Zamawiającego. Skoro już Zamawiający zdecydował się na umieszczenie tego rodzaju pouczenia w SIWZ, winien to uczynić w sposób jasny, podając, że wszelkie wpłaty gotówkowe, realizowane za pośrednictwem podmiotów świadczących usługi przekazywania środków pieniężnych, nie będą uznawane za prawidłowe wniesienie wadium, a wykonawca będzie podlegał wykluczeniu z postępowania. Zamawiający nie wskazał, że jedynym dopuszczalnym sposobem wniesienia wadium w formie pieniężnej, jest przelanie wymaganej kwoty z rachunku bankowego wykonawcy, na wskazany rachunek bankowy Zamawiającego w drodze polecenia przelewu. Zasadnie Odwołujący podnosił, że cytowany zapis SIWZ mógł się odnosić jedynie do obsługi w kasie Zamawiającego, gdyż jego dyspozycje dotyczące zakazu przyjmowania wpłat gotówkowych, z przeznaczeniem na wpłatę wadium w tym postępowaniu, z oczywistych względów nie mogły być w tym zakresie respektowane przez inne podmioty (łącznie z bankami), które mogły taką usługę świadczyć dla wykonawcy.

Niezaprzeczalnie przepis art. 45 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego. Izba podzieliła jednak stanowisko prezentowane przez Odwołującego, że określenia „wpłaca się przelewem” nie można zawęzić jedynie do jednego ze sposobów płatności realizowanych przez banki, z wymienionych w art. 63 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo Bankowe (Dz. U z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.), to jest tylko do polecenia przelewu. Użyty w tym przepisie zwrot „w szczególności” dowodzi, że nie jest to zamknięty katalog instrumentów bankowych, mogących służyć przelewaniu – przekazywaniu środków pieniężnych, pomiędzy uczestnikami obrotu. Z tych względów, nie jest wykluczone, że wpłata gotówkowa, podlega dalszym czynnościom przekazywania środków na rachunek docelowy (przelewu). Ponadto określenie „wpłaca się przelewem” nie oddaje istoty polecenia przelewu, do którego nie można odnosić określenia „wpłata”. Przepis art. 45 ust. 7 Pzp nie odsyła wprost do przepisów Prawa bankowego, zatem przepisy tej ustawy mogą znajdować jedynie zastosowanie posiłkowo.

Komentarz do Prawa zamówień publicznych pod redakcją G. Wicika i P. Wiśniewskiego wydawnictwo C.H.Beck 2007 r. str. 299, podaje, że przez wnoszenie wadium w pieniądzu przelewem na rachunek zamawiającego, została wyeliminowana możliwość wnoszenia wadium w gotówce w kasie Zamawiającego, a w zamyśle ustawodawcy przepis ten miał przeciwdziałać wprowadzaniu do legalnego obrotu pieniędzy z nielegalnych źródeł. Należy zgodzić się z Odwołującym, że nawet w przypadku wpłat gotówkowych, cel ten jest realizowany na podstawie stosownych procedur ustalonych w przepisach ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o

przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1505 ze zm.). Banki oraz inne podmioty wymienione w art. 2 tej ustawy mają określone obowiązki związane z rejestracją transakcji, których równowartość co do zasady, przekracza 15 000 euro. W przypadku pieniężnej formy wadium, komentatorzy podstawowe znaczenie przypisują uznaniu rachunku bankowego wierzyciela należną kwotą wadium, co jest jednoznaczne z wywiązaniem się w ustalonym terminie z wniesienia wadium (tak SN w uchwale z 4.01.1995 sygn. akt III CZP 164/94 (OSNC 1995/4/62) – spełnienie świadczenia bezgotówkowego następuje w dniu uznania rachunku bankowego wierzyciela, chyba że strony postanowiły inaczej. Zbliżone stanowisko zawiera komentarz do Prawa zamówień publicznych wydanie z 2007 r. pod redakcją T. Czajkowskiego, str. 199 –200 „wadium może być wniesione w pieniądzu, przy czym ustawodawca wyłącza możliwość wniesienia wadium w gotówce. Wadium w pieniądzu wpłaca się na rachunek bankowy zamawiającego. Pieniądze muszą wpłynąć na rachunek wskazany w ogłoszeniu i w SIWZ.”

Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 Nr 155, poz. 1095 ze zm.) nakłada w art. 22 ust. 1 obowiązek dokonywania lub przyjmowania płatności związanych z wykonywaną działalnością gospodarczą za pośrednictwem własnego rachunku bankowego, w każdym przypadku, gdy stroną transakcji jest inny przedsiębiorca, a jednorazowa wartość transakcji, bez względu na liczbę płatności przekracza równowartość 15 000 euro. Należy więc stwierdzić, że Odwołujący dochował aktów staranności, aby zabezpieczyć swoją ofertę w sposób należyty wadium. Stanowisko Odwołującego jest logiczne, spójne i zgodne z regułami doświadczenia życiowego. Skoro termin składania ofert został wyznaczony na poniedziałek 22 grudnia 2008 r., to chcąc dochować tego terminu, pewniejszą drogę stanowiła wpłata gotówkowa w Banku, w którym Zamawiający posiada konto, co umożliwiło bezzwłoczne przekazanie tej kwoty na właściwe konto, w wewnętrznym obrocie bankowym, i niezwłoczne uzyskanie przez Odwołującego potwierdzenia dokonania tej operacji. Pewności takiej nie dawało polecenie zapłaty (przelewu), realizowanego z własnego konta Odwołującego w innym banku, gdzie faktyczna data uznania rachunku wierzyciela, która jest decydująca przy wnoszeniu wadium, zależy od sprawności procedur międzybankowych. Materiał dowodowy pozwala na przyjęcie, że Odwołujący, wnosząc wadium w wymaganej kwocie 11000 PLN na wszystkie 11 części zamówienia, dostosował się ściśle do wskazówek Zamawiającego, zawartych w SIWZ, że „Zamawiający nie będzie przyjmował wpłaty wadium dokonanej gotówkowo, (...) wadium w formie pieniężnej (bez zaznaczenia sposobu realizacji) należy wnieść na rachunek bankowy nr. ...” Negatywne skutki mylnych czy nieprecyzyjnych wskazówek Zamawiającego, odnoszących się do sposobu sporządzenia oferty, a także wniesienia wadium, nie mogą obciążać wykonawcy, który się do nich w dobrej wierze dostosował.

Jeżeli w postępowaniu dochodzi do naruszenia przepisów ustawy, mających wpływ na jego wynik, Zamawiający winien ewentualnie unieważnić postępowanie, jak uczynił to skład orzekający KIO w wyroku sygn. akt KIO /UZP 79/08 i 81/08 z 15 lutego 2008 r. Z uwagi jednak na uchylenie dyspozycji art. 191 ust. 2 pkt 3 Pzp, przepisami ustawy z 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), obecnie Izba nie może orzekać z urzędu o unieważnieniu postępowania. Należy podkreślić, że orzecznictwo w kwestii sposobu wniesienia wadium w formie pieniężnej, nie jest jednolite. W wyrokach Zespołu Arbitrów – wyrok ZA z 23.09.2004 r. UZP/ZO/0-1532/04, wyrok ZA z 20.06.2007 UZP/ZO/0-690/07, wyrok ZA z 25.04.2007 UZP/ZO/0-462/07, wyrok ZA z 06.02.2006 UZP/ZO/0-285/06, forma gotówkowa została uznana za akceptowalną, gdy środki pieniężne wadium zostały wniesione na konto zamawiającego, zabezpieczając skutecznie jego interesy. W wyroku z dnia 10.10.2005 sygn. akt UZP/ZO/0 – 2788/05 Zespół Arbitrów uznał wniesienie wadium przez wpłatę gotówkową na rachunek bankowy Zamawiającego za niedopuszczalne i powodujące wykluczenie wykonawcy z postępowania. Na odmiennie skutki z sytuacji wynikłej z gotówkowego sposobu wpłaty wadium, wskazuje wyrok z dnia 14.07.2008 r. sygn. KIO/UZP 663/08, w którym Krajowa Izba Odwoławcza, opowiedziała się za stanowiskiem, iż wpłacenie kwoty wadium gotówką na rachunek bankowy Zamawiającego, nie może stanowić podstawy dla wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdyż takie następstwa są związane jedynie z brakiem wniesienia wadium. Co istotne, pogląd ten został zaaprobowany w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 29 września 2008 r. sygn. akt X Ga 260/08, gdzie Sąd ten jednoznacznie stwierdził, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nie znajduje zastosowania i nie daje możliwości wykluczenia wykonawcy, gdy wadium zostało skutecznie wniesione. „W sytuacji uiszczenia na rachunek bankowy wskazany w specyfikacji, kwoty wymaganego wadium, nie można mówić o braku wadium, co z kolei implikuje wniosek o niemożliwości wykluczenia uczestnika postępowania z tego tylko powodu, że kwota ta nie wpłynęła drogą przelewu.” Takie stanowisko podziela również skład orzekający Izby w niniejszej sprawie. Okoliczność bezsporną stanowi, że w wyznaczonym terminie nastąpiło uznanie rachunku Zamawiającego, w wymaganej kwocie wadium, co przesądza o tym, że wadium zostało wniesione i nadal pozostaje na rachunku Zamawiającego, zabezpieczając ofertę w taki sposób, że Zamawiający może bez przeszkód uczynić użytek ze zdeponowanej kwoty wadium, w przypadku gdy będą ku temu zachodziły uzasadnione podstawy. Sankcją wykluczenia z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, zagrożone jest jedynie nie wniesienie wadium na cały okres związania ofertą. Ustawodawca nie dopuścił wykluczenia wykonawcy z postępowania, w przypadku, odmiennego sposobu wniesienia wadium, niż w drodze polecenia przelewu bankowego. Przepis ten nie zawiera bowiem dyspozycji, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium w

sposób określony w art. 45 ust. 7 Pzp. Sam Zamawiający w pkt 12.3 SIWZ uprzedził, że jedynie „wykonawca który nie wniesie wadium, zostanie wykluczony z postępowania, jego oferta zostanie uznana za odrzuconą.” Wniesienie wadium w pieniądzu będzie skuteczne, jeżeli w podanym terminie znajdzie się na rachunku Zamawiającego, co niewątpliwie zostało spełnione. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że żadne postanowienie SIWZ nie wskazywało, jaką drogą wadium w formie pieniężnej powinno zostać na ten rachunek wniesione. Zamawiający twierdząc w informacji o rozstrzygnięciu przetargu, że "wadium w tej formie jest niedopuszczalne zgodnie z art. 45 ust. 6 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (dopuszczalny jest tylko przelew)," postąpił niezgodnie z własnymi żądaniami wyrażonymi w treści SIWZ. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia mowa jest wyłącznie o obowiązku wpłacenia wadium na rachunek bankowy Zamawiającego (co Odwołujący uczynił), nie ma zaś w ogóle słowa "przelew," a tym bardziej "polecenie przelewu."

Izba miała na uwadze, iż mimo, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną, to ustawodawca w dokonanych nowelizacjach ustawy Prawo zamówień publicznych, a w ślad za tym linia orzecnicza, odchodzi od traktowania wymogów formalnych na równi z istotną dla realizacji zamówienia treścią oferty, przy zachowaniu przesłanek formalnych, jedynie bezwzględnie koniecznych, znajdujących umocowanie w ustawie i pełniących rolę służebną, dla wyłonienia najkorzystniejszej oferty i wyboru wykonawcy, zdolnego należycie wykonać zamówienie. Dotyczy to również wnoszenia wadium, gdzie nadrzędnym celem jest zabezpieczenie złożonej oferty, tym samym interesów zamawiającego, przez możliwość zatrzymania wadium, w przypadku gdy zachodzą ku temu uzasadnione podstawy.

Materiał dowodowy sprawy i poczynione ustalenia potwierdziły naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wskutek bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty. Konsekwencją jest również naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybór ofert w pakietach nr 3,7,9,10,14 i 16, gdzie zaoferowane ceny są wyższe niż w ofercie Odwołującego. Nie zachodziły podstawy do unieważnienia postępowania w zakresie części 15 zamówienia, skoro oferta Odwołującego jest prawidłowa i nie podlegająca odrzuceniu. Czynność unieważnienia w tej części postępowania, narusza zatem art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Następstwem stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy Pzp, jest nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, ustanowionych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Niewątpliwie wskazane naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, miały wpływ na wynik postępowania i to wpływ istotny, pozbawiły bowiem Odwołującego uzyskania zamówienia publicznego na 7 pakietów, pomimo iż złożył najkorzystniejszą ofertę. W myśl

zaś art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Izba nie znalazła natomiast podstaw do przypisania Zamawiającemu, naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, przez żądanie przedłożenia dokumentów, potwierdzających wniesienie wadium.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust 1 i 2 pkt 1 i 2 Pzp.

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

Za uzasadnione koszty Odwołującego Izba uznała kwotę 3 600 zł w oparciu o złożony rachunek na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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, z 2008 , Nr 182, poz. 1122).

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*