

WYROK
z dnia 11 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2012 r. przez wykonawcę - **Aleksander Popończyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ALEKSANDER POPOŃCZYK, Doradztwo Biznesowe i Informatyczne, ul. Sarmacka 13 m 15, 02-972 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Gdańsk - Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku, ul. Na Stoku 49, 80-874 Gdańsk**,

przy udziale wykonawcy **Żegluga Gdańska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Pończoszników 2, 80-830 Gdańsk**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę - Aleksander Popończyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ALEKSANDER POPOŃCZYK, Doradztwo Biznesowe i Informatyczne, ul. Sarmacka 13 m 15, 02-972 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę - Aleksander Popończyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ALEKSANDER POPOŃCZYK, Doradztwo Biznesowe i Informatyczne, ul. Sarmacka 13 m 15, 02-972 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawcy - Aleksander Popończyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ALEKSANDER POPOŃCZYK, Doradztwo Biznesowe i Informatyczne, ul. Sarmacka 13 m 15, 02-972 Warszawa** na rzecz **Gminy Miasta Gdańsk - Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku, ul. Na Stoku 49, 80-874 Gdańsk**, kwotę **4 198 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sto dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasta Gdańsk - Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług przewozowych jednym statkiem pasażerskim pomiędzy portem w Gdańsku (Nabrzeże Motławy) a Sobieszewem w roku 1212.”

Wykonawca - Aleksander Popończyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ALEKSANDER POPOŃCZYK, Doradztwo Biznesowe i Informatyczne w Warszawie, zwany „Odwołującym”, wniósł na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą” lub „Pzp” oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia w związku z tym jego oferty. Wniósł o: unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty; unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; nakazanie dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w przypadku gdy Zamawiający już zawarł umowę, dodatkowo o jej unieważnienie; lub o nakazanie unieważnienia przetargu ze względu na wprowadzające w błąd postanowienia SIWZ; oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów ewentualnego zastępstwa procesowego fachowego pełnomocnika.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego, Odwołujący zarzucił przede wszystkim naruszenie art. 38 ust. 4b Pzp, a dodatkowo art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w związku z pkt 9.2 i 9.5 SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał: wykluczając Odwołującego z postępowania Zamawiający powołał się na przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert i stwierdził, że wpłacone przez Odwołującego wadium nie zostało wniesione w terminie, wskazując w uzasadnieniu na wyrok Zespołu Arbitrów z dn. 25.04.2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-462/07).

Odwołujący podniósł, że zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej „SIWZ”, termin składania ofert był wyznaczony na dzień 15 maja 2012 r. na godzinę 10:00, zaś w części poświęconej sprawie wadium, Zamawiający postawił następujące dwa wymogi: a) *pkt 9.2. „Wadium wnosi się przed upływem terminu składania*

ofert” oraz b) pkt 9.5.: „*datą wniesienia wadium jest data uznania rachunku Zamawiającego*”.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, wadium zostało wpłacone w dniu 14 maja 2012 r. (a więc w przeddzień terminu składania ofert), zaś uznanie rachunku (zaksięgowanie na rachunku Zamawiającego) nastąpiło w dniu 15 maja 2012 r., przy czym Zamawiający podniósł, że moment księgowania według jego Działu Księgowości nastąpił o godzinie 12:10.

Odwołujący wskazał, że postanowienia SIWZ stanowią w tym przypadku *lex specialis* w odniesieniu do przepisów Pzp i w wypadku ich niesprzeczności z Pzp mają znaczenie wiążące dla stron. O ile więc pkt 9.2 SIWZ jest powtórzonym przepisem art. 45 ust. 3 Pzp, o tyle pkt 9.5 SIWZ ma wobec postępowania stron charakter precyzujący intencję Zamawiającego w zakresie wadium, w rozumieniu art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp, szczególnie, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, a więc wadium nie jest obligatoryjne.

Odwołujący stwierdził, że wykluczając go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp wraz z powoływaniem się w uzasadnieniu na wspomniany wyrok Zespołu Arbitrów, Zamawiający faktycznie zmienił postanowienia SIWZ po terminie składania ofert, naruszając tym samym art. 38 ust. 4b Pzp. Ponieważ Odwołujący zastosował się do postanowień SIWZ, nie powinienem z tego tytułu ponosić jakichkolwiek ujemnych konsekwencji, a w szczególności nie powinienem zostać wykluczony z postępowania. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że przywoływany przez Zamawiającego wyrok nie powinien być stosowany jako argument, gdyż dotyczył innej sytuacji faktycznej w dwóch podstawowych aspektach: w sprawie której dotyczył, Zamawiający zawarł w SIWZ następujący warunek „...W pkt 4d) SIWZ precyzuje termin wniesienia wadium w pieniądzu wskazując, że musi być wniesione nie później niż w terminie składania ofert na konto bankowe zamawiającego...”. Tak więc SIWZ tamtego przetargu zawierała wprost postanowienia o tym, że wadium musi być zaksięgowane na rachunku Zamawiającego nie później niż w terminie składania ofert (a więc w dacie i godzinie), czego w tym przetargu Zamawiający nie wymagał, posługując się w pkt 9.5 SIWZ jednoznacznym pojęciem „*daty*” a nie „*terminu*”; w sprawie której dotyczył przywoływany wyrok, Wykonawca złożył zlecenie przelewu wadium na 19 minut przed terminem składania ofert, a więc w tym samym dniu.

Odwołujący uznał, że całkowicie odmienna sytuacja faktyczna powoduje, że przywoływanie przez ZTM jedynie sentencji wzmiankowanego wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 25.04.2007 r., z całkowitym pominięciem jego uzasadnienia oraz wskazania na różnice stanu faktycznego jest błędne, szczególnie że należałoby raczej wskazać, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 r. (KIO/UZP 757/09), wadium wówczas zabezpiecza ofertę, a więc jest właściwie i skutecznie wniesione, gdy zamawiający ma możliwość dysponowania wadium w okolicznościach i w sposób opisany w SIWZ.

W ocenie Odwołującego, ZTM określił w SIWZ dwa warunki odnośnie wpłaty wadium: wniesienie wadium przed terminem składania ofert (pkt 9.2 SIWZ), oraz określając datę wniesienia wadium jako datę wpływu na rachunek (pkt 9.5 SIWZ). Odwołujący przedstawił ocenę wymagań Zamawiającego, wskazując, że mogły być one rozumiane wyłącznie w następujący sposób: a) albo data wpływu na rachunek (data wniesienia wadium) musi być datą poprzedzającą termin składania ofert, a więc wpływ na rachunek Zamawiającego musi nastąpić najpóźniej w przeddzień terminu składania ofert - lecz wymóg taki byłby sprzeczny z art. 45 ust. 3 Pzp, jako że nie wolno skracać terminu wniesienia wadium; b) albo wniesienie wadium powinno nastąpić w taki sposób, aby wykonawca w terminie składania ofert (data i godzina) nie miał już możliwości dysponowania kwotą wadium, zaś ZTM miał taką możliwość w sposób określony przez siebie w SIWZ, a więc, skoro nie w przeddzień, to z konieczności logicznej najpóźniej w dacie składania ofert - wskazał, że obydwa te warunki zostały spełnione, jako że dyspozycja przelewu wadium oraz zdjęcie środków z rachunku Odwołującego nastąpiło w dniu 14 maja 2012 r. (a więc zdecydowanie przed terminem składania ofert), zaś z datą składania ofert, czyli 15 maja 2012 r. środki znajdowały się już do dyspozycji ZTM, co zresztą ZTM potwierdził w uzasadnieniu wykluczenia; c) albo warunek wyrażony w pkt 9.5 SIWZ zawiera się w całości w warunku pkt 9.2 SIWZ, co sprzeciwia się zasadzie jednoznaczności i obowiązkowi używania dokładnych określeń, wyrażonej w art. 29 ust. 1 Pzp odnośnie opisu przedmiotu zamówienia, a mających analogicznie zastosowanie do opisu wniesienia wadium; d) albo warunki wyrażone w pkt 9.5 SIWZ oraz w pkt 9.2 SIWZ są ze sobą w sprzeczności, a co za tym idzie wprowadzają w błąd oferentów, naruszając co najmniej zasadę art. 29 ust. 2 Pzp zastosowaną analogicznie do opisu wadium, równocześnie stanowiąc wadę niemożliwą do usunięcia, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący stwierdził, że analiza logiczna powyższych możliwości prowadzi do wniosku, że jedynym racjonalnym (nie sprzecznym) rozumieniem wymagań Zamawiającego wyrażonych w SIWZ odnośnie wpłaty wadium jest rozumienie opisane w punkcie b) powyżej, i takie też rozumienie wymagań Zamawiającego miał Odwołujący. Pojawienie się już po terminie składania ofert nowych wymagań ze strony Zamawiającego, a mianowicie żądania aby wpływ wadium na jego rachunek miał miejsce przed terminem składania ofert, jest zatem w swojej istocie albo: a) zmianą post factum pkt 9.5 SIWZ, co narusza art. 38 ust. 4b Pzp, albo b) nieusuwalną na tym etapie wadą obarczającą postępowanie, ze względu na wprowadzające w błąd postanowienia SIWZ, co powinno być podstawą unieważnienia przetargu w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie, wskazując na bezzasadność odwołania. Podał, że w pkt 9.1 SIWZ sformułował wymóg wniesienia wadium, zastrzegając, że wadium wniesione w gotówce wpłacane jest na rachunek bankowy

Zamawiającego. Doprecyzował, że wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert, czyli do dnia 15 maja 2012 r. do godziny 10:00, co wynika z pkt 12.1 SIWZ, a datą wniesienia wadium jest data uznania rachunku Zamawiającego, o czym stanowią pkt 9.2 i 9.5 SIWZ. Zamawiający stwierdził, że środki wpłacone przez Odwołującego jako wadium zostały uznane na rachunku bankowym Zamawiającego w dniu 15 maja 2012 r. o godzinie 12:10, a więc po upływie terminu składania ofert. Wskazał, że był zmuszony do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Zamawiający powołał się na orzecznictwo Izby - wyroki: z dnia 12 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2796/11, z dnia 16 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1633/10, z dnia 13 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1868/10. Na podstawie przywołanego orzecznictwa wskazał, że zaakceptowanie faktycznego wniesienia wadium po upływie terminu składania ofert, stanowiłoby rażące naruszenie ustawy i przeczyłoby zasadzie rozporządzania przez Zamawiającego zabezpieczeniem wadium Odwołującego już od chwili składania ofert. Wskazał, że postanowienia pkt SIWZ 9.2 i 9.5 są jednoznaczne. Podniósł, że wszystkie warunki dotyczące wadium zawarte w pkt 9 SIWZ należy interpretować łącznie, gdyż dotyczą one jednej materii. Uznał, że wykładnia gramatyczna pkt 9.2 i 9.5 SIWZ pozwalała na dojście do oczywistego wniosku, że wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert, przy czym jeżeli jest składane w pieniądzu, to o tym, czy zostało wniesione przed terminem składania ofert, decyduje data uznania wpłaty na rachunku bankowym Zamawiającego. Stwierdził, że tym samym brak jest jakiegokolwiek sprzeczności czy innej niekonsekwencji pomiędzy pkt 9.2 i 9.5 SIWZ, a ich treść została sformułowana tak, aby nie budzić żadnych wątpliwości nawet u podmiotów nieprowadzących profesjonalnej działalności gospodarczej. Podniósł, że brak jest również podstaw do tego, aby zarzucić Zamawiającemu, iż postawił on wykonawcom nowe wymagania w przedmiocie wadium już po upływie składania ofert, a co za tym idzie - naruszenie art. 38 ust. 4b ustawy i doprowadzenie do nieusuwalnej wady postępowania. Na marginesie Zamawiający zauważył, że Odwołujący dopiero na etapie wniesienia odwołania zakwestionował klarowność pkt 9 SIWZ, chociaż miał możliwość zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień. Zamawiający stwierdził, że wykluczenie Odwołującego było jak najbardziej zasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2012 r. nr 2012/S 66-108017, w którym wskazano jako przedmiot zamówienia „Świadczenie usług przewozowych jednym statkiem pasażerskim

pomiędzy portem w Gdańsku (Nabrzeże Motławy) a Sobieszewem w roku 1212.”

Odwołujący wniósł odwołanie w terminie właściwym dla odwołania, o którym stanowi przepis art. 180 ust. 2 ustawy, wskazując w odwołaniu jako podstawę zaskarżenia czynności Zamawiającego - pkt 3 i 4 przepisu (wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty, jako następstwo wykluczenia). Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w kwocie 7 500 zł, właściwej dla wartości progowej zamówienia.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Zamawiającego do wskazania wartości zamówienia podając, że wartość ma wpływ na właściwe ustalenie wysokości wpisu.

Zamawiający wskazał wartość zamówienia jako kwotę 705 413,60 zł, co stanowi 175 493,40 euro (pismo z dnia 1 czerwca 2012 r.).

Odwołanie, jako wniesione w postępowaniu, którego wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, zostało skierowane do rozpoznania. W przeciwnym przypadku, w razie wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, odwołanie zostałoby zwrócone Odwołującemu, jako wniesione bez uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości.

Odwołujący, w wyniku udzielonej mu przez Zamawiającego odpowiedzi (na informację przekazaną Zamawiającemu w trybie art. 181 ust. 1 ustawy), że zarzuty podniesione wobec wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, mogą być objęte odwołaniem, wniósł do Prezesa Izby uzupełnienie odwołania, w terminie właściwym dla odwołania w postępowaniu o wartości zamówienia progowej, nie uiszczył jednakże uzupełniającego wpisu od odwołania, który w tej sytuacji wynosiłby łącznie 15 000 zł. W postępowaniu odwoławczym konsekwentnie utrzymywał, że postępowanie prowadzone przez Zamawiającego jest postępowaniem o wartości progowej zamówienia.

Pełnomocnik Zamawiającego oświadczył na posiedzeniu, że ze względu na status Zamawiającego (jednostka budżetowa jednostki samorządu terytorialnego), zamówienia progowe to takie zamówienia, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 200 000 euro. Potwierdził, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie, o wartości progowej. Jednocześnie pełnomocnik wyjaśnił, że Zamawiający opublikował ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym UE w związku z tym, że łączna wartość zamówienia w tym samym przedmiocie, czyli usług transportu wodnego o takim samym kodzie CPV, przekraczała 1 mln euro. Zamawiający przedstawił, wniesione do Izby faksem w toku posiedzenia, inne ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 31 marca 2012 r. nr 2012/S 64-104217. W ogłoszeniu podano nazwę nadaną zamówieniu: „Świadczenie usług przewozowych statkami pasażerskimi na liniach F5 i F6 w ramach projektu pt. „Program ożywienia dróg wodnych w Gdańsku w latach 2012-2014”. Z całkowitej wielkości lub zakresu wynika, że wartość

zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 200 000 euro. Usługi będą świadczone w okresie 3 lat, w następujących sezonach 1 czerwca - 30 września 2012 r., 1 maja - 30 września 2013 r. i 1 maja - 30 września 2014 r. Zamawiający oświadczył, że ogłoszenie dotyczy przewozów na liniach F5 i F6, natomiast ogłoszenie w sprawie, w której rozpoznawane jest odwołanie dotyczy przewozów na linii F4. Wyjaśnił również, że dla obu wskazanych zamówień, obok odrębnych ogłoszeń o zamówieniu, opracowano również odrębne SIWZ. W tamtych postępowaniach (linie F5 i F6) rozstrzygnięto przetarg i wybrano na obie linie tego samego wykonawcę, uczestnika w obecnym postępowaniu odwoławczym. Odwołujący zaś wyjaśnił, że 30 maja 2011 r. zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego ogłoszenie nr 1/2012 o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia dotyczącego liniach F5 i F6. Natomiast zamawiający nie zamieścił żadnego ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania w zakresie linii F4.

Izba ustaliła, że z żadnego z przedstawionych przez Zamawiającego dokumentów (ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ oraz protokoły postępowań) nie wynika, że postępowania dotyczące linii F5 i F6 oraz linii F4 są to postępowania, których wartość zamówienia została ustalona na zasadach wynikających z art. 32 ust. 4 ustawy (oferty częściowe lub udzielanie zamówień w częściach), zatem uznała, że odwołanie dotyczy postępowania podprogowego (zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego i Zamawiającego) i nie podlega zwrotowi na podstawie art. 187 ust. 7 ustawy. Zakres rozpoznania odwołania wynika z treści przepisów art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy i zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego przystąpił skutecznie wykonawca Żegluga Gdańska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, uczestnik postępowania po stronie Zamawiającego. Oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza. Opozycja Odwołującego przeciw przystąpieniu wykonawcy została oddalona przez Izbę, z uwagi na nieuprawdopodobnienie, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Odwołanie nie zostało odrzucone na posiedzeniu na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Po rozpoznaniu odwołania na rozprawie Izba uznała, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy wnosząc odwołanie, jest jednym z trzech wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, zatem udział tego wykonawcy w postępowaniu i ocena jego oferty, stwarzałyby możliwość uzyskania zamówienia, ze względu na cenę jego oferty.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Nie jest sporne między stronami, że w pkt 9 SIWZ Zamawiający opisał wymagania dotyczące wadium, wskazując kwotę wadium (pkt 9.1), obowiązek wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert („9.2. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania

ofert”), w pkt 9.3 formy, w jakich może być wniesione wadium, w pkt 9.4, że wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego (wskazał bank i numer rachunku), w pkt 9.5 wskazał, że „datą wniesienia wadium jest data uznania rachunku Zamawiającego”.

Również nie są sporne, ustalone na podstawie złożonych przez strony dowodów, okoliczności: Odwołujący jako zleceniodawca złożył w swoim banku w dniu 14 maja 2012 r. dyspozycję dokonania przelewu kwoty 8 000 zł wadium na rachunek Zamawiającego jako odbiorcy (Powtórny wydruk potwierdzenia wykonania przelewu - PKO BP). Z rachunku Odwołującego w dniu 14 maja 2012 r. o godzinie 17:17 został wykonany przelew przez bankowość elektroniczną. Z uwagi na obowiązujący regulamin Krajowej Izby Rozliczeniowej środki zostały przekazane I sesją rozliczeniową w dniu następnym, tj. 15.05.2012 r. w kwocie 8 000 PLN.... (zaświadczenie PKO BP SA z dnia 24.05.2012 r.). Ze złożonego przez Zamawiającego do akt sprawy dokumentu elektronicznego Banku PEKAO S.A. - Szczegóły operacji w systemie bankowości internetowej PekaoBIZNES²⁴ z dnia 8 czerwca 2012 r. - wynika, że w dacie 15.05.2012 r. o godz. 12:10:13 dokonano zaksięgowania kwoty 8 000 zł, jako przelewu krajowego międzybankowego (uznanie rachunku Zamawiającego na zlecenie Odwołującego). Termin składania ofert wyznaczono do dnia 15 maja 2012 r. do godz. 10:00.

W ocenie Izby, nie jest sporne i zostało potwierdzone na rozprawie, że Odwołujący wniósł wadium w pieniądzu, wpłacając je przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego. Uznanie rachunku bankowego Zamawiającego nastąpiło niewątpliwie po upływie terminu składania ofert (w dacie księgowania 15 maja 2012 r. godz. 12:10:13, gdy upływ terminu składania ofert nastąpił w tym dniu o godz. 10:00). Stanowisko Odwołującego o wniesieniu wadium w terminie, ma swoje źródło w przekonaniu, że „data” (pkt 9.5 SIWZ) w stosunku do określenia „termin” (pkt 9.2 SIWZ), oznacza dzień oznaczony tą datą bez wskazania godziny, natomiast termin oznacza dzień i godzinę. Stąd, skoro wniesienie wadium przez uznanie rachunku Zamawiającego nastąpiło w dniu 15 maja 2012 r. bez względu na godzinę, w której czynność ta została dokonana, powinno być w ocenie Odwołującego skuteczne.

Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego. Postanowienie pkt 9.2 SIWZ jest powtórzeniem art. 45 ust. 3 ustawy, który jest przepisem obligatoryjnym i nie pozostawiającym Zamawiającemu żadnych możliwości modyfikacji, w sytuacji, gdy Zamawiający żąda wniesienia wadium. Pozostałe punkty części „9. Wadium” stanowią uszczegółowienie i doprecyzowanie wymagań związanych z wniesieniem wadium. Pkt 9.4 zawiera regulacje odnoszące się do wadium wnoszonego w pieniądzu, a pkt 9.5 zawiera uszczegółowienie, że dopiero data uznania rachunku Zamawiającego jest datą wniesienia wadium i treść tego punktu stanowi niewątpliwie podporządkowanie treści pkt 9.2 SIWZ.

Przepis art. 38 ust. 1 pkt 11 ustawy zobowiązuje Zamawiającego do określenia terminu składania ofert, zaś wskazany przepis art. 45 ust. 3 ustawy stanowi, że wadium

wnosi się przed upływem terminu składania ofert, nie ma zatem żadnych możliwości do uznania, że wadium wniesione po upływie terminu składania ofert zostało wniesione z zachowaniem terminu. Podkreślić przy tym należy, że bank dokonujący operacji używa określenia „data księgowania” wskazując dzień, miesiąc i rok oraz godzinę, minuty i sekundy dokonania czynności.

Orzecznictwo Izby jest jednolite w tym zakresie i niezależnie od stanów faktycznych spraw, których dotyczą orzeczenia przywołane w postępowaniu odwoławczym, tezy są jednoznaczne. Termin wniesienia wadium jest zachowany (art. 45 ust. 3 ustawy), „gdy wadium wniesione w pieniądzu, zgodnie z art. 45 ust. 7 ustawy zostanie wpłacone przelewem na rachunek bankowy zamawiającego i znajdzie się na tym rachunku przed upływem terminu składania ofert” - wyrok z dnia 15 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1079/10. W wyroku tym Izba podkreśliła, że „odwołujący dokonując wpłaty wadium na rachunek bankowy zamawiającego, obowiązany był dokonać w taki sposób przelewu, aby znalazł się on przed upływem terminu na koncie zamawiającego. Odwołujący... przyjął na siebie ryzyko działania oprogramowania bankowego w określony sposób...”.

Postępowanie dowodowe przeprowadzone na rozprawie potwierdziło, że wadium wniesione w pieniądzu przez Odwołującego zostało zaksięgowane na rachunek bankowy Zamawiającego po upływie terminu składania ofert. Zatem, należało uznać, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy w związku z pkt 9.2 i 9.5 SIWZ uznając, że wadium nie zostało wniesione do upływu terminu składania ofert i dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z następstwami prawnymi wynikającymi z faktu wykluczenia.

Nie zostało wykazane naruszenie przepisu art. 38 ust. 4b ustawy, wobec braku faktycznej zmiany postanowień SIWZ. Nie zachodzą również przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z powodu postanowień SIWZ pkt 9.2 i 9.5.

Mając powyższe na uwadze, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 pierwsze zdanie ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do jego wyniku oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2, § 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), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika

Zamawiającego (3 600 zł) oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby (598 zł), na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: