

Sygn. akt: KIO 1893/12

WYROK
z dnia 19 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 września 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **07 września 2012 r.** przez wykonawcę **VOP CZ. s.p., Dukelska 102, 742 42 Senolv u Noveho Jicina, Czechy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jednostka Wojskowa Nr 4228, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **VOP CZ. s.p., Dukelska 102, 742 42 Senolv u Noveho Jicina, Czechy** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **VOP CZ. s.p., Dukelska 102, 742 42 Senolv u Noveho Jicina, Czechy** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **VOP CZ. s.p., Dukelska 102, 742 42 Senolv u Noveho Jicina, Czechy** na rzecz **Jednostka Wojskowa Nr 4228, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków**, która to kwota stanowi 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1893/12

Uzasadnienie

Postępowanie na: „Dostawę silników do pojazdów bojowych w latach 2012-2014” prowadzone trybie przetargu nieograniczonego nr sprawy 33/2012/2 Wspólny Słownik Zamówień CPV: 35421100-2 - zadanie nr 2, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 128-212226 z dnia 06.07.2012 r. przez Jednostkę Wojskową Nr 4228, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 28.08.2012 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. dla zadania 2 firmy: J..... G..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą TANK-MOT Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjne Import-Export J..... G....., ul. Kołobrzaska 6, 60-418 Poznań oraz wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”: VOP CZ. s.p., Dukelska 102, 742 42 Senov u Noveho Jicina, Czechy zwanej dalej: „VOP CZ. s.p.” albo „Odwołującym”. Skutkiem niniejszego było odrzucenie jego oferty.

W dniu 07.09.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 Pzp odwołanie VOP CZ. s.p. na ww. czynności odnośnie zadania 2. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 07.09.2012 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

- art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, przez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Oferent nie wniósł wadium;
- Rozdz. X Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” przez przyjęcie, że Oferent nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

Wskazał, że Zamawiający pismem przesłanym faksem dnia 28.08.2012 r., zawiadomił odwołującego o wyborze oferty oraz o tym, że został on wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz Rozdziału X SIWZ albowiem wedle niego Oferent nie wniósł wadium w pełnej wysokości. Wpłacił bowiem jedynie kwotę 44.700,-zł czyli mniej o 300,-zł niż wymagana wysokość tj. 45.000,- zł. Faktem jest, że na konto Zamawiającego wpłynęła kwota 44.700,-zł. Odwołujący stwierdził, że dnia 31.07.2012 r. dokonał transferu kwoty 45.000,-zł na konto Zamawiającego wskazane w SIWZ. Konto Zamawiającego zostało uznane kwotą 44.700,-zł. Załączył dowód: potwierdzenie przelewu oraz wyciąg z konta Zamawiającego.

W związku z tym, iż sprawa dotyczy podmiotów mających siedzibę w krajach Unii

Europejskiej należy stosować prawo wspólne dla obu to jest przepisy wydane przez Unię Europejską. Poniżej Odwołujący wskazuje przepisy regulujące płatności transgraniczne. Są to

a) Dyrektywa 98/26/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 maja 1998 r. w sprawie zamknięcia rozliczeń w systemach płatności i rozrachunku papierów wartościowych zmieniona przez Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/44/WE,

b) Dyrektywa 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniająca dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylająca dyrektywę 97/5/WE, zmieniona przez Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/111/WE,

c) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/44/WE z dnia 6 maja 2009 r. zmieniająca dyrektywę 98/26/WE w sprawie zamknięcia rozliczeń w systemach płatności i rozrachunku papierów wartościowych oraz dyrektywę 2002/47/WE w sprawie uzgodnień dotyczących zabezpieczeń finansowych w odniesieniu do systemów powiązanych i do wierzytelności kredytowych,

d) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/110/WE z dnia 16 września 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniająca dyrektywy 2005/60/WE i 2006/48/WE oraz uchylająca dyrektywę 2000/46/WE,

e) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/78/UE z dnia 24 listopada 2009 r. w sprawie zmiany dyrektyw 98/26/WE, 2002/87/WE, 2003/6/WE, 2003/41/WE, 2003/71/WE, 2004/39/WE, 2004/109/WE, 2005/60/WE, 2006/48/WE, 2006/49/WE i 2009/65/WE w odniesieniu do uprawnień Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego), Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych) oraz Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych) natomiast bezpośrednio związane z obowiązującymi przepisami prawa Unii Europejskiej (Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 924/2009 z dnia 16 września 2009 r. w sprawie płatności transgranicznych we Wspólnocie oraz uchylające rozporządzenie (WE) nr 2560/2001)

