

WYROK

z dnia 24 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2014 r. przez wykonawcę - **Zakład Usługowo Produkcyjny EMITER Sp. J. S..... B..... P..... L....., ul. Strudlak 3, 34-600 Limanowa** w postępowaniu prowadzonym przez *Zamawiającego* - **RWE Stoen Operator Sp. z o.o., ul. Piękna 46, 00-672 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - **SAKS-POL Spółka Jawna, Lamel Rozdzielnice Sp. z o.o., ul. Ceglana 11, 05-250 Radzymin-Słupno** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie *Zamawiającego*,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i unieważnić wybór najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - **SAKS-POL Spółka Jawna, Lamel Rozdzielnice Sp. z o.o.**, oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert, wykluczając wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum - **SAKS-POL Spółka Jawna, Lamel Rozdzielnice Sp. z o.o.** z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania obciążyć **RWE Stoen Operator Sp. z o.o., ul. Piękna 46, 00-672 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 - **Zakład Usługowo Produkcyjny EMITER Sp. J. S..... B..... P..... L....., ul. Strudlak 3, 34-600 Limanowa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **RWE Stoen Operator Sp. z o.o., ul. Piękna 46, 00-672 Warszawa** na rzecz wykonawcy - **Zakład Usługowo Produkcyjny EMITER Sp. J. S..... B..... P..... L....., ul. Strudlak 3, 34-600 Limanowa** kwotę **15 522 zł 44 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset dwadzieścia dwa złote czterdzieści cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu na rozprawę i noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – RWE Stoen Operator sp. z o.o. z Warszawy na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa szaf pomiarowych niskiego napięcia modułów bilansujących infrastruktury AMI”. Wykonawca - Zakład Usługowo Produkcyjny EMITER sp. j. S..... B..... P..... L..... z Limanowej [Odwołujący] zarzucił w odwołaniu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 4 tej ustawy i ewentualnie w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z uwagi na jego niezastosowanie pomimo, że w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający był zobowiązany wykluczyć wykonawcę, który do upływu terminu składania ofert nie wniósł wadium, a w wyniku tej czynności oferta wykluczonego wykonawcy powinna zostać uznana za odrzuconą. Wskazał także na naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na wybór oferty wykonawcy Konsorcjum SAKS-POL, jako najkorzystniejszej, [w sytuacji, gdy wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta podlegała odrzuceniu z mocy prawa], a także z uwagi na niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, [pomimo, że oferta ta była najkorzystniejszą spośród wszystkich ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu], a także na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum SAKS-POL oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a także wykluczenie wykonawcy Konsorcjum SAKS-POL z postępowania o udzielenie zamówienia, a także nakazanie uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę za podlegającą odrzuceniu, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu odrzucenie przedmiotowej oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Pzp interes wykonawcy w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp w uzyskaniu zamówienia został naruszony i doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę spośród tych niepodlegających wykluczeniu. Zostało to potwierdzone w pierwszym prawidłowym badaniu ofert w wyniku którego Konsorcjum SAKS-POL zostało prawidłowo wykluczone. W przypadku wykluczenia wykonawcy

Konsorcjum SAKS-POL oferta Odwołującego nadal będzie najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ i dlatego uwzględnienie odwołania skutkować będzie pozyskaniem przez Odwołującego zamówienia. Ponadto niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia znacznej szkody przez Odwołującego, wyrażającej się w braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Dowodzi to naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania. W uzasadnieniu odwołania podał, że Zamawiający zgodnie z pkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wymagał wniesienia wadium w wysokości 30.000,00 PLN. Wadium mogło być wpłacone w kilku wskazanych w SIWZ formach m.in. w formie pieniężnej przelewem bankowym. Zgodnie z pkt. 8.3.1 specyfikacji wadium wniesione w pieniądzu należało wpłacić przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego. W celu potwierdzenia wniesienia wadium do oferty należało dołączyć potwierdzenie dokonania przelewu. Zasady wnoszenia wadium określone w art. 45 ust. 6-8 ustawy Pzp zostały sprecyzowane także w pkt 8.3.1.: "Wadium wniesione w pieniądzu uważa się za wniesione w terminie, jeżeli w momencie upływu terminu składania ofert przelew zostanie zrealizowany i kwota wadium zostanie uznana na rachunku bankowym Zamawiającego." Termin składania ofert upłynął dnia 12 listopada 2013 roku o godzinie 14.00. Konsorcjum SAKS-POL dokonało zabezpieczenia oferty wadium po terminie tj. 12 listopada 2013 r. o godzinie 14.09, co potwierdza dokumentacja postępowania przetargowego znajdująca się we władaniu Zamawiającego tj. potwierdzenie wykonanej operacji z systemu bankowego oraz oświadczenie banku dotyczące momentu zaksięgowania kwoty wadium na rachunku Zamawiającego wydane na wniosek Zamawiającego. Dalej podał, że Zamawiający prawidłowo w dniu 27 listopada 2013 r. wykluczył Konsorcjum SAKS-POL z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp podnosząc, że wadium należało złożyć do dnia 12 listopada 2013 r. do godz. 14.00. Konsorcjum dołączyło do oferty potwierdzenie przelewu z datą wykonania z dnia 9 listopada 2013 r. jednakże rachunek bankowy Zamawiającego został uznany należną kwotą wadium dopiero w dniu 12 listopada 2013 r. o godz. 14.09 tj. po terminie składania ofert. Jego zdaniem wykonawca złożył dyspozycję przelewu w dniu 8 listopada 2013 r. jednakże musiał ją złożyć już po godzinie zamknięcia systemu bankowego w danym dniu, a więc jego dyspozycja została wykonana dopiero dnia 9 listopada 2013 r. w sobotę,

kiedy to system międzybankowy Elixir jest zamknięty. Dzień 11 listopada 2013 r. był natomiast dniem wolnym ustawowo, zatem jego przelew został rozliczony dopiero w dniu 12 listopada 2013 r., a zaksięgowany na koncie Zamawiającego po terminie składania ofert. Od wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia z postępowania konsorcjum SAKS-POL wniosło odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO) w dniu 6 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2818/13) Do postępowania w tym postępowaniu odwoławczym przystąpił po stronie Zamawiającego wnoszący odwołanie wykonawca w niniejszym postępowaniu, posiadając interes w oddaleniu odwołania. Jednakże w dniu 19 grudnia 2013 r. bez podania przyczyny i w jego opinii bezzasadnie Zamawiający uwzględnił odwołanie. Od niniejszej czynności wniesiony został przez Odwołującego sprzeciw w dniu 23 grudnia 2013 r. Natomiast w dniu 24 grudnia 2013 r. Konsorcjum SAKS-POL cofnęło odwołanie na skutek czego KIO umorzyło postępowanie. Mając powyższe na uwadze Zamawiający powinien był przystąpić do podpisania umowy z EMITER, a nie dokonywać ponownej oceny i badania ofert, a dokonując jednak ponownego badania i oceny powinien ponownie wykluczyć Konsorcjum SAKS-POL z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i dokonać wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powołując się na przepis art. 45 ust.6 – 8 ustawy Pzp oraz orzecznictwo stwierdził, że wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, a termin składania ofert oznaczony jest nie tylko datą, ale też godziną i nie jest dozwolone wnoszenie wadium po upływie terminu (godzinie) składania ofert. W sytuacji, kiedy uznanie rachunku bankowego poprzez zaksięgowanie kwoty wadium nastąpiło po terminie (godzinie) otwarcia ofert należy uznać, iż wadium nie zostało wniesione, a zatem stosownie do postanowień art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zobligowany był do wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty. Podał także, wskazując na orzecznictwo KIO, że „Termin składania ofert jest terminem specyficznym o tyle, iż jest punktem w czasie określonym nie tylko jako dzień, lecz również - godzina. W związku z tym wadium powinno być wniesione nie tylko przed upływem wyznaczonego dnia, lecz również przed wyznaczoną godziną składania ofert (analogicznie jak oferta). Podał również, że termin „wniesienie” - zgodnie z doktryną i orzecznictwem sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej - oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek Zamawiającego, a przy wniesieniu wadium liczy się nie data, ale konkretna chwila (godzina, minuta). Podobnie utrwalone i jednolite w

orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych należy uznać takie rozumienie powołanego przepisu art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, z którego wynika obowiązek skutecznego, niejako „fizycznego” dostarczenia wadium zamawiającemu przed terminem składania ofert. Uznaje się więc, iż przed tym terminem w dyspozycji Zamawiającego winna znaleźć się, czy to gwarancja wadialna, czy wadium wniesione w pieniądzu (na rachunku zamawiającego), tak aby już od chwili składania ofert mógł skutecznie zabezpieczeniem wadialnym rozporządzać i ewentualnie zeń zaspokoić roszczenia przypisane ustawą. Środki pieniężne zatem winny znaleźć się na rachunku Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, który w tym postępowaniu ustalony został na dzień 12 listopada 2013 r. godz. 14,00. Wynika to zarówno z brzmienia art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, jak i postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanych na użytek tego postępowania, gdzie wyraźnie wyartykułowano wymaganie, by w razie wadium pieniężnego środki zostały uznane na rachunku zamawiającego przed terminem składania ofert. Wniesienie wadium jest czynnością faktyczną, a nie prawną i oznacza, że wraz z upływem terminu składania ofert winna być czynnością dokonaną a niedokonywaną. W niniejszym postępowaniu należy uznać za **bezsportny fakt wpływu kwoty wadialnej na rachunek Zamawiającego po terminie składania ofert co potwierdza dokument elektroniczny tzw. " potwierdzenie wykonanej operacji" wygenerowany zgodnie z art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy Prawo Bankowe w zw. z art. 20 ust. 2 i 5 ustawy o rachunkowości. Na dokumencie tym wskazano wyraźnie datę i godzinę księgowania na rachunku Zamawiającego (dnia 12.11.2013 godz. 14:09:05)**. Potwierdza to również oświadczenie banku z dnia 11 grudnia 2013 r. Zgodnie z linią orzecniczą w tym orzeczeniem SA w Katowicach każdy dokument generowany elektronicznie na podstawie Ustawy Prawo Bankowe stanowi ekwiwalent dokumentu podpisanego własnoręcznie, oryginał natomiast znajduje się w systemie banku. Zatem potwierdzenie wykonanej operacji przedstawiające moment zaksięgowania kwoty wadium na rachunku zamawiającego jest pełnoprawnym dowodem momentu uznania rachunku bankowego zamawiającego”. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że to wykonawca ponosi wszelkie ryzyko związane ze skutecznością dostarczenia zamawiającemu wadium i konsekwencje jego ewentualnego braku przed terminem składania ofert. Zastosowanie przesłanki wykluczenia wykonawcy zawartej w art. 24 ust.2 pkt. 2 Pzp przepisie jest tu niejako „automatyczne”, uzależnione od wystąpienia wskazanych

tam okoliczności, które nie są dodatkowo powiązane z jakimkolwiek stopniem zawinienia ich wystąpienia. W tego typu okolicznościach, jakie miały miejsce w niniejszym postępowaniu zamawiający zobligowany więc był do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że w niniejszej sprawie wykonawca Konsorcjum nie zachował należytej staranności w czynności wnoszenia wadium wymaganej od profesjonalisty, który nie pierwszy raz bierze udział w postępowaniu przetargowym na podstawie ustawy Pzp. Niefortunnie złożenie ofert na dzień 12 listopada wypadło po tzw. długim weekendzie, gdyż dzień 11 listopada jest dniem ustawowo wolnym od pracy. Konsorcjum natomiast bezrefleksyjnie złożyło dyspozycje przelewu, co prawda w piątek 8 listopada 2013 r., ale w godzinach kiedy nie wykonywano dyspozycji w banku Wykonawcy, zatem wykonanie dyspozycji przelewu nastąpiło dopiero w sobotę 9 listopada 2013 r. kiedy system Elixir był zamknięty aż do dnia 11 listopada 2013 r. do godz. 22.30. Podkreślił, że samo: "Złożenie dyspozycji przelewu określonej kwoty pieniężnej nie jest wystarczające do uznania wniesienia wadium, jego skuteczność następuje dopiero w przypadku uznania rachunku bankowego Zamawiającego należną kwotą wadium. Wykonawca zatem powinien wziąć pod uwagę, że w systemie Elixir wejście do systemu Elixir jest otwarte od godz. 22.30 w niedzielę do godz. 21.30 w piątek. W przypadku dnia ustawowo wolnego od pracy albo dwóch kolejno następujących po sobie takich dni, od godz. 21.30 dnia poprzedzającego pierwszy z dni wolnych do godz. 22.30 ostatniego z dni wolnych, wejście do systemu ELIXIR jest zamknięte. Dochowując należytej staranności i wiedząc, że występuje wiele dni wolnych zlecenia przelewu należało dokonać 8 listopada 2013 r. tj. w piątek, ale w godzina przyjmowania transakcji aby mieć pewność dotarcia wadium na czas. Wykonawca powinien upewnić się czy jego przelew został przyjęty do realizacji i znać godziny i zasady księgowania w banku w którym posiada rachunek bankowy, tym bardziej iż przy otwarciu rachunku bankowego takie zasady i regulamin się otrzymuje. Ryzyko opóźnienia obciąża zawsze Wykonawcę. Z oświadczenia banku Zamawiającego Pekao SA jednoznacznie wynika, iż przelew konsorcjum został rozliczony pierwszą sesją Elixir w dniu 12 listopada 2013 r., jednakże zaksięgowany i uznany na rachunku Zamawiającego dopiero tego dnia o godz. 14.09. Potwierdza to fakt, że odbycie sesji systemu Elixir nie oznacza, że o tej porze został zaksięgowany przelew na koncie zamawiającego, a tylko, że o tej porze przekazano wyniki rozliczenia do banku. Natomiast sesje księgowania na poszczególnych rachunkach w bankach

odbywają się w innych godzinach. Co więcej należy zauważyć, że w danej sesji nie przechodzi do banku rozliczenie tylko jednego przelewu, a wiele i są to rozliczenia tzw. ciągłe, a więc każdy pojedynczy przelew znajduje się w "kolejce" i godzina jego zaksięgowania zależy od kolejności która jest zapewne przypadkowa. Na bieżąco nie oznacza natychmiast, ale w kolejności w sposób ciągły. Przykładowo Bank PEKAO SA, w którym konto ma Zamawiający na stronie internetowej informuje, iż zlecony elektronicznie przelew znajdzie się u odbiorcy w zależności od czasu złożenia dyspozycji oraz dnia tygodnia i systemu rozliczeń banku odbiorcy. Okres ten może trwać od 6 godzin do 3 dni. Kwestie godzin księgowania rozstrzyga także art. 15 w zw. z załącznikiem Regulaminu Rozliczeń Pieniężnych w kraju banku Pekao SA czyli banku w którym posiada konto Zamawiający określający, iż przelew otrzymany z innego banku (np. BZ WBK) w danym dniu roboczym jest rozliczany tego samego dnia do godziny granicznej najpóźniej tj. do godz. 18.30. [dowód: regulamin rozliczeń pieniężnych Pekao SA]. Wnoszący odwołanie wykonawca stwierdził, że przelew Konsorcjum SAKS-POL został zaksięgowany 9 minut po terminie złożenia ofert, czego ryzyko ponosi Konsorcjum składając dyspozycje przelewu w piątek w godzinach popołudniowych lub wieczornych wiedząc, że przed terminem złożenia ofert następuje dzień świąteczny. Pozostali wykonawcy w tym Odwołujący byli w stanie w sposób terminowy zabezpieczyć złożenie oferty prawidłowo złożonym wadium. Za zasadne należy uznać stanowisko, że w chwili upływu terminu składania ofert kwota wadium nie znajdowała się na koncie Zamawiającego, nie miał więc on możliwości skorzystania z wadium z tej racji, że Zamawiający może korzystać tylko ze środków zgromadzonych na jego rachunku bankowym, a nie ze środków, pozostających w zasobach banku prowadzącego rachunek. Należy zwrócić uwagę, iż czynności wadliwego wniesienia wadium nie można konwalidować w żaden sposób. Reasumując i biorąc pod uwagę powyższe, oraz jednolitą w tym zakresie linię orzecniczą prezentowaną między innymi w wyrokach sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, że złożenie dyspozycji przelewu określonej kwoty pieniężnej nie jest wystarczające do uznania wniesienia wadium, jego skuteczność następuje dopiero w przypadku uznania rachunku bankowego Zamawiającego należną kwotą wadium. Mając powyższe na uwadze wykonawca podkreślił, że dyspozycja art. 24 ust. 2 Pzp ustawy Pzp nie pozostawia żadnego pola do wyboru dla zamawiającego. Stwierdzając wniesienie wadium po terminie składania ofert Zamawiający musi wykluczyć wykonawcę który to wadium po terminie wniósł, nawet

jeśli było to kilka minut. Nie ma tu znaczenia wola Zamawiającego, ani inne okoliczności. Zamawiający nie stosując tych przepisów lub ponownie badając oferty i zmieniając poprzednio prawidłową decyzję o wykluczeniu wykonawcy działa w sposób sprzeczny z ustawą Pzp. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 ustawy Pzp stwierdził, że Zamawiający uwzględnił w całości oczywiście bezzasadne odwołanie Konsorcjum, by następnie po umorzeniu postępowania przed KIO unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej i ponowić badanie i ocenę ofert oraz dokonać wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum które podlegało z mocy prawa wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu. Wykonawca podkreślił, że zmiana decyzji bez żadnej zmiany w stanie faktycznym, bez uzyskania dodatkowej podstawy takiej decyzji jest oczywistym działaniem na rzecz Konsorcjum, a więc stawianie go w oczywiście korzystniejszej sytuacji niż innych wykonawców zaburzając tym uczciwą i równą konkurencję. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że naruszenia związane z art. 24 ustawy Pzp, tj. nieodrzućenie oferty podlegającej odrzuceniu, bądź niewykluczenie wykonawcy niespełniającego warunków z art. 24 Pzp jest jedną z najczęstszych form naruszenia art. 7 Pzp. Wniósł także o przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu oraz ewentualnie dowodu z zeznań świadka - pracownika zamawiającego - wykonującego czynności w postępowaniu na okoliczności zmiany decyzji - ewentualnie inne dowody, jeśli zajdzie potrzeba ich powołania w toku postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - SAKS-POL Spółka Jawna, Lamel Rozdzielnice Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Rozpoznając wniosek Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp Izba stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia tego wniosku.

Wskazywany przez Zamawiającego art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że podlega odrzuceniu odwołanie w tym przypadku, gdy to odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby [lub sądu] lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum – SAKS - POL Spółka Jawna, Lamel Rozdzielnicze Sp. z o.o. wnieśli w dniu 6 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2818/13 odwołanie, z uwagi na wykluczenie tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, z powodu nie wniesienia w wymaganego w postępowaniu wadium. Zamawiający w piśmie z dnia 19 grudnia 2013 r. uwzględnił odwołanie w całości, jednakże przystępujący po jego stronie wykonawca - Zakład Usługowo Produkcyjny EMITER sp. j. S..... B..... P..... L..... z Limanowej w piśmie z dnia 23 stycznia 2013 r. wniósł sprzeciw i dlatego też w tej sprawie nie mogło być wydane postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego i na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp miało być rozpoznane przez Izbę na rozprawie. Izba stwierdza jednocześnie, że odwołanie w tej sprawie nie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie i tym samym wyrok w niniejszej sprawie nie został wydany przez Izbę, albowiem wnoszący odwołanie wykonawca na posiedzeniu w dniu 27 grudnia 2013 r. cofnął wniesione odwołanie i na tej podstawie Izba w dniu 27 grudnia 2013 r. wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w związku z cofnięciem odwołania. Tym samym w niniejszej sprawie nie zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp, a zatem brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że wobec cofnięcia odwołania, pomimo uprzedniego jego uwzględnienia, w szczególności z uwagi na wniesiony sprzeciw wykonawcy - Zakład Usługowo Produkcyjny EMITER sp. j. S..... B..... P..... L..... z Limanowej, Zamawiający nie był zobowiązany do unieważnienia czynności [z dnia 27.11.2013 r.] wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Rozpoznając odwołanie Izba stwierdziła, że wykonawca ma legitymację procesową do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Oferta tego wykonawcy, z ceną 1.222.718,40 zł, w wyniku czynności oceny z dnia 27.11. 2013 r. została uznana za najkorzystniejszą, wobec wykluczenia - na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - SAKS-POL Spółka Jawna, Lamel Rozdzielnice Sp. z o.o., a skutkiem ponownej oceny i wyborem oferty tego Konsorcjum, wnoszący odwołanie utracił możliwość uzyskania zamówienia i tym samym istniała możliwość poniesienia szkody przez wykonawcę, wyrażająca się w braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją tego zamówienia.

Izba rozpatrując odwołanie miała na uwadze, w szczególności dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp w myśl, której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą kontradyktoryjności, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i w myśl tej zasady strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie ciężar dowodu oczywiście spoczywał na Odwołującym, wobec podnoszonego zarzutu braku wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - SAKS-POL Spółka Jawna, Lamel Rozdzielnice Sp. z o.o. [Konsorcjum SAKS - POL] z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże nie zwalniało to Zamawiającego, a także wykonawcy przystępującