

Sygn. akt: KIO 2279/13

WYROK
z dnia 2 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2013 r. przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej, ul. Terebelska 57-65, 21-500 Biała Podlaska**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Białej Podlaskiej, ul. Terebelska 57-65, 21-500 Biała Podlaska** kwotę: **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę tomografu komputerowego wraz z oprogramowaniem projektu i opisu osłon stałych oraz wykonaniem budowlanych robót adaptacyjnych”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 1 sierpnia 2013 r. pod nr 2013/S 148-257041.

W postępowaniu tym wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 23 września 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 22 września 2013 r. Złożone odwołanie dotyczy czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Informacja o dokonaniu tych czynności została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu w dniu 13 września 2013 r.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 2 października 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności oraz zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) unieważnieniu postępowania;
- 2) wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą,
oraz z ostrożności,

- 3) wykluczeniu z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (uznaniu, że ze złożonych dokumentów to nie wynika) oraz odrzuceniu tej oferty (uznaniu, że podlega odrzuceniu);
- 4) zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów brakujących lub zawierających błąd, a także wyjaśnienia treści oferty.

Odwołujący wskazał na naruszenie w tym zakresie przepisów: art. 7 ust.1, 24 ust. 2 pkt 2 i 4), art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8), art. 91 ust.1, art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
 2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego (w tym uznania jego oferty za odrzuconą);
- oraz, z ostrożności:
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
 4. dokonania ponownej oceny ofert (w tym wezwania do udzielenia wyjaśnień lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów) i wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z decyzją Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania z uwagi na to, że nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, ponieważ przelew kwoty 45 000 zł wpłynął na rachunek Zamawiającego w dniu 04.09.2013 r. o godz. 11:11:21, w sytuacji gdy termin składania ofert upłynął o godz. 11:00. Podkreślił, że złożył polecenie przelewu kwoty 45 tys. zł na wskazany w SIWZ rachunek bankowy w dniu 03.09.2013 r. o godz. 14.57. Komunikat był realizowany w systemie ELIXIR, którego operatorem jest Krajowa Izba Rozliczeniowa S.A. (KIR) i bank Odwołującego zaksięgował polecenie przelewu o godz. 15.34. Wskazał też, że każdego dnia roboczego odbywają się 3 sesje rozliczeniowe w systemie ELIXIR: poranna (I), popołudniowa (II) i wieczorna (III) i w przypadku tej pierwszej koniec sesji rozrachunkowej i przekazanie wyników do banków następuje do godz. 11.00. Wskazał też, że w SIWZ (pkt VII) Zamawiający podał, że wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na rachunek bankowy: Bank Spółdzielczy Nr 31 8025 0007 0024 1650 2000 0030, zastrzegając, że w przypadku wnoszenia wadium w pieniądzu, za termin jego wniesienia zostanie przyjęty termin uznania rachunku bankowego wskazanego przez Zamawiającego. Zamawiający – zdaniem Odwołującego - nie doprecyzował jednak tego, w jaki sposób wykonawcy mają realizować przelewy, aby zostały w terminie zaksięgowane w banku beneficjenta. Podniósł, że w niniejszym stanie faktycznym nie można zarzucić