W szczególności Odwołujący zwrócić uwagę na Artykuł 67 ust. 1 DYREKTYWY 2007/64/WE PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniająca dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylająca dyrektywę 97/5/WE Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 5.12.2007 nr L 319/1). Stanowi on, że Państwa członkowskie nakładają na dostawcę usług płatniczych płatnika, dostawcę usług płatniczych odbiorcy i wszelkich pośredników dostawców usług płatniczych wymóg transferowania pełnej kwoty

transakcji płatniczej i powstrzymywania się od potrącania opłat z transferowanej kwoty.

Z powołanych wyżej przepisów wynika, że bank Odwołującego lub bank Zamawiającego nie są uprawnione do wykonywania żadnych potrąceń z kwoty transakcji płatniczych. Bank Odwołującego spełnił ten obowiązek, bank Zamawiającego, mógł to zrobić wyłącznie za zgodą beneficjenta. W specyfikacji kontraktu znajduje się wymaganie dla wszystkich oferentów do złożenia zabezpieczenia w wymaganej kwocie. Specyfikacja jednak nie precyzuje, że należy uznawać kosztami za przelew żądanej kwoty zabezpieczenia. VOP CZ s.p. zwraca uwagę, zgodnie ze specyfikacją właściwą dla prowadzonego przetargu, że dokładna wymagana kwota została zlecona do przelewu, jednak na konto zamawiającego wpłynęła inna kwota (pomniejszona), co jest zgodne z porozumieniem pomiędzy beneficjentem konta (Zamawiającym) a jego bankiem pozwalając na pobranie wynagrodzenia z przelanej kwoty, a zatem narusza przepisy Prawa Europejskiego, za co odwołujący nie może brać odpowiedzialności. Jeśli VOP CZ s.p. został wykluczony z tej przyczyny z procedury przetargowej, uważamy to za formę dyskryminacji oferenta z innego kraju EU i mamy zamiar zająć się tym aktem dyskryminacji zgodnie z Prawem Europejskim, które zabrania podobnego nierównego traktowania we wszystkich przetargach publicznych. Każda ze stron jest odpowiedzialna za działanie lub zaniechanie osoby, instytucji za pomocą której zobowiązanie wykonywa. Zamawiający wskazał bank, na konto którego wpłata winna być dokonana. To on odpowiada za jego działanie. Wynika to między innymi z ust. 2 art. 67 DYREKTYWY 2007/64/WE PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniająca dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylająca dyrektywę 97/5/WE Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 5.12.2007 nr L 319/1). Wynika, z niego, że odbiorca usług płatniczych może ustalić z bankiem, że ten będzie pobierał opłatę. Tak najprawdopodobniej nastąpiło w niniejszym przypadku. Nie może to jednak obciążać Odwołującego. Zatem Zamawiający wiedział, że to jego bank dokonał potrącenia, co potwierdza zmiana tytułu przelewu dokonana przez bank Zamawiającego w stosunku do wymaganego w SIWZ. Wiedział również, co wynika z powołanych przepisów, jakiej wpłaty dokonał Odwołujący. Zdaniem Odwołującego, takie działanie Zamawiającego świadczy nie o rzetelności ale stosowaniu różnych pozaprawnych kryteriów przy wyborze konkretnej oferty. Wobec powyższego odwołujący wnosi o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
2. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego VOP CZ, s.p.

Zamawiający w dniu 10.09.2012 r. wezwał (faxem), w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu

odwoławczym. Żadne przystąpienia do postępowania odwoławczego nie miały miejsca.

W dniu 18.09.2012 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu. Nadto, dodatkowo wnosił o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym przed KIO w kwocie 3600,00 zł. Podnosił, że Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów którejkolwiek dyrektywy.

Oдноśnie niezasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów Dyrektyw wymienionych w treści odwołania. W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że Zamawiający dopuścił się naruszenia któregośkolwiek z przepisów powoływanych w treści uzasadnienia dyrektyw, a szczególności art. 67 ust. 1 Dyrektywy 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 roku w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniającą dyrektywę 97/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylającą dyrektywę 97/5/WE. Odwołujący nie tylko poza powoływanym powyżej 1 przepisem, nie sprecyzował, jakie w jego ocenie konkretne przepisy dyrektyw zostały naruszone, ale także na czym, w jego ocenie owo naruszenie przepisów miałoby polegać, co w zasadzie znacznie utrudnia, jakkolwiek racjonalną polemikę z owymi zarzutami. Jedynie z najwyższej ostrożności procesowej podnoszę, że Dyrektywy skierowane są wyłącznie do państw członkowskich, które są zobowiązane do ich implementacji (wdrożenia) do prawa krajowego w określonym terminie. Większość dyrektyw kierowana jest do wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej, jednak mogą być one kierowane do wybranych państw, a nawet do jednego państwa. Zatem państwo, do którego skierowana została dyrektywa, ma obowiązek wydać w określonym terminie przepisy krajowe, odpowiadające treści dyrektywy. Z racji tego, że jest kierowana do państw członkowskich, a nie obywateli, dyrektywa nie ustanawia bezpośrednio praw dla jednostek, co odróżnia ją od rozporządzenia, które jest bezpośrednio skuteczne. Podkreślenia wymaga, że wywołanie przez konkretnie wskazany przepis dyrektywy skutku bezpośredniego dopuszczalne jest w wyjątkowych przypadkach i tylko i wyłącznie w sytuacji gdy kumulatywnie zostaną spełnione obie przesłanki wymienione poniżej to jest:

1) mimo upływu terminu nie została wdrożona do krajowego porządku prawnego lub została źle zaimplementowana

2) jej postanowienia są wystarczająco precyzyjne i bezwarunkowe.

Jeżeli obie te przesłanki są spełnione, jednostka ma prawo powołać się na postanowienia dyrektywy przed krajowymi sądami i organami administracji (bezpośrednia skuteczność

cionowa dyrektywy).

Podkreślił, że jak już powyżej Zamawiający podnosił, Odwołujący w żaden sposób nie wskazał, na czym, w jego ocenie polegało naruszenie art. 67 ust. 1 ww. dyrektywy przez Zamawiającego. Co więcej z treści owego przepisu już jednoznacznie wynika, że Zamawiający w żaden sposób nie mógł go naruszyć, albowiem dotyczy on czynności, których Zamawiający nie wykonuje. Wobec powyższego a także wobec faktu, że KIO rozpatruje daną sprawę jedynie w granicach wniesionego odwołania i jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu, także zarzut naruszenia owego przepisu, jako niczym nie udowodniony jest bezzasadny. Zgodnie bowiem z ogólną regułą dowodową, ciężar udowodnienia danego faktu obciąża tego, kto z niego wywodzi skutki prawne.

Odnosnie bezzasadność naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na błędne przyjęcie, że nie spełnił on jednego z warunków udziału w postępowaniu, to jest nie wniósł wadium. W ocenie Odwołującego błąd Zamawiającego w tym zakresie polegał na przyjęciu, że wpłynięcie na rachunek Zamawiającego kwoty 44 700,00 zł nie stanowi wniesienia wadium w pełnej wysokości. W ocenie Odwołującego wina, że na rachunku bankowym Zamawiającego została zaksięgowana kwota jedynie 44 700,00 leży po stronie banku prowadzącego rachunek bankowy Zamawiającego, a wobec powyższego to Zamawiającego obciążają działania osób za pośrednictwem których wykonuje swoje obowiązki. Powyższy zarzut jest całkowicie bezzasadny, co zostanie wykazane poniżej. W pierwszej kolejności, Zamawiający wskazuje że cała treść odwołania w tym zakresie opiera się tylko i wyłącznie na niczym nieuzasadnionych twierdzeniach Odwołującego. Do odwołania został dołączony dokument, z którego według Odwołującego wynika, że doszło do zlecenia przelewu na rachunek Zamawiającego kwoty 45 000,00 zł. Z najwyższej ostrożności podnoszę, że ów dokument został sporządzony w języku czeskim i nie wynika z niego jednoznacznie, że rzeczywiście owa transakcja w nim opisana doszła do skutku. Bezspornym natomiast jest, że w dniu 01.08.2012 r. na rachunek bankowy Zamawiającego wpłynęła jedynie kwota 44 700,00 zł, a więc mniejsza o 300,00 zł od żądanej kwoty wadium. Odwołujący sugeruje, że owe 300,00 zł różnicy zostało pobrane przez bank Zamawiającego. Nie wskazuje jednakże na potwierdzenie owego zarzutu jakichkolwiek dowodów. Powyższe twierdzenie opiera na bliżej nieokreślonym i istniejącym jedynie hipotetycznie porozumieniu pomiędzy Zamawiającym a jego bankiem. Zamawiający natomiast stanowczo zaprzecza aby po pierwsze zawierał jakiegokolwiek porozumienie z bankiem w zakresie pobierania opłat od przelewów trans granicznych, zaprzecza także, jakoby to bank Zamawiającego dokonał pobrania opłaty w kwocie 300,00 zł. Zamawiający wskazał, że nr rachunku bankowego wskazany jako właściwy do wpłaty wadium o numerze 70 1010 1270 0052 1013 9120 0000

jest prowadzony przez Narodowy Bank Polski oddział w Krakowie. Z powyższym Bankiem Zamawiający ma zawartą stosowną umowę, która wbrew głośnym twierdzeniom Odwołującego nie zawiera upoważnienia do pobierania jakichkolwiek opłat z tytułu przelewów trans granicznych. Załączył dowód: kopie umowa rachunku bankowego. Zamawiający podnosił także, że w momencie dokonywania oceny ofert posiadał wiedzę na temat treści owej umowy, posiadał wiedzę także w zakresie tego, że Narodowy Bank Polski nie pobierał z kwoty przelewu opłaty w wysokości 300,00 zł. Jedynymi opłatami jakie bank Zamawiającego pobiera są prowizje, ale ich pobranie następuje nie z dokonywanych wpłat, ale z kwot jakie są już zaksięgowane na rachunku bankowym Zamawiającego. Innymi słowy, w praktyce wygląda to tak, że pełna kwota przelewu wpływa na rachunek Zamawiającego, środki z tego przelewu są księgowane w takiej wysokości jak wpłynęły, na rachunku bankowym. Następnie dopiero po owym księgowaniu zgodnie z postanowieniami umowy są pobierane z tego rachunku ewentualne prowizje. Nigdy nie zdarzyło się, żeby Bank Zamawiającego to jest Narodowy Bank Polski pobrał prowizję bezpośrednio z przychodzącego przelewu. Zamawiający podnosi także, że dysponuje oświadczeniem Banku prowadzącego jego rachunek bankowy, z którego jednoznacznie wynika, że nie pobierał on jakiegokolwiek opłaty czy też prowizji z przelewu dokonanego przez Wykonawcę, a najprawdopodobniej owa kwota jeżeli została pobrana to do jej pobrania doszło przez inny bank, który nie prowadzi obsługi Zamawiającego to jest bank Polska Kasa Opieki S.A. Co więcej, podkreślić należy, że wadium wpłynęło na rachunek Zamawiający nie bezpośrednio z rachunku Wykonawcy o numerze 13 2700 0000 0055 4015 0002, ale z rachunku o numerze 27 1240 0001 0000 0082 1111 1100, który to rachunek jest prowadzony właśnie przez bank PEKAO S.A. Załączył dowody: a) pismo z Narodowego Banku Polskiego, b) Wydruk ze strony internetowej <http://konto.uwaga.info/index.php>, c) zeznania świadka A..... G..... (zawnioskowane). Podkreślił także, że to właśnie bank Odwołującego to jest UniCredit Bank należy do tej samej grupy co Bank PEKAO S.A., który dokonał potrącenia owej opłaty w wysokości 300,00 zł. Oba banki należą bowiem do UniCredit Grup, co w ocenie Zamawiającego potwierdza tezę, że jednak wina za potrącenie owej opłaty spoczywa na Wykonawcy, jako podmiocie, który dokonał przelewu trans granicznego za pośrednictwem banku PEKAO S.A., który dokonał spornego potrącenia. Załączył dowody: a) pismo z NBP, b) Wydruk ze strony internetowej <http://konto.uwaga.info/index.php>; c) Wydruk ze strony internetowej z dnia 17 września 2012 r. godz. 13:53; d) Wydruk ze strony internetowej z dnia 17 września 2012 r. godz. 13:45. Podkreślił, że przy przelewach trans granicznych to Wykonawca przelewu (Zlecający) dokonuje wyboru opcji przelewu, czy dokona go za pomocą usługi SWIFT, czy też poprzez opcję SEPA. To Zlecający wybiera sposób opłaty za ów przelew, a mianowicie decyduje, czy koszty owego przelewu poniesie wyłącznie Zlecający, czy też Zlecający i Odbiorca przelewu. Wobec powyższego skoro to

Odwołujący dokonuje przelewu, on wybiera opcję za pośrednictwem której ma dokonać przelewu i to on bądź jego bank dokonuje wyboru banku za pośrednictwem którego ów przelew trans graniczny będzie realizowany, to oczywistym jest, że owo pobranie z kwoty wadium opłaty w wysokości 300,00 zł obciąża Odwołującego. Co więcej, Zamawiający przedstawił dowód, że bank prowadzący jego rachunek bankowy nie pobrał owej opłaty, wskazał także instytucję, która ową opłatę pobrała i jest to bank należący do tej samej grupy co bank Odwołującego. Reasumując, skoro jedynym argumentem podnoszonym w odwołaniu było niczym nie uzasadnione założenie Odwołującego, że Zamawiający wyraził zgodę na pobór opłaty przez bank prowadzący jego rachunek bankowy, to jest Narodowy Bank Polski, a Zamawiający przedstawił jednoznaczne dowody na to, że jednak do takowego pobrania nie doszło, oczywistym jest, że odwołanie jest nieuzasadnione.

Odnosnie pozostałych kwestii. Zamawiający jedynie z najwyższej ostrożności procesowej podnosi, że wobec braku zapłaty wadium komisja przetargowa nie dokonywała dalszej merytorycznej oceny oferty, co jest zgodne z obowiązującymi przepisami. Wobec powyższego, żądanie Odwołującego uznania jego oferty za najkorzystniejszą także z tej przyczyny jest niezasadne.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, ofertą Odwołującego, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty w zadaniu 2, odwołaniem wraz z załącznikami, odpowiedzią na odwołanie wraz z załącznikami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1893/12, postanowień SIWZ, oferty Odwołującego, informacji o wyborze oferty

najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty w zadaniu 2, odwołania wraz z załącznikami (wydruku potwierdzenia przelewu wymaganej kwoty z banku Odwołującego z dnia 30.07.2012 r. oraz wydruku wyciągu z konta Zamawiającego z dnia 14.08.2012 r.), jak i odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami (kopii umowy rachunku bankowego; pismo z NBP; wydruku ze strony internetowej <http://konto.uwaga.info/index.php>; wydruku ze strony internetowej z dnia 17 września 2012 r. godz. 13:53; wydruku ze strony internetowej z dnia 17 września 2012 r. godz. 13:45).

Izba dopuściła także, jako dowód na podstawie art. 190 ust. 3 Pzp z przesłuchania, tj. zeznań świadka Pana A..... G....., na okoliczność dokonanego spornego przelewu i pobranej opłaty, uznając że przyczyni się niniejsze do wszechstronnego rozpoznania przedmiotu sporu. Należy wskazać, że dowód z dokumentu ma przewagę nad dowodem ze świadków. Niezależnie od tego dowód ze świadków lub przesłuchania stron przeciwko osnowie lub ponad osnowę dokumentu, obejmującego czynność prawną, może być dopuszczony między uczestnikami tej czynności tylko w wypadku, gdy nie doprowadzi to do obejścia przepisów o formie zastrzeżonej pod rygorem nieważności i gdy ze względu na szczególne okoliczności organ rozstrzygający uzna to za konieczne (art. 247 KPC).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zgodnie z Rozdz. X SIWZ: „Wadium” Zamawiający określił, że:

„1. Każdy wykonawca przystępujący do przetargu obowiązany jest wnieść wadium przed upływem terminu składania ofert tj. do dnia 13.08.2012 r. do godz. 11:00, w wysokości:

- dla zadania nr 1 - 100 000,00 zł*
- dla zadania nr 2 - 45 000,00 zł*

W przypadku składania ofert na więcej niż jedno zadanie kwota wadium nie może być mniejsza niż suma kwot odpowiadających poszczególnym zadaniom, w zakresie których realizację zamówienia wykonawca oferuje (np. jeżeli wykonawca zaoferuje realizację zamówienia w zakresie zadania nr 1 i 2, wówczas musi wnieść wadium na kwotę nie mniejszą niż 145 000,00 złotych).

2. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- a) w pieniądzu;*
- b) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;*

- c) gwarancjach bankowych;
 - d) gwarancjach ubezpieczeniowych;
 - e) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. Nr 109, poz. 1158 z późn. zm.).
3. W przypadku, gdy wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej z treści tych gwarancji musi w szczególności jednoznacznie wynikać:
- a) zobowiązanie gwaranta (np. banku, zakładu ubezpieczeń) do zapłaty całej kwoty nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie zamawiającego (beneficjenta gwarancji) zawierające oświadczenie zamawiającego, że zaistniały okoliczności, o których mowa w rozdziale X, pkt. 9 i 10 niniejszej specyfikacji, bez konieczności potwierdzania tych okoliczności przez wykonawcę i składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń, dokumentów lub dokonania czynności przez wykonawcę lub osoby trzecie, bez pośrednictwa banku korespondenta lub innej tego typu instytucji.
 - b) zobowiązanie gwaranta do zapłaty żądanej kwoty niezwłocznie po otrzymaniu stosownego wezwania do zapłaty od zamawiającego w terminie nie dłuższym niż 14 dni.
 - c) kwota, jaką gwarant zobowiązuje się wypłacić zamawiającemu (beneficjentowi gwarancji) w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, z zastrzeżeniem, że nie może być ona niższa niż kwota (w zależności od zadania) określona w rozdziale X, pkt. 1 niniejszej specyfikacji.
 - d) że zobowiązaniem gwaranta do wypłaty objęte są wszystkie przypadki zatrzymania wadium określone w ustawie Prawo zamówień publicznych.
4. Termin wniesienia wadium upływa dnia 13.08.2012 r. o godz. 11:00
5. Wadium, wnoszone w pieniądzu wykonawca wpłaca przelewem na konto Jednostki Wojskowej 4228 w Krakowie nr:

Bank NBP O/O KRAKÓW

Nr konta: 70 1010 1270 0052 1013 9120 0000

z dopiskiem:

**„wadium - dostawa silników do pojazdów bojowych w latach 2012-2014,
zadanie nr..... ”, sprawa nr 33/2012/2**

Wniesienie wadium w formie pieniężnej uważa się za skuteczne, jeżeli w dniu składania ofert do godziny **11:00** środki pieniężne znajdują się na rachunku bankowym zamawiającego.

W przypadku pozostałych form wnoszenia wadium, oryginały należy deponować w kasie JW 4228 mieszczącej się w budynku nr 3 pokój nr 12.

Godziny otwarcia kasy: od poniedziałku - do piątku od 11⁰⁰-13⁰⁰

(o ile jest to możliwe zamawiający prosi o dołączenie do oferty kserokopii przelewu lub innego dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium).

6. *Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem art. 46 ust. 4a ustawy.*
7. *Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium na wniosek wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert.*
8. *Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez Wykonawcę, któremu zwrócono wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego.*
9. *Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie.*
10. *Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:*
 - a) *odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;*
 - b) *nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;*
 - c) *zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;”.*

Odwołujący nie wniósł wadium w pełnej wysokości, wpłacił kwotę 44.700,00 zł, czyli mniej o 300,00 zł niż wymagana wysokość, tj. 45.000,00 zł. Na konto Zamawiającego wpłynęła kwota 44.700, 00 zł. Odwołujący w dnia 31.07.2012 r. dokonał transferu kwoty 45.000, 00 zł na konto Zamawiającego wskazane w SIWZ. Konto Zamawiającego zostało uznane kwotą 44.700,00 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp oraz Rozdz. X SIWZ poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty w zadaniu 2, Izba uznała niniejsze zarzuty za chybione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że załączony dowód do odwołania, tj. wydruku wyciągu z konta Zamawiającego z dnia 14.08.2012 r. nie przesadza kiedy i z jakiego tytułu pobrano opłatę 300 PLN, tzn. czy nastąpiło niniejsze tytułem przelewu, tj. płatności trans

granicznej, czy też przewalutowania, tak jak sugerował na rozprawie Odwołujący. Nadto, zeznania świadka, w tym zakresie, tj. na okoliczność dokonanego spornego przelewu i pobranej opłaty, mimo ich dopuszczenia jako dowodu w sprawie, są co najmniej niejednoznaczne, jeśli fragmentami nie sprzeczne w kluczowych kwestiach, stąd Izba nie mogła się na nich oprzeć.

W następnej kolejności, Izba podkreśla, że rzeczywiście z załączonego do odwołania dowodu, tj. wydruku wyciągu z konta Zamawiającego z dnia 14.08.2012 r. wynika, iż pierwotny przelew nie został dokonany bezpośrednio z banku czeskiego, gdzie ma rachunek Odwołujący, ale za pośrednictwem banku trzeciego, co nie wyklucza, że niniejsza opłata np. z racji przewalutowania nastąpiła we wskazanym w odpowiedzi na odwołanie banku pośredniczącym. Załączone do odpowiedzi na odwołanie pismo z NBP, stanowiące oświadczenie w przedmiocie spornego przelewu także tego nie wyklucza. Załączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego - kopia umowy rachunku bankowego; wydruku ze strony internetowej <http://konto.uwaga.info/index.php>; wydruku ze strony internetowej z dnia 17 września 2012 r. godz. 13:53; wydruku ze strony internetowej z dnia 17 września 2012 r. godz. 13:45 także nie mają charakteru przesądzającego w tym zakresie.

Jednakże, abstrahując od powyższego (niezależnie od tego kto dokonał potrącenia i z jakiego tytułu), Izba stwierdza, że na koncie Zamawiającego w terminie składania ofert nie była zabezpieczona wymagana kwota wadium. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nie stanowi, czy też nie uzależnia określonych skutków, tj. wykluczenia Wykonawcy, w sytuacji nie wniesienia, w tym wypadku nie wpłacenia wadium do upływu terminu składania ofert, w wymaganej wysokości, od winy Wykonawcy (Odwołującego) lub Zamawiającego, tudzież przyczyn dla których w dacie składania ofert wadium w wymaganej wysokości nie zostało wniesione. W konsekwencji, bez znaczenia jest czy potrącenia dokonał bank Odwołującego, bank pośredniczący przy przelewie, czy też bank obsługujący konto Zamawiającego.

Nadto, Izba wskazuje, że zgodnie z wydrukiem potwierdzenia przelewu wymaganej kwoty z banku Odwołującego z dnia 30.07.2012 r. załączonym do odwołania, wpłacona kwota 11 343, 06 EUR po kursie 3,96718223 nie daje pełnej kwoty, gdyż wynosi dokładnie 44 999, 9860658238 PLN, czyli \approx 44 999,99 PLN.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 5 ust. 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....