Sygn. akt: KIO 4767/24

WYROK

Warszawa, dnia 31 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **FCC Polska sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** oraz **FCC Śląsk sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Gminę Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów,ul. Smolenia 35, 41-902 Bytom,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawcy **Reko Prime sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 104, 42-300 Myszków,**

orzeka:

1.**oddala odwołanie**,

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 4767/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów, ul. Smolenia 35, 41-902 Bytom, prowadzi w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług związanych z odbiorem, wywozem i utylizacją odpadów w 2025 r. z podziałem na zadania z możliwością zastosowania opcji", numer referencyjny: DNP.260.39.2024.TP2.U. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.11.2024 r., nr 2024/BZP 00608303/01.

W dniu 16.12.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: FCC Polska sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze oraz FCC Śląsk sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze (dalej: „Odwołujący"), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 97 ust. 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez niezgodne z ww. przepisami dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w sytuacji w której:

a)czynność polegająca na wniesieniu wadium została dokonana przez Odwołującego w sposób prawidłowy, tj. na jeden dzień przed upływem terminu składania ofert, za pośrednictwem przelewu bankowego. Przelewy zostały wykonane na prawidłowy rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego, nie mogły być odwołane, środki stanowiące kwotę wymaganego wadium w konsekwencji zabezpieczały ofertę złożoną zarówno dla części pierwszej jak i części drugiej przedmiotu zamówienia, w taki sposób, że Zamawiający mógł w przypadkach wskazanych ustawie Pzp dokonać zatrzymania wadium - innymi słowy: funkcja polegająca na zabezpieczeniu oferty wykonawcy poprzez wniesione wadium w tym wypadku, ponad wszelką wątpliwość, jest zachowana,

b)Zamawiający wraz z uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego nie przedłożył właściwego dowodu braku wpływu wadium wpłaconego przez Odwołującego.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„4. Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne i prawne dla czynności odrzucenia oferty dla obu zadań:

Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca wniósł wadium na Zadanie nr 1 w kwocie 3 500,00 zł po upływie terminu na składanie ofert. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 29.11.2024 r. do godz. 10.00, natomiast wadium zostało zaksięgowane elektronicznie na rachunku bankowym Zamawiającego w dniu 29.11.2024 r. godz.11.17. (…)

10. Odwołujący na dzień przed terminem składania ofert dokonał dwóch przelewów – osobno dla każdego z zadań, tytułem wpłaty wadium, które ma zabezpieczać oferty Odwołującego. Przelewy zostały wykonane o godzinie 14.57 w dniu 28.11.2024 r. na rachunek bankowy podany w SWZ.

11. Odwołujący zwrócił się do banku, z którego wykonywany był przelew o wydanie potwierdzenia w jakim w czasie, to

jest w jakiej dacie i godzinie, zostały zrealizowane przelewy, stanowiące zabezpieczenia wadium dla każdej z ofert (każdego z zadań) złożonych w postępowaniu. 12 grudnia 2024 roku odwołujący otrzymał potwierdzenie z w banku, z którego wynika, że przelewy te zostały zrealizowane, a zatem, że nie było możliwe ich anulowanie po zrealizowaniu już o godzinie 14.57 w dniu 28.11.2024 r. Odwołujący nie może ponosić odpowiedzialności za opieszałość banku Zamawiającego, tym bardziej, że sesje przychodzące w VeloBanku (bank Zamawiającego) odbywają po godzinach 10:00, 14:00 i 17:00. Zatem w sytuacji prawidłowego działania banku, prowadzącego rachunek bankowy Zamawiającego, już na dzień przed terminem składania ofert pieniądze przelane tytułem wadium winny być już na rachunku Zamawiającego.

12. Ponadto w SWZ Zamawiający wskazał szczegółowe informacje w zakresie korzystania Platformy (str. 6-7 SWZ) oraz w zakresie wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej - Rozdział XXIX pkt. 5 SWZ na stronie 19. Natomiast w zakresie wniesienia wadium w formie pieniężnej wskazano tylko numer konta wraz z nazwą banku Zamawiającego i informacją o konieczności wniesienia wadium przed terminem składania ofert, przy czym zaznaczono, że „termin wniesienia wadium w formie pieniężnej zostanie przyjęty termin uznania rachunku Zamawiającego". Zamawiający w SWZ nie zawarł istotnej dla Wykonawcy informacji, że bank, w którym prowadzi rachunek dokonuje z opóźnieniem księgowań i nie uprzedził Wykonawców o konieczności przelania ewentualnego wadium w formie pieniężnej co najmniej dobę przed wyznaczonym terminem składania ofert. Tymczasem z ogólnodostępnych danych w VeloBank Sesje przychodzące (bank Odbiorcy w przypadku MZDiM) powinny się odbywać po godzinach 10:00, 14:00 i 17:00. Z powyższego wynika, że przelew Wykonawcy zrealizowany o godzinie 14.57 powinien zostać zaksięgowany na koncie Zamawiającego po godzinie 17.00 tego samego dnia. Zamawiający w SWZ zawarł istotne informacje dla Wykonawców, którzy dokonaliby wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej (wypunktowano poszczególne dane, które miałyby być zawarte w dokumencie) natomiast nie poinformowano zainteresowanych udziałem w postępowaniu Wykonawców o konieczności wcześniejszego przelewu o co najmniej dobę w przypadku wadium w formie pieniężnej. W SWZ wskazano jedynie techniczne uwarunkowania dotyczące działania platformy LONGINTRADE.

13. Odwołujący w tym miejscu wskazuje, że ustawodawca posługuje się pojęciem „wniesienie wadium" natomiast najistotniejszą funkcją wniesienia wadium jest faktyczne zabezpieczenie złożonej oferty. To faktyczne zabezpieczenie polega na tym, że Zamawiający w sytuacji zaistnienia przesłanek do zatrzymania wadium może to zrobić. W przedmiotowym postępowaniu ta funkcja jest zachowana. Zamawiający bowiem, gdyby rzeczywiście chciał skorzystać z uprawnienia do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego, to mógłby to w tym Postępowaniu uczynić. Innymi słowy stosując wykładnie funkcjonalną przepisu art. 97 ust. 5 ustawy Pzp należy dojść do wniosku, że wadium jest prawidłowo wniesione wtedy, gdy pozwala Zamawiającemu na skuteczne jego zatrzymanie w przypadku ziszczenia się przesłanek, któremu na to pozwalają. Oczywistym bowiem jest, że Zamawiający w przedziale czasowym od godziny 10:00 do godziny 11:17 nie byłby w stanie wykonać oceny ofert złożonych przez Odwołującego, które to oceny prowadziłyby do sytuacji zatrzymania wadium.

14. Kwestia opóźnienia wpływu środków na rachunek bankowy Zamawiającego jest okolicznością wynikającą jedynie ze sposobu pracy banku, który prowadzi rachunek bankowy Zamawiającego. Ponad wszelką wątpliwość Odwołujący, zachowując należytą staranność, dokonał zabezpieczenia ofert złożonych dla każdej z części przedmiotu zamówienia, poprzez wykonanie przelewu bankowego na dzień przed upływem terminu składania ofert.

15. Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, z którego miałoby wynikać, że rzeczywiście wadium wpłynęło na rachunek bankowy Zamawiającego w czasie późniejszym niż godzina 10:00 w dniu 29 listopada 2024 roku.

16. Odwołujący podnosi również, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości oraz poszanowania uczciwej konkurencji, czego zaniechał wobec Odwołującego w tym Postępowaniu podczas dokonywania czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający z pominięciem oferty Odwołującego dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu czym naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na szkodę Odwołującego. (…)"

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezabezpieczonej wadium

3)kontynuowania czynności badania i oceny ofert i czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 19.12.2024 r. wykonawca Reko Prime sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 104, 42-300 Myszków zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny sprawy.

Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług związanych z odbiorem, wywozem i utylizacją odpadów w 2025 r., z możliwością zastosowania opcji, z podziałem na poniższe zadania:
a) Zadanie nr 1 – Zaplecze Techniczne,
b) Zadanie nr 2 - Cmentarz Komunalny i siedziba Zamawiającego.
Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 29.11.2024 r. o godz. 10.00.

W rozdziale XXIX specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 3500 zł w Zadaniu 1 oraz 2000 zł w Zadaniu 2.

W ust. 2, ust. 4 i ust. 6 pkt 1) tego rozdziału Zamawiający wskazał, że:
2. Wadium na poszczególne zadania wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.
4. Wadium w formie pieniądza należy wnieść przelewem na konto w VELO Bank S.A. O/Bytom nr rachunku 28 1560 0013 2010 4657 5000 0037 z dopiskiem "Wykonywanie usług związanych z odbiorem, wywozem i utylizacją odpadów w 2025 r. - Zadanie nr ……; DNP.260.39.2024.TP2.U".
UWAGA: Za termin wniesienia wadium w formie pieniężnej zostanie przyjęty termin uznania rachunku Zamawiającego.
6. W przypadku wniesienia wadium w formie:
1) pieniężnej - zaleca się, by dowód dokonania przelewu został dołączony do oferty.

W dniu 11.12.2024 r. Zamawiający poinformował w obu częściach postępowania o wyborze jako najkorzystniejszych ofert Przystępującego, a także o odrzuceniu ofert Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp wskazując, że:
„*Wykonawca wniósł wadium na Zadanie nr 1 w kwocie 3 500,00 zł*[w Zadaniu 2 – w kwocie 2 000,00 zł – przyp. KIO]*po upływie terminu na składanie ofert. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 29.11.2024 r. do godz. 10.00, natomiast wadium zostało zaksięgowane elektronicznie na rachunku bankowym Zamawiającego w dniu 29.11.2024 r. godz.11.17. Zgodnie z zapisami SWZ wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku wniesienia wadium w formie pieniężnej za termin wniesienia wadium zostanie przyjęty termin uznania rachunku Zamawiającego. Oferta podlega odrzuceniu*".

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołaniei uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zarówno w art. 97 ust. 5 ustawy Pzp jak i w art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp mowa jest o „wniesieniu" wadium, co oznacza, że dla oceny prawidłowości wadium w formie pieniężnej istotny jest termin jego wpływu do zamawiającego, a nie termin jego wysłania przez wykonawcę. Innymi słowy: w przypadku wadium wnoszonego w formie pieniądza nie ma znaczenia, kiedy wykonawca wykonał przelew na konto zamawiającego, ale znaczenie ma, kiedy środki zostaną uznane na koncie zamawiającego. Również Zamawiający wyraźnie zastrzegł w SWZ, że: *„Za termin wniesienia wadium w formie pieniężnej zostanie przyjęty termin uznania rachunku Zamawiającego*". Już sam ten fakt przesądza o tym, że bez względu na czynności podjęte przez Odwołującego dzień przed terminem składania ofert, dla oceny niniejszej sytuacji liczy się data i godzina uznania przelanych przez Odwołującego środków na rachunku Zamawiającego. Skoro termin składania ofert upływał w dniu 29.11.2024 r. o godz. 10.00, a środki te zostały uznane w dniu 29.11.2024 r. o godz. 11.17., to znaczy, że wadium

zostało wniesione w obu częściach postępowania o ponad godzinę za późno.

Wobec tego nie mają znaczenia terminy sesji wychodzących z banku BNP Paribas (bank Odwołującego) i sesji przychodzących w VeloBank (bank Zamawiającego). Niemniej jednak należy zauważyć, że z oficjalnych stron BNP Paribas wynika, że ostatnia sesja wychodząca i pozwalająca na zrealizowanie przelewu tego samego dnia jest wykonywana do godz. 14.15. Oparcie się na tej informacji oznaczałoby, że przelew wykonany o godz. 14.57. (jak wynika z odwołania) musiałby zostać przekazany na rachunek Zamawiającego następnego dnia, a skoro sesje przychodzące w jego banku zaczynają się po godz. 10.00, wyjaśniałoby to, dlaczego uznanie na rachunku Zamawiającego nastąpiło 29.11.2024 r. po godz. 10.00, konkretnie - o godz. 11.17. W świetle ww. informacji ze stron internetowych banków wątpliwości budzi przedłożona przez Odwołującego informacja z BNP Paribas o tym, że oba przelewy zostały zrealizowane w dniu 28.11.2024 r. o godz. 14.57. Ale nawet gdyby, mimo wyznaczonych godzin sesji wychodzących w BNP Paribas, bank ten rzeczywiście zrealizował przelewy w tym terminie, to jak wskazano już wyżej, nie ma to znaczenia dla faktu, że ostatecznie przelane środki zostały uznane na rachunku Zamawiającego dopiero następnego dnia o godz. 11.17., czyli 77 minut po upływie terminu składania ofert. Ten fakt jest przesądzający dla stwierdzenia, że wadium zostało wniesione nieprawidłowo.

Nie można się przy tym zgodzić z Odwołującym, że mimo opóźnienia wadium zabezpieczało oferty, a zatem zachowało swój cel. Termin składania ofert upływał o godz. 10.00., otwarcie ofert nastąpiło o godz. 10.15., co oznacza, że do godz. 11.17. Zamawiający nie mógłby zatrzymać wadium w okolicznościach, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, bo nie miał dostępu do środków pieniężnych przelanych tytułem wadium. Nawet jeśli mało prawdopodobne jest, by Zamawiający dokonał badania i oceny ofert w ciągu pierwszych 77 minut od otwarcia ofert, nie zmienia to faktu, że wadium w tym okresie nie zabezpieczało ofert w obu częściach postępowania, zatem nie można twierdzić, że zachowało swój cel przez cały okres związania ofertą.

Dla oceny sytuacji zaistniałej w niniejszej sprawie nie ma także znaczenia to, że Zamawiający nie „ostrzegł" wykonawców w SWZ o konieczności dokonywania przelewów odpowiednio wcześnie i że nie przedstawił dowodu zaksięgowania środków na swoim rachunku. Po pierwsze, z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynika, że Zamawiający zobowiązany jest do instruowania wykonawców, jak wcześnie mają robić przelewy na jego rachunek tytułem wniesienia wadium, zwłaszcza że informacje o terminach sesji wychodzących i przychodzących danych banków są dostępne na stronach internetowych, więc to wykonawca powinien zadbać o zrobienie przelewu w takim czasie, by środki zostały uznane na rachunku danego zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Po drugie, z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie wynika, że podając uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia ofert zamawiający zobowiązany jest też dołączyć do niego jakieś dowody, w tym przypadku – dowody uznania środków na swoim rachunku bankowym. Zatem brak takich dowodów przy piśmie z dnia 11.12.2024 r. nie stanowi naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i nie zmienia faktu, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że dowody zaksięgowania środków na rachunku w dniu 29.11.2024 r. o godz. 11:17:55 Zamawiający dołączył do wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia w niniejszym postępowaniu odwoławczym (postanowieniem z dnia 23.12.2024 r. Izba odmówiła uchylenia ww. zakazu).

Na koniec odnosząc się do poruszonej w odwołaniu kwestii zachowania zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji, należy podkreślić, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem sformalizowanym, w którym właśnie w celu przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości (art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), określone czynności zamawiającego muszą być wykonywane w sposób ściśle zgodny z przepisami ustawy Pzp i postanowieniami zawartymi w dokumentach zamówienia. Do takich czynności należy badanie terminu wniesienia wadium. Skoro miało być ono wniesione przed upływem terminu składania ofert (art. 97 ust. 5 ustawy Pzp), a za termin wniesienia przyjęto termin uznania na rachunku Zamawiającego (rozdział XXIX ust. 4 SWZ), to wniesienie tego wadium z ponad godzinnym opóźnieniem oznacza wniesienie go w sposób nieprawidłowy. I właśnie zachowanie zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości, zwłaszcza wobec innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, wymagało w tej sytuacji odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca ...……