Odwołującemu braku należytej staranności przy wykonaniu polecenia przelewu. Polecenie to – jak podkreślił - nastąpiło w dniu poprzedzającym dzień, w którym upływał termin składania ofert, a zgodnie z zasadami KIR, wszystkie zlecenia składane po godzinie 16:00, czekają na następny dzień roboczy, a na koncie adresata powinny się znaleźć do godziny 11:00. Zwrócił uwagę na okoliczność, że co najmniej od godz. 10:30 nie miał możliwości wycofania przelewu, a o tej godzinie następuje początek porannej sesji rozrachunkowej NBP co jest równoznaczne z przekazywaniem środków (oczywiście w formie zapisów elektronicznych) na konta odbiorców. W rezultacie od godziny 10:30 w dniu 04.09.2013 r., w związku ze złożoną dyspozycją, zdaniem Odwołującego, Zamawiający mógł być pewny, że na jego rachunku znajdzie się kwota 45 tys. zł tytułem wadium. Okoliczność, o której dokładnie godzinie rachunek zostanie uznany (czyli Zamawiający „zobaczy” pieniądze na rachunku) zależało już tylko od banku, który prowadzi rachunek Zamawiającego, gdyż banki indywidualnie ustalają zasady księgowania przychodzących płatności. Podkreślił, że samo „księgowanie”, czyli odzwierciedlanie zapisu liczbowego w systemie elektronicznym, jest czynnością techniczną, a niejako „posiadanie” środków przez bank następuje wcześniej, *de facto* w momencie uruchomienia sesji rozrachunkowej (co w przypadku porannej ma miejsce o godz. 10.30 i trwa do godz. 11:00). Powołał się na pismo z dnia 20.09.2013 r. wystawione przez Bank Spółdzielczy w Białej Podlaskiej, zgodnie z którym plik elektroniczny z informacją o uznaniu rachunku Zamawiającego kwotą 45 tys. zł od Odwołującego bank ten otrzymał o godz. 10.45 w dniu 04.09.2013 r., o godzinie 11:11 nastąpiło jedynie ujawnienie tej okoliczności w systemie transakcyjnym poprzez aktualizację salda na rachunku Zamawiającego, co – jego zdaniem - nie zmienia faktu, że rachunek ten został uznany ww. kwotą wcześniej, tj. o godz. 10:45. Według Odwołującego Zamawiający miał zabezpieczenie wadium już od godziny 10:45 w dniu 04.09.2013 r., natomiast co najwyżej dostrzec to powinien najpóźniej o godz. 11:11:21. Jego zdaniem drobne, nieznaczne przesunięcie w czasie momentu tylko odzwierciedlenia wpłaty na rachunku (a nie jego uznania), a nie powinno rzutować na negatywną ocenę Odwołującego, a w konsekwencji tezą, że wadium nie zostało wniesione do upływu terminu składania ofert, zwłaszcza, że o 11:11:21 nawet nie doszło do otwarcia ofert, a więc Zamawiający nie mógł choćby hipotetycznie mieć powodu skorzystania z tych środków. Odwołujący zwrócił uwagę na cel wadium, które ma zapobiegać uchylaniu się od zawarcia umowy przez wykonawcę, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Według niego oczywistym jest, że pomiędzy 11:00 a 11:11:21 wykonawca nie mógł swoim zachowaniem spowodować zatrzymania wadium, gdyż wówczas jego oferta nawet nie była otwarta, a więc nie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza. Wskazał też, że „uznanie rachunku bankowego” nie powinno być utożsamiane z oświadczeniem o uznaniu, czy stwierdzeniem uznania, a w polskim prawie

nie ma definicji tego określenia. Jego zdaniem brak stosownej informacji w systemie, nie może oznaczać, że pieniądze nie zostały skutecznie przebrane, zwłaszcza w kontekście jednoznacznego zapewnienia Banku Spółdzielczego, że rachunek Zamawiającego został uznany kwota 45 tys. od Odwołującego już o 10:45. Zatem Odwołujący przestał dysponować tymi środkami i stały się one własnością Zamawiającego, niezależnie od tego, czy w danym momencie już mógł z nich korzystać. Taki status wpłacone środki osiągnęły o 10.45.

Co do innych „nieprawidłowości” wskazanych w informacji o wynikach postępowania polegających na: (1) niewykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 2 200 000 zł; (2) złożeniu formularza ofertowego, który nie został podpisany na drugiej stronie dokumentu, Odwołujący podniósł, że ustalenia Zamawiającego w tym zakresie są błędne.

W kwestii żądanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 11.1.4) SIWZ opinii bankowej wskazał, że załączona przez niego opinia literalnie potwierdza wymóg SIWZ. Podkreślił, że przyznanie zdolności kredytowej przez bank nie musi oznaczać rzeczywistego dostępu do kapitału, co do zasady wręcz nie równa się temu, a jedynie uprawdopodobnia, że wykonawca taką możliwość posiada. Podniósł, że załączona przez niego informacja bankowa dowodzi, że ma on możliwość zaciągnięcia kredytu do określonej tam kwoty, a zatem jest wystarczająca na gruncie wymagań SIWZ oraz § 1 ust. 1 pkt 10) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Niezależnie od powyższego, nawet gdyby wątpliwości Zamawiającego uznać za uzasadnione, to zwrócił uwagę na to, że w pierwszej kolejności podlegają one wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a gdyby i ta droga nie przyniosła efektu w postaci potwierdzenia warunków podmiotowych, pozostaje wezwanie do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W kwestii tego, że druga strona formularza ofertowego nie została podpisana to Odwołujący zwrócił uwagę na to, że na kopii tego dokumentu, którą Odwołujący posiada widnieje podpis i pieczęć upoważnionego pracownika Odwołującego na obydwu stronach formularza ofertowego (Pani Magdaleny D.), stąd przypuszcza on, że stanowisko Zamawiającego jest związane z niedopatrzeniem. Niezależnie od tego Odwołujący podkreślił, że nawet gdyby druga strona formularza nie zawierała podpisu, to – zdaniem Odwołującego - nie mogłoby to stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty. Zwrócił uwagę na to, że zgodnie ze wzorem tego dokumentu wszelkie kluczowe oświadczenia znajdowały się na pierwszej stronie - tj. przedmiot oferty i cena, na drugiej zaś stronie wypełnieniu podlegały co prawda informacje na temat gwarancji jednakże z zastrzeżeniem, że

w przypadku braku wpisania żadnego okresu gwarancji na oferowany tomograf komputerowy, Zamawiający miał przyjąć, że wykonawca zaakceptował i zaoferował minimalny wymagany przez Zamawiającego okres gwarancji. Co do kwestii dotyczących serwisu gwarancyjnego, formy wadium czy udziału podwykonawców to – zdaniem Odwołującego - nie są one związane ze składaniem oświadczeń woli, mają wymiar czysto informacyjny. Zdaniem Odwołującego, nawet gdyby na drugiej stronie formularza oferty nie było podpisu wykonawcy (jego upoważnionego przedstawiciela) to nie stanowiłoby to żadnej „nieprawidłowości”, gdyż wola zaoferowania Zamawiającemu świadczenia w pełni zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia znajdującym się w SIWZ, za określoną cenę, zgodnie z dyrektywami interpretacyjnymi z art. 60 i 65 kc, została prawidłowo wyrażona na pierwszej stronie tego dokumentu.

Odwołujący zwrócił też uwagę na to, że Zamawiający w informacji o wynikach postępowania nie wskazał przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 czy art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 lub 8 ustawy Pzp jako mających zastosowanie w niniejszym stanie faktycznym, co sugerowałoby, że nie zostały wykorzystane, a tym samym, że wykluczenie Odwołującego nastąpiło wyłącznie w oparciu o art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym zarzuty i twierdzenia związane z treścią opinii bankowej i formularza ofertowego należy traktować jako podniesione z ostrożności procesowej.

W związku z wykazaniem przez Odwołującego, iż nie podlega on wykluczeniu z postępowania, jego unieważnienie zostało podjęte z naruszeniem art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem w postępowaniu została złożona oferta niepodlegająca odrzuceniu.

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko w sprawie. Złożył też do akt sprawy pismo procesowe, w którym dodatkowo podkreślił, że przywołane w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego orzeczenia nie zapadły w analogicznym do niniejszego stanie faktycznym. Podkreślił, że pismo Banku Spółdzielczego przywołane przez Zamawiającego jest jedynie reakcją na zapytanie Zamawiającego, w którym jest mowa o uznaniu rachunku Zamawiającego kwotą wadium o godz. 10:45. Zamawiający w swoim zapytaniu do Banku oczekiwał oświadczenia Banku w przedmiocie czasu zaksięgowania pieniędzy na koncie Zamawiającego i ich pozostawienia do dyspozycji Zamawiającego. Podkreślił, że przepisy ustawy Pzp, jak i SIWZ, nie odnoszą się do zaksięgowania środków, a tym bardziej możliwości korzystania z nich przez Zamawiającego już od upływu terminu składania ofert. Wskazał, że pozostałe formy wnoszenia wadium nie zapewniają bezpośredniej dostępności do gotówki, a jedynie możliwość jej uzyskania. Wskazał, że na gruncie ustawy Pzp oraz postanowień SIWZ ustalenie, od kiedy Zamawiający mógł dysponować pieniędzmi Odwołującego jest bezprzedmiotowe. Podkreślił, że pismo z Banku, na które powołuje się Zamawiający, wskazuje jedynie dodatkowo datę zaksięgowania

środków o godz. 11:11:21, która z punktu widzenia SIWZ nie była decydująca. Treść pisma Baku Spółdzielczego z dnia 20 września 2013 r., które otrzymał Odwołujący, potwierdza, że od godz. 10:45 środki zapłacone przez Odwołującego tytułem wadium były w Banku Spółdzielczym na rachunku Zamawiającego o godz. 10:45, o czym Zamawiający mógł się dowiedzieć. Od godz. 10:45 do godz. 11:11 – zdaniem Odwołującego – trwały czynności sprawdzające i weryfikacyjne, które wieńczyły odpowiedni zapis księgowy pozwalający „zobaczyć” Zamawiającemu pieniądze w systemie transakcyjnym. Zdaniem Odwołującego brak dostępu do środków, które znajdowały się na koncie Zamawiającego, nie ma żadnego znaczenia z uwagi na to, że żadne przepisy nie wymagają dania Zamawiającemu prawa do rozporządzania wadium przynajmniej do czasu jego oficjalnego zatrzymania, a ponadto wykładnia celowościowa przepisów nie pozwala utożsamiać „wniesienia” wadium z możliwością rozporządzania nim. Podkreślił, że wniesienie wadium jest warunkiem formalnym stratowania w przetargu, który zostaje wypełniony, jeśli odpowiednia kwota została wpłacona na rachunek bankowy Zamawiającego. Jego zdaniem okoliczność, czy prawidłowo zlecony traser środków zostanie pozostawiony do dyspozycji adresata i kiedy, zależy już wyłącznie od banku odbiorcy, za którego bierze odpowiedzialność posiadacz rachunku. W jego ocenie istotne jest uznanie rachunku Zamawiającego, zaś czynność zaksięgowania jest zbyteczna z punktu widzenia prawidłowości wniesienia wadium. Wskazał na rozumienie obydwu pojęć: „uznanie rachunku”, jak i „zaksięgowanie środków” w obrocie międzybankowym. W świetle powyższego pojęcie „uznanie rachunku” jest ściśle związane z zasadami rozliczeń stosowanymi przez KIR i jest to moment przekazania wyników do banku odbiorcy przelewu, którego konto jest zasilane określoną kwotą, zaś „zaksięgowanie” jest odrębną czynnością uzależnioną od wewnętrznych procedur stosowanych w danej instytucji finansowej prowadzonych po otrzymaniu informacji o uznaniu rachunku. Te czynności powinny odbywać się automatycznie. Jego zdaniem zamienne używanie przez Zamawiającego zwrotów: „uznanie” i „zaksięgowanie” wynika z faktu, że zazwyczaj drobne przesunięcie w czasie pomiędzy uznaniem rachunku, a zaksięgowaniem środków nie mają praktycznego znaczenia, bowiem z punktu widzenia zapłaty za dług w obrocie handlowym minuty nie grają żadnej roli. Podkreślił też, że wpłata wadium w postępowaniu o zamówienie publiczne nie stanowi zaspokojenia wierzyciela w aspekcie cywilistycznym, zatem zaspokojenie wierzyciela z momentem uzyskania dostępu przez wierzyciela do wpłaconych na rachunek bankowy pieniędzy nie powinno być stosowane do wadium. Zwrócił też uwagę na analogię do sytuacji związanej z uiszczaniem opłat sądowych w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego (II CZ 199/10), zgodnie z którym złożenie bankowi polecenia przelewu przed upływem terminu wniesienia opłaty sądowej uzasadnia uznanie tego terminu za zachowany choćby inne czynności składające się na operację przelewu bankowego, w tym

uznanie rachunku bieżącego dochodów sądu, nastąpiło po tym terminie. Zwrócił też uwagę na to, że w tym postępowaniu nie mogła być też naruszona zasada równego traktowania wykonawców w postępowaniu z uwagi na to, że jedyną ofertę złożył tu Odwołujący.

Zamawiający w piśmie z dnia 1 października 2013 r., przesłanym do akt sprawy, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał w nim, że zarzuty odwołania podniesione przez Odwołującego z ostrożności są bezprzedmiotowe, ponieważ podważane w tym zakresie przez Odwołującego przepisy ustawy Pzp nie były przedmiotem decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania czy odrzucenia jego oferty. Podkreślił, że jedyną przyczyną wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą była wpłata wadium po upływie terminu składania ofert, tj. po godz. 11:00 w dniu 4 września 2013 r. Rachunek bankowy Zamawiającego został bowiem uznany kwotą wadium w dniu 4 września 2013 r. o godz. 11:11:21. Z uwagi zatem, że w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta Zamawiający zobowiązany był unieważnić przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie zgodził się z argumentacją odwołania i przywołując art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, podkreślił, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO przyjmuje się, że wniesienie wadium w formie pieniężnej następuje z chwilą uznania rachunku bankowego Zamawiającego. Wskazał, że przez uznanie rachunku Zamawiającego należy rozumieć moment zaksięgowania przez bank prowadzący ten rachunek wpłaconej przez wykonawcę kwoty wadium, gdyż dopiero od tego momentu Zamawiający może dysponować kwotą wadium. Na poparcie swojej argumentacji przywołał orzeczenia KIO i ZA (wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2012 r. KIO 2796/11, wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2012 r. KIO 52/12, wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2010 r. KIO/UZP 980/10, wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2012 r. KIO 1215/12, wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2012 r. KIO 1766/12, wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2010 r. KIO 1633/10 i wyrok ZA z dnia 25 kwietnia 2007 r. UZP/ZO/0-462/07). Podkreślił, że jego stanowisko potwierdza jednoznaczne pismo Banu Spółdzielczego w Białej Podlaskiej z dnia 26 września 2013 r., wskazujące, iż rachunek bankowy Zamawiającego został uznany tytułem wadium kwotą: 45 000 zł w dniu 4 września 2013 r. o godzinie 11:11:21 – o tej godzinie kwota ta została zaksięgowana na tym rachunku i od tej godziny była do dyspozycji na rachunku bankowym Zamawiającego. Jego zdaniem pismo to nie stoi w sprzeczności z wcześniejszym pismem Banku Spółdzielczego w Białej Podlaskiej z dnia 20 września 2013 r. o godz. 11:11:21, na które powołuje się Odwołujący.

Zamawiający w toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące czynności wykluczenia go z postępowania, jak również unieważnienia postępowania, wykazał swój uszczerbek w interesie, polegający na pozbawieniu go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt VII SIWZ określił szczegółowe warunki i zasady wnoszenia i zwrotu wadium. W pkt VII.4 SIWZ wskazał, że wadium musi być wniesione przed terminem składania ofert, zaś w pkt VII.5 SIWZ, że w przypadku wnoszenia wadium w pieniądzu za termin jego wniesienia zostanie przyjęty termin uznania rachunku bankowego wskazanego przez Zamawiającego. W SIWZ Zamawiający określił też wymaganą kwotę wadium, tj. 45 000 zł (pkt VII.1 SIWZ) oraz nr rachunku bankowego, na który należało dokonać wpłaty kwoty wadium wnoszonego w formie pieniężnej, tj. Bank Spółdzielczy Nr 31 8025 0007 0024 1650 2000 0030 (pkt VII.3 SIWZ). W pkt X.1 SIWZ Zamawiający określił termin składania ofert: 4 września 2013 r. godz. 11:00.

Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęła tylko jedna oferta – oferta Odwołującego. Do oferty Odwołującego zostało dołączone potwierdzenie płatności kwoty wadium przez Odwołującego na rachunek podany w SIWZ. Szczegóły dotyczące

płatności wskazują na datę: 3 września 2013 r. godz. 14:57:41 jako datę i godzinę przedłożenia do płatności kwoty wadium. Zamawiający uzyskał z Banku Spółdzielczego dokument polecenia przelewu przez Odwołującego kwoty wadium, wskazujący na potwierdzenie zapłaty wadium w dniu 4 września 2013 r. godz.: 11:11:21.

Pismem z dnia 12 września 2013 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert. Podkreślił, że wadium w wymaganej kwocie wpłynęło na konto Zamawiającego w dniu 4 września 2013 r. o godz. 11:11:21, tj. po upływie terminu składania ofert, który upłynął we wskazanej dacie godz.: 11:00. Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oferta Odwołującego została uznana za odrzuconą. Jednocześnie też Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta zawiera nieprawidłowości takie, jak:

- załączona do oferty opinia bankowa zawiera określoną treść, która powoduje u Zamawiającego wątpliwości, czy wskazana kwota wystawionych gwarancji może zabezpieczyć dostęp Odwołującemu do środków finansowych w wysokości określonej w opisie warunku udziału w postępowaniu celem poniesienia kosztów na rzecz prowadzonego przez Zamawiającego postępowania,
- Odwołujący złożył formularz ofertowy, który nie został podpisany na drugiej stronie.

Zamawiający wyjaśnił, że nie wystąpił do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie oferty o informację banku, ponieważ - mimo złożenia powyższego dokumentu - oferta Odwołującego podlegałaby odrzuceniu, a postępowanie zostałoby unieważnione. W związku z powyższym Zamawiający zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący nie zgodził się z czynnością wykluczenia go z postępowania, a w konsekwencji z czynnością unieważnienia postępowania przez Zamawiającego i wniósł odwołanie, które jest aktualnie przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Do odwołania Odwołujący załączył pismo uzyskane z Banku Spółdzielczego w Białej Podlaskiej z dnia 20 września 2013 r. W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 26 września 2013 r. wystąpił do Banku Spółdzielczego w sprawie udzielenia informacji co do zapłaty kwoty wadium przez Odwołującego. Pismem z tej samej daty Zamawiający uzyskał odpowiedź z Banku.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z powodu braku zapłaty kwoty wadium w terminie oraz o unieważnieniu postępowania z powodu braku ważnych ofert była prawidłowa.

Zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Art. 45 ust. 7 ustawy Pzp stanowi, że wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

Przywołane przepisy ustawy Pzp wskazują na obowiązek wniesienia wadium, w tym wadium wnoszonego w formie pieniężnej, przed upływem terminu składania ofert. Termin ten jest bezwzględny i powinien być dotrzymany przez wykonawcę z uwagi na to, że wadium wnoszone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinno być wnoszone na cały termin związania ofertą, który rozpoczyna się – stosownie do art. 85 ust. 5 ustawy Pzp – wraz z upływem terminu składania ofert. Wadium wnoszone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi zabezpieczenie finansowe oferty wykonawcy, a brak jego wniesienia w ustawowo określonym terminie, tj. do upływu terminu składania ofert, stanowi - uwzględniając art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie było sporne, że termin składania ofert upływał w dniu 4 września 2013 r. o godz. 11:00. Do tego momentu najpóźniej Odwołujący ubiegający się o zamówienie powinien był wnieść wadium na rachunek bankowy Zamawiającego wskazany w SIWZ. Okolicznością niesporną w postępowaniu było również to, że Odwołujący złożył dyspozycję przelewu kwoty wadium ze swojego rachunku bankowego na rachunek Zamawiającego wskazany w SIWZ w dniu 3 września 2013 r. o godz. 14:57:41, a więc dzień przed upływem terminu składania ofert. Bank Spółdzielczy w Białej Podlaskiej potwierdził również, że kwota wadium wpłynęła do niego w dniu 4 września 2013 r. o godz. 10:45. Kwota ta została zaksięgowana na rachunku Zamawiającego dopiero o godz. 11:11:21, które to okoliczności również nie są kwestionowane przez Zamawiającego i Odwołującego. Z okoliczności wpływu kwoty wadium do banku Zamawiającego o godz. 10:45 strony postępowania wywodzą odmienne skutki – Odwołujący wskazuje, iż w tym momencie nastąpiło uznanie rachunku Zamawiającego, Zamawiający zaś wywodzi, że ta czynność nastąpiła dopiero po zaksięgowaniu kwoty wadium przez bank o godz. 11:11:21.

Odnosząc się do powyższego Izba uznała, że uznanie rachunku Zamawiającego nastąpiło dopiero o godz. 11:11:21, a więc po upływie terminu składania ofert. Powyższe –

zdaniem Izby - potwierdził Bank Spółdzielczy w Białej Podlaskiej (bank Zamawiającego) i to - tak w piśmie skierowanym do Zamawiającego na jego zapytanie, jak i w piśmie kierowanym do Odwołującego na złożone także przez wykonawcę zapytanie. Okoliczność ta wynika także z dokumentu polecenia przelewu, który Zamawiający uzyskał z Banku Spółdzielczego i który to dokument był podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania. Dokument przelewu wyraźnie wskazuje godzinę 11:11:21 jako moment zapłaty kwoty wadium przez Odwołującego. W pismach z dnia 20 i 26 września 2013 r. Bank Spółdzielczy dokładnie i literalnie określił, że rachunek Zamawiającego został uznany kwotą 45 000 zł o godz. 11: 11 dnia 4 września 2013 r. Pismo, które pozyskał z Banku Spółdzielczego Zamawiający w związku ze złożonym przez Odwołującego odwołaniem jest bardziej szczegółowe i wskazuje – podobnie jak pismo z 20 września 2013 r. – że rachunek Zamawiającego został uznany kwotą 45 000 zł w dniu 4 września 2013 r. o godz. 11: 11:21 i kwota ta była do dyspozycji Zamawiającego od tej właśnie godziny. Bank wyjaśnił dodatkowo, że faktycznie zlecenie zapłaty wskazanej kwoty wpłynęło do Banku o godz. 10:45:32, ale na rachunek odbiorcy (Zamawiającego) zostało zaksięgowane dopiero o godz. 11:11:21. Wyjaśnił też, że - jeśli w międzyczasie, tj. pomiędzy godz. 10:45:32, a 11:11:21 wpłynęłoby do Banku zapytanie od posiadacza rachunku (Zamawiającego) o wpływie tych środków - Bank potwierdziłby fakt wpływu kwoty 45 000 zł, jednakże wcześniejsze uznanie rachunku Zamawiającego ze względów technicznych nie byłoby możliwe. Podkreślił również, że po otrzymaniu kwoty 45 000 zł od Odwołującego o godz. 10:45:32 dokonywał czynności sprawdzających i weryfikacyjnych, w ramach których sprawdzeniu podlegają między innymi zgodność nazwy odbiorcy środków z jego numerem rachunku bankowego, a następnie uznał wskazaną kwotą właściwy rachunek (rachunek Zamawiającego).

Powyższe – zdaniem Izby – potwierdza, że dopiero z momentem dokonania czynności zaksięgowania kwoty wadium na rachunku Zamawiającego nastąpiło uznanie jego rachunku, a zatem właściwa wpłata (wniesienie) kwoty wadium na rachunek Zamawiającego. Na powyższe przede wszystkim wskazuje okoliczność, iż od tego dopiero momentu Zamawiający mógł dysponować wskazaną kwotą wadium. Skoro powyższe nastąpiło dopiero po upływie terminu składania ofert, określonego w SIWZ – zgodnie z przepisami ustawy Pzp jest to konkretna data i godzina – należało uznać, że wadium nie zostało wniesione we właściwym terminie, tj. do upływu terminu składania ofert. Powyższe obciąża wykonawcę zobowiązanego do dochowania należytej staranności w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego, okoliczność możliwości dysponowania kwotą wadium przez Zamawiającego jest bez znaczenia dla prawidłowego wniesienia wadium. Nie można zgodzić się z tym twierdzeniem. Zamawiający od momentu upływu terminu składania ofert powinien mieć potencjalną możliwość dysponowania kwotą wadium, aby można było uznać, że

wniesienie wadium stanowi prawidłowe zabezpieczenie finansowe oferty wykonawcy. Zaniedbania w tym zakresie obciążają wykonawcę, który mając świadomość procedury przelewów międzybankowych i konieczności przeprowadzenia czynności kontrolnych i sprawdzających przez bank celem udostępnienia odbiorcy przelewu określonej kwoty pieniężnej powinien podjąć czynności przelewu kwoty wadium z odpowiednim wyprzedzeniem. W przedmiotowej sprawie – zdaniem Izby – Odwołujący nie dopełnił tych czynności z należytą starannością dokonując przelewu kwoty wadium w ostatniej sesji międzybankowych rozliczeń dzień przed upływem terminu składania ofert. Bezprzedmiotowe – w ocenie Izby – jest porównanie procedury zapłaty wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do procedury uiszczenia opłaty sądowej i przywoływane orzeczenie Sądu Najwyższego w tym zakresie. Procedura wnoszenia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rządzi się swoimi odrębnymi prawami wynikającymi ze szczególnych regulacji ustawy Pzp, przywołanymi powyżej.

Nie był przekonujący dla Izby także argument Odwołującego o braku naruszenia w tym przypadku zasady równego traktowania wykonawców w związku ze złożeniem jako jedynej w tym w postępowaniu o zamówienie publiczne oferty przez Odwołującego. Okoliczność ilości złożonych ofert w postępowaniu, czy też inne okoliczności, np. kwestia oceny wpływu na wynik postępowania określonego uchybienia nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości wniesienia wadium w terminie. Przy ocenie czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przepisy ustawy Pzp nie wskazują na konieczność badania i oceny przez Zamawiającego dodatkowych okoliczności.

Izba nie rozpoznawała zarzutów odwołania podniesionych przez Odwołującego jedynie z ostrożności, z uwagi na wycofanie zarzutów w toku rozprawy w związku z tym, iż zaskarżenie nie dotyczyło – zgodnie z treścią informacji o wynikach postępowania, jak i oświadczeniem Zamawiającego złożonym w tym zakresie w toku postępowania odwoławczego – faktycznie dokonanych przez Zamawiającego czynności.

Z tych też względów Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz - stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł wynikające z rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: