

Sygn. akt: KIO 934/18

WYROK
z dnia 29 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2018 r. przez wykonawcę **Back 2 Function Sp. z o.o., ul. Chełmżyńska 180, 04-464 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

- 1) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Back 2 Function Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Back 2 Function Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Warszawski Uniwersytet Medyczny – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup wyposażenia dla potrzeb Centrum Symulacji Położniczych Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego - Bezpieczny Poród, w podziale na pakiety”, oznaczonego przez Zamawiającego jako sprawa nr AEZ/S- 023/2018. Postępowanie przetargowe jest postępowaniem powyżej tzw. progów unijnych.

Odwołujący: Back 2 Function Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od:

I. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 26 kwietnia 2018 r. polegającej na:

- 1) odrzuceniu oferty nr 6 Odwołującego w zakresie dostawy objętej Pakietem nr 1 - Zaawansowany symulator kobiety rodzącej (pkt I ppkt 4),
- 2) odrzuceniu oferty nr 6 Odwołującego w zakresie dostawy objętej Pakietem nr 2 - System audio - video do nagrywania sesji treningowych i debriefingu (pkt II ppkt 4),
- 3) odrzuceniu oferty nr 6 Odwołującego w zakresie dostawy objętej Pakietem nr 5 - Symulator do treningu procedur porodowych (pkt III ppkt 4),

i w konsekwencji na:

- 4) unieważnieniu postępowania w zakresie dostaw objętych Pakietem nr 1 - Zaawansowany symulator kobiety rodzącej (pkt I ppkt 1),
- 5) unieważnieniu postępowania w zakresie dostaw objętych Pakietem nr 2 - System audio - video do nagrywania sesji treningowych i debriefingu (pkt II ppkt 1),
- 6) unieważnieniu postępowania w zakresie dostaw objętych Pakietem nr 5 - Symulator do treningu procedur porodowych (pkt III ppkt 1).

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że zaistniały przesłanki do odrzucenia jego oferty, bowiem Odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert tj. do dnia 17 kwietnia 2018 r. do godz. 11:00, podczas gdy sytuacja taka nie miała miejsca w realiach niniejszej sprawy, skoro Odwołujący w dniu 17 kwietnia 2018 r. o godz.: 08:09 wykonał przelew natychmiastowy SORBNET z gwarancją zaksięgowania kwoty wadium w wysokości 9 000,00 zł na rachunku bankowym Zamawiającego do godziny 09:09, a zatem do upływu terminu składania ofert nastąpiło uznanie rachunku bankowego Zamawiającego, co jest równoznaczne z prawidłowym

wniesieniem wadium; w konsekwencji brak było podstaw do odrzucenia złożonej przez niego oferty zarówno w zakresie dostaw objętych Pakietem nr 1, Pakietem nr 2 oraz Pakietem nr 5 skoro wadium zostało prawidłowo wniesione w stosunku do dostaw objętych wszystkimi trzema ww. pakietami,

2) art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP przez uznanie, że zaistniały przesłanki obligujące Zamawiającego do unieważnienia Postępowania przetargowego w zakresie Pakietu nr 1 i Pakietu nr 2, bowiem nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, co jednak nie miało miejsca w realiach niniejszej sprawy, skoro Odwołujący w sposób prawidłowy i w terminie wniósł wymagane przepisami prawa i Specyfikacji wadium w Postępowaniu przetargowym,

3) art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b) PZP poprzez uznanie, że zaistniały przesłanki obligujące Zamawiającego do unieważnienia Postępowania przetargowego w zakresie Pakietu nr 5 bowiem oferta z najniższą ceną (tj. 212 758,02 zł brutto) złożona przez wykonawcę FW Fantom A. M., przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (180 000,00 zł brutto), w sytuacji, w której oferta z najniższą ceną została złożona nie przez ww. wykonawcę, a przez Odwołującego, który zaoferował cenę 172 200,00 zł, a zatem nie zaktualizowała się przesłanka, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP, a ww. naruszenie przez Zamawiającego przepisów Ustawy było wynikiem bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego, który uznał, że Odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

I. unieważnienia czynności dokonanych przez Zamawiającego w dniu 26 kwietnia 2018 r. znak pisma: AEZ/362/818/2018/MZ polegających na:

1) odrzuceniu oferty nr 6 złożonej przez Back 2 Function sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie dostawy objętej Pakietem nr 1 - Zaawansowany symulator kobiety rodzącej,

2) odrzuceniu oferty nr 6 złożonej przez Back 2 Function sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie dostawy objętej Pakietem nr 2 - System audio - video do nagrywania sesji treningowych i debriefingu,

3) odrzuceniu oferty nr 6 złożonej przez Back 2 Function sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie dostawy objętej Pakietem nr 5 - Symulator do treningu procedur porodowych,

4) unieważnieniu postępowania w zakresie dostaw objętych Pakietem nr 1 - Zaawansowany symulator kobiety rodzącej,

5) unieważnieniu postępowania w zakresie dostaw objętych Pakietem nr 2 - System audio - video do nagrywania sesji treningowych i debriefingu,

6) unieważnieniu postępowania w zakresie dostaw objętych Pakietem nr 5 - Symulator do treningu procedur porodowych,

II. dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

III. uznania oferty Odwołującego - jako oferty najkorzystniejszej i złożonej w sposób prawidłowy i skuteczny.

Z uwagi na fakt, że Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu w zakresie dostaw objętych Pakietem nr 1, Pakietem nr 2 Pakietem nr 5, to w sytuacji w której Zamawiający nie dokonałby w dniu 26 kwietnia 2018 r. ww. niezgodnych z przepisami Ustawy czynności, to wówczas Odwołujący stałby się stroną umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, a co za tym idzie uzyskałby prawo realizacji przedmiotowego zamówienia. Ponieważ jednak Zamawiający podjął czynności, które pozostają w sprzeczności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i do których podjęcia nie był zobowiązany na podstawie przepisów Ustawy (wbrew temu, co wskazuje w swoim piśmie z dnia 26 kwietnia 2018 r.), a w konsekwencji w sposób nieuprawniony wyeliminował Odwołującego z udziału w Postępowaniu przetargowym, odrzucając złożoną przez niego skutecznie i zgodnie z prawem ofertę, to w stanie faktycznym sprawy takie działania Zamawiającego grożą możliwością wyrządzenia szkody Odwołującemu, polegającej na utracie zamówienia w ramach Postępowania przetargowego (tym bardziej, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą).

W związku z działaniem Zamawiającego, Odwołujący już poniósł szkodę (pozostającą w normalnym - adekwatnym następstwie działań Zamawiającego), w związku z koniecznością wydatkowania środków związanych z pomocą prawną przy przygotowaniu nn. odwołania. Odwołujący poniósł także szkodę w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. W efekcie, Odwołujący posiada interes w złożeniu przedmiotowego odwołania. W stanie faktycznym sprawy Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP oraz zachodzą wszystkie okoliczności wskazujące na spełnienie przesłanek wymaganych do skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej.

Uzasadnienie

I. Stan faktyczny

Odwołujący w dniu 17 kwietnia 2018 r. złożył ofertę, zgodnie z którą zaoferował dostawy objęte:

- Pakietem nr 1 - Zaawansowany symulator kobiety rodzącej,
- Pakietem nr 2 - System audio - video do nagrywania sesji treningowych i debriefingu,

- Pakietem nr 5 - Symulator do treningu procedur porodowych.

W dniu 17 kwietnia 2018 r. na stronie internetowej Zamawiającego pojawiła się informacja z otwarcia ofert. Zgodnie z nią Odwołujący - jako jedyny wykonawca złożył ofertę w zakresie dostaw objętych Pakietem nr 1 i Pakietem nr 2, natomiast w zakresie dostaw objętych Pakietem nr 5 złożył ofertę najkorzystniejszą.

Dnia 26 kwietnia 2018 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu Postępowania przetargowego w zakresie dostaw objętych Pakietem nr 1, Pakietem nr 2 oraz Pakietem nr 5. Jako podstawę prawną unieważnienia postępowania w zakresie dostawy objętej Pakietem nr 1 Zamawiający wskazał art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP (w zakresie Pakietu nr 1, nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu). Wskazał dodatkowo, że odrzucił ofertę nr 6 złożoną przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1b PZP, bowiem Odwołujący nie wniósł wadium do upływu składania ofert tj. do dnia 17 kwietnia 2018 r. godz. 11:00. Środki finansowe - wadium wniesione przez Odwołującego - wpłynęły na konto Zamawiającego w dniu 17 kwietnia 2018 r. o godz. 14:13 tj. po upływie terminu składania ofert.

Dalej, jako podstawę prawną unieważnienia postępowania w zakresie dostawy objętej Pakietem nr 2 Zamawiający także wskazał art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP i to, że w Postępowaniu przetargowym w zakresie Pakietu nr 2, nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający, analogicznie - jak przy Pakiecie nr 1 - wskazał, że odrzucił ofertę nr 6 złożoną przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP, bowiem Odwołujący nie wniósł wadium do upływu składania ofert tj. do dnia 17 kwietnia 2018 r. godz. 11:00. Środki finansowe - wadium wniesione przez Odwołującego - wpłynęły na konto Zamawiającego w dniu 17 kwietnia 2018 r. o godz. 14:13 tj. po upływie terminu składania ofert.

Natomiast, jako podstawę prawną unieważnienia postępowania w zakresie dostawy objętej Pakietem nr 5 Zamawiający wskazał art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP (w Postępowaniu przetargowym w zakresie Pakietu nr 5 oferta z najniższą z najniższą ceną tj. 212 758,02 zł brutto złożona przez wykonawcę FW Fantom A. M., przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 180 000,00 zł brutto). Wskazał dodatkowo, że odrzucił ofertę nr 6 złożoną przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) PZP, bowiem Odwołujący nie wniósł wadium do upływu składania ofert tj. do dnia 17 kwietnia 2018 r. godz. 11:00. Środki finansowe - wadium wniesione przez Odwołującego - wpłynęły na konto Zamawiającego w dniu 17 kwietnia 2018 r. o godz. 14:13 tj. po upływie terminu składania ofert.

Z dokonaniem powyższych ustaleń Zamawiającego nie zgadza się Odwołujący, gdyż w jego ocenie naruszają one przepisy Ustawy i jako takie są niedopuszczalne.

II. Uzasadnienie zarzutów Odwołania

1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b) PZP.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że Zamawiający odrzucając jego ofertę naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP. Ten zaś stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, pozostawał w błędnym przekonaniu, że Odwołujący nie wniósł wymaganego wadium do upływu terminu składania ofert tj. do dnia 17 kwietnia 2018 r. do godz. 11:00, podczas gdy sytuacja taka nie miała miejsca w realiach niniejszej sprawy. Odwołujący w tym miejscu wskazuje, że w dniu 17 kwietnia 2018 r. o godz.: 08:09 wykonał przelew natychmiastowy SORBNET z gwarancją zaksięgowania kwoty wadium w wysokości 9 000,00 zł na rachunku bankowym Zamawiającego do godziny 09:09. A zatem do upływu terminu składania ofert nastąpiło uznanie rachunku bankowego Zamawiającego. Powyższe jest równoznaczne z prawidłowym wniesieniem wadium, co oznacza, że w konsekwencji brak było podstaw do odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty zarówno w zakresie dostaw objętych Pakietem nr 1, Pakietem nr 2 oraz Pakietem nr 5 (skoro wadium zostało prawidłowo wniesione w stosunku do dostaw objętych wszystkimi trzema ww. pakietami).

Zamawiający mimo powyższego odrzucił jednak ofertę Wykonawcy uzasadniając, że środki finansowe wpłynęły na jego konto w dniu 17 kwietnia 2018 r. o godzinie 14:13 tj. po upływie terminu składania ofert. Sytuacja taka nie jest jednak możliwa.

Odwołujący stoi więc na stanowisku, że złożył ofertę, która została zabezpieczona wadium w prawidłowej wysokości, do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 17 kwietnia 2018 r. do godz. 11:00. Kwota wadium została wpłacona na rachunek bankowy Zamawiającego w Banku Millenium S.A. przelewem SORBNET w dniu 17 kwietnia 2018 r. o godzinie 08:09 z konta Odwołującego w mBank S.A.

Dowód: Potwierdzenie wykonania przelewu wadium.

W tym miejscu Odwołujący podnosi, że wykonał przelew SORBNETEM, gdyż jest to jedyny system zapewniający transakcje w czasie rzeczywistym. Wg informacji, które Odwołujący otrzymał z mBank S.A., a także z Narodowego Banku Polskiego środki finansowe na rachunku Bankowym Zamawiającego w Millenium Bank S.A. zostały zaksięgowane maksymalnie w przeciągu 1 godziny od zlecenia przelewu, a zatem musiały znaleźć się na jego rachunku bankowym do godz.: 09:09. Departament Systemu Płatniczego Wydział Systemu SORBNET Narodowego Banku Polskiego potwierdził również, że w dniu 17 kwietnia 2018 r. nie było w NBP żadnej awarii oraz potwierdził, że zlecenie mBanku zostało zrealizowane natychmiast po przesłaniu go do NBP przez mBank, a więc zgodnie z procedurą.

Dowód: Informacja z Departamentu Systemu Płatniczego Wydział Systemu SORBNET Narodowego Banku Polskiego.

Zgodnie z informacją przekazaną przez mBank oraz znajdującą się na stronie internetowej tegoż banku Bank gwarantuje przekazanie środków pieniężnych do systemu SORBNET w 15 minut od złożenia dyspozycji przelewu, nawet jeżeli przelew zostanie zlecony tuż przed godziną 15:00. Termin księgowania uzależniony jest od Banku odbiorcy - w jakim czasie zaksięguje przelew na rachunku odbiorcy. Przelew dociera jednak do banku odbiorcy nawet od 15 minut do 1 godziny.

Dowód: <https://www.mbank.pl/pomoc/info/konta/przelew-sorbnet.html>

Odwołujący podnosi zatem, że informacja wskazana przez Zamawiającego o godzinie księgowania płatności dotyczy zapewne systemu ELIXIR, a nie systemu SORBNET. Przelewy wykonywane systemem SORBNET realizowane są indywidualnie a nie w ramach kolejnych sesji. Zamawiający nie wykazał jednak w sposób bezsporny, że środki pieniężne były na jego koncie o godzinie 14:13, a zatem nie wykazał aby Odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, mimo kilkukrotnych próśb i ponagień w tym zakresie ze strony Odwołującego.

Co więcej, jeśli Zamawiający twierdzi, że kwota wadium wpłacona przez Odwołującego została zaksięgowana na rachunku bankowym Zamawiającego po upływie terminu składania ofert, z czego wywodzi obowiązek odrzucenia oferty Odwołującego, to winien okoliczność tę wykazać. Stosownie bowiem do art. 6 KC w zw. z art. 14 PZP ciężar dowodu obciąża tę stronę, która z faktu wywodzi skutki prawne. Ponadto w myśl art. 190 ust. 1 ustawy PZP strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok SN z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać stosowne dowody (wyrok SN z 7 listopada 2007 r., II CSK 293/07, wyrok SN z 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

W orzecznictwie Izby podkreśla się również, że z uwagi na sankcyjny charakter przepisu art. 89 ust. 1 PZP, powody wykluczenia wykonawcy z postępowania powinny zostać wykazane w sposób niebudzący wątpliwości. Zamawiający jednak - poza ogólnikową i enigmatyczną informacją zawartą w piśmie z dnia 26 kwietnia 2018 r. nie wykazał w żaden sposób, aby

takie powody (do odrzucenia oferty Odwołującego) w realiach niniejszej sprawy powstały, mimo, że sam Odwołujący interweniował w tej sprawie kilkakrotnie.

Dlatego Odwołujący stoi na stanowisku, że jego oferta została odrzucona w sposób całkowicie nieuprawniony. Na dowód powyższego. Odwołujący wskazuje, iż w dniu 7 maja 2018 r. między 08:05 i 08:15 złożył w mBanku S.A. dwie dyspozycje przelewu kwoty 1000 zł i 900 zł systemem SORBNET na rachunki bankowe osób trzecich prowadzone przez Millenium Bank S.A., na dowód czego przedkłada potwierdzenie transakcji z mBanku, wygenerowane elektronicznie ze skutkami art. 7 Prawa bankowego. Z kolei z wydruku „Uznanie otrzymane SORBNET” z rachunku Banku Millenium sporządzonego w oparciu o art. 7 Prawa bankowego wynika, że kwota ta została zaksięgowana przez Bank Millenium w dniu 7 maja 2018 r. przed godz.: 09:15

Dowód: potwierdzenie transakcji z mBanku.

Dowód: potwierdzenie transakcji z Millenium Bank.

Mając powyższe na uwadze, zostało wykazane przez Odwołującego, że środki pieniężne wpłacone przez niego musiały znaleźć się na rachunku bankowym Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Znajduje zatem potwierdzenie zarzut.

2. Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP.

Odwołujący podnosi także zarzut naruszenia art. art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP poprzez uznanie, że zaistniały przesłanki obligujące Zamawiającego do unieważnienia Postępowania przetargowego w zakresie Pakietu nr 1 i Pakietu nr 2, bowiem nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Uwzględnienie jednak zarzutu wskazanego w pkt 1) powyżej, prowadzić będzie do wniosku, że skoro Odwołujący w sposób prawidłowy i w terminie wniósł wymagane przepisami prawa i Specyfikacji wadium to nie zaistniały przesłanki obligujące Zamawiającego do odrzucenia ofert Odwołującego. W takiej też sytuacji należy uznać, że w Postępowaniu przetargowym będącym przedmiotem niniejszego odwołania złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a zatem unieważnienie przedmiotowego postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP narusza przepisy Ustawy.

3. Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b) PZP.

Odwołujący wskazuje również na naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b) PZP.

Nie znajduje potwierdzenia, ani uzasadnienia w okolicznościach faktycznych i prawnych nn. sprawy uznanie, że zaistniały przesłanki obligujące Zamawiającego do unieważnienia Postępowania w zakresie Pakietu nr 5, bowiem - jak twierdzi Zamawiający - oferta z najniższą ceną (tj. 212 758,02 zł brutto) złożona przez wykonawcę FW Fantom A. M., przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

(180 000,00 zł brutto). Wbrew powyższemu oferta z najniższą ceną została złożona przez Odwołującego, który zaoferował cenę 172 200,00 zł.

Odwołujący wskazuje przy tym, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów Ustawy było wynikiem bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego, który uznał, że Odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert. Dlatego też uwzględnienie zarzutu wskazanego w pkt 1) powyżej, prowadzić będzie nie tylko do wniosku, że Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, ale nadto że złożył ofertę z najniższą ceną (172 200,00 zł) oraz że cena ta nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (180 000,00 zł brutto). A zatem w takiej sytuacji zasadnym będzie uznanie, że nie zaistniały przesłanki obligujące Zamawiającego do unieważnienia postępowania w oparciu o treść art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP.

W związku z powyższym, wniesienie odwołania, stało się konieczne i uzasadnione.

W świetle przedstawionych wyżej argumentów Zamawiający powinien zostać zobowiązany do unieważnienia czynności dokonanych w dniu 26 kwietnia 2018 r. polegających na odrzuceniu oferty nr 6 złożonej przez Back 2 Function sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie dostawy objętej Pakietem nr 1, Pakietem nr 2 oraz Pakietem nr 5 oraz polegających na unieważnieniu postępowania w zakresie dostaw objętych Pakietem nr 1, Pakietem nr 2 i Pakietem nr 5, a także powinien zostać zobowiązany do dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, jak również uznania oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą, jako złożoną w sposób prawidłowy i skuteczny.

Załączono potwierdzenie wykonania przelewu wadium; informacja z Departamentu Systemu Płatniczego Wydział Systemu SORBNET NBP; potwierdzenie transakcji z mBanku; potwierdzenie transakcji z Millenium Bank.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący popierając odwołanie z zawartą w nim argumentacją i załączonymi dowodami przypomniał, że tytułem wadium dokonał przelewu natychmiastowego w systemie Sorbnet, dokonywanego w czasie rzeczywistym. Wskazał, że w związku z postępowaniem dokonał dwóch przelewów testowych dnia 07.05.2018, których termin wykonania był zgodny z twierdzeniami, dotyczącymi systemu Sorbnet. Złożył dwa zaświadczenia o realizacji transakcji wraz z potwierdzeniem wykonania przelewu. Przypomniał, że system opisany jest w dokumencie NBP pod nazwą „System płatniczy w Polsce”, gdzie potwierdza się, iż przelewy realizowane są w czasie rzeczywistym. Nie kwestionując wymogu specyfikacji uznania rachunku Zamawiającego do godz. 11:00 dnia 17.04.2018, podniósł przy tym, że Zamawiający nie przedstawił wystarczających dowodów, co do rzeczywistego wpływu

należności na jego konto. Na poparcie argumentacji wskazał na wyrok KIO 1305/13 wydany w analogicznych okolicznościach. Podkreślił daleko idące następstwa wadliwej decyzji Zamawiającego, co do której brak jest wystarczających dowodów, wobec przeciwnych dowodów, przedstawionych przez Odwołującego.

Złożył informacyjnie treść pisma, otrzymanego z mBanku, o terminie wpływu przelewu do banku odbiorcy, który jest gwarantowany „nawet od 15 min do 1h”, gdzie wskazano także, iż bank nie ma wpływu na czas księgowania na rachunku docelowym. Ponadto zauważył, że zgodnie z wcześniej wskazanym zarządzeniem NBP przelewy Sorbnet korzystają z zasad pierwszeństwa z rozrachunkiem w czasie rzeczywistym.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że data i godzina zaksięgowania kwoty wadium jest ustalona, tj. 17.04.2018 r., godz. 14:13, na tę okoliczność złożył wydruk z prowadzonej korespondencji z bankiem, gdzie w dwóch mailach z 19 kwietnia i 2 maja uzyskał potwierdzenie wskazanej godziny. Złożył wyciąg z informacji z mBanku ze stwierdzeniem, iż klienci mogą wykonywać przelew Sorbnet nawet w ciągu 1h, co nie jest w ocenie Zamawiającego synonimem określenia „do 1h”. Złożył zarządzenie Prezesa NBP z 10.03.2009 r., gdzie w § 9 wskazano, że zlecenia płatnicze w systemie Sorbnet są realizowane w czasie rzeczywistym, tj. na bieżąco w ciągu dnia operacyjnego (bez sprecyzowania, ile godzin trwa taka realizacja). Operacje testowe, przedstawione przez Odwołującego uznał za niestanowiące dowodu, jako dotyczące innych zdarzeń i osób. Ponownie wskazał, iż przeprowadzał kolejne wyjaśnienia, co do terminu otrzymania wadium i otrzymywał potwierdzenie wcześniej dokonanego ustalenia. Wskazał, że mailem z 07.05.2018 r. zawiadomił Odwołującego, iż przelew wpłynął i rozliczył się o godz. 14:13. Stwierdził, że nie posiada odrębnego konta technicznego, na które mogłyby wpływać środki płatnicze. Nie dysponował wymaganymi środkami o godz. 11:00 i nie ma podstaw kwestionowania informacji, otrzymanych z banku, prowadzącego jego rachunek.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść oferty odwołującego z wymaganymi dokumentami, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, wyjaśnienia stron i stanowiska zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu wraz z dokumentami na potwierdzenie przedstawionych argumentów, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a tym samym legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania od czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego. Z treści odwołania wynika, że wykonawca jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia publicznego, do czego zmierza przez kwestionowanie czynności unieważnienia postępowania o dostawy dla pakietu I, II i V w wyniku uprzedniej czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Stosownie do postanowień SIWZ wykonawca obowiązany był wnieść przed upływem terminu składania ofert, do godziny 11.00 wadium w wysokości 9.000 zł.

Odwołujący załączył do swej oferty potwierdzenie transakcji jako wadium AEZ/S-023/2018, pakiety I, II i V. na kwotę 9 000 zł z datą operacji 17 kwietnia 2018 r. i tą samą datą księgowania. Dokument potwierdzenia wykonania przelewu – duplikat, nie wskazywał godziny przeprowadzenia operacji natomiast zawierał opis rodzaju operacji jako przelew SORBNET wychodzący.

Wobec otrzymania informacji przez wykonawcę o przekroczeniu terminu wniesienia wadium skutkującym odrzuceniem oferty i w konsekwencji unieważnieniem postępowania w zakresie trzech wymienionych wyżej pakietów, odwołujący przedstawił wyjaśnienie dnia 30 kwietnia 2018 r., wskazując, że zadysponował przelew kwoty wadium dnia 17 kwietnia 2018 r. o godzinie 8.09 z gwarancją dotarcia najpóźniej w ciągu 1 godziny. Przedstawił informację o systemie SORBNET, który jest systemem rozrachunku brutto w czasie rzeczywistym, co w praktyce oznacza, że w systemie dokonywany jest finalny rozrachunek, czyli nieodwołalna i bezwarunkowa realizacja złożonego zlecenia i realizacji zleceń płatniczych w sposób ciągły na bieżąco w ciągu dnia operacyjnego, a nie w wyznaczonych momentach dnia. W praktyce realizacja zleceń odbywa się w czasie liczonym nawet w sekundach. Tym samym w ocenie wykonawcy wysłane przez niego środki o godzinie 8.09 rano musiały być w dyspozycji zamawiającego o godzinie 11.00.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W ocenie Izby nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp przez jego zastosowanie.

Izba podziela jednolicie prezentowany w orzecznictwie pogląd, że wniesienie wadium jest skuteczne tylko w przypadku uznania rachunku bankowego zamawiającego należną kwotą wadium przed upływem terminu składania ofert. Okoliczność ta nie jest również sporna między stronami.

Zgodzić się należy z zamawiającym, że moment zadysponowania przez wykonawcę dokonania przelewu przez bank prowadzący rachunek dysponenta, w tym wypadku godzina 8.09. w dniu 17 kwietnia 2018 r. nie stanowi dowodu potwierdzającego, że kwota wadium została uznana na rachunku zamawiającego do godziny 11.00. Sama bowiem dyspozycja przelewu nie jest równoznaczna z dokonaniem wpłaty. Zgodnie z art. 63c ustawy Prawo bankowe, polecenie przelewu stanowi udzieloną bankowi dyspozycję dłużnika obciążenia jego rachunku określoną kwotą i uznania tą kwotą rachunku wierzyciela. Bank wykonuje dyspozycję dłużnika w sposób przewidziany w umowie rachunku bankowego. Nie świadczyło o tym również wykonanie przez odwołującego dyspozycji przelewu systemem Sorbnet, który zapewnia dokonywanie rozliczeń w czasie jedynie zbliżonym do rzeczywistego pomiędzy bankami – uczestnikami systemu.

Sporną pomiędzy stronami jest chwila uznania rachunku bankowego zamawiającego. Zamawiający w swym rozstrzygnięciu wskazuje w oparciu o informacje uzyskane kilkakrotnie z banku prowadzącego jego rachunek, że kwotą wadium uznano jego rachunek w dniu zadysponowania, lecz o godzinie 14.13, a więc po upływie terminu składania ofert, który upływał w tym dniu o g. 11.00. Z kolei odwołujący twierdzi, że należność niewątpliwie musiała znaleźć się na koncie zamawiającego w terminie, a zamawiający nie dowiódł swoich twierdzeń.

W ocenie składu orzekającego zamawiający dochował należytej staranności w ustaleniu spornego terminu wpłaty kwoty wadium po upływie terminu składania ofert, z czego zasadnie wywodził obowiązek odrzucenia oferty odwołującego, a okoliczność tę wykazał dowodem w postaci wiarygodnego zaświadczenia – potwierdzenia banku.

Odmienne twierdzenia odwołującego nie zostały poparte dowodami. Opis system SORBNET, który co do zasady, jest systemem rozliczeń w czasie rzeczywistym jest niewystarczający do wykazania momentu rzeczywistego uznania rachunku zamawiającego. Bez wątplenia w tym systemie rozliczeń stwierdzenie o rozliczeniu w czasie rzeczywistym nie oznacza równoczesności operacji dyspozycji przelewu i czynności uznania kwoty z tej dyspozycji. Z przedstawionych przez strony opisów systemu wynika istotnie pierwszeństwo operacji realizowanych w systemie, natomiast brak jest podstaw do ustalenia

nieprzekraczalnego momentu czasowego na realizację. Odwołujący, zapewne opierając się na własnym doświadczeniu, wskazuje, że taka realizacja następuje najpóźniej w ciągu jednej godziny. Na powyższą okoliczność przedstawia wynik przeprowadzonych dwóch operacji testowych, w których nadano przelewy w systemie SORBNET o godz. 8.06 oraz 8.08 odpowiednio w kwotach 1000 zł i 900 zł na rachunki w banku Millenium tj. tym, który prowadzi rachunek zamawiającego. Ze złożonych przez odwołującego zaświadczeń wynika, że przelane środki zostały zaksięgowane na rachunkach docelowych o godzinie 9.15 każdy. Powyższe potwierdza, że dłuższy termin realizacji od wskazanego przez odwołującego jako minimalny (w wymiarze 1 h) jest naturalny w obrocie pieniężnym w przedmiotowym systemie. W konsekwencji brak jest podstaw do uznania, że wykonawca dowiódł swoich twierdzeń, w szczególności, że kwota wadium znalazła się na rachunku bankowym zamawiającego w terminie wymaganym.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 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. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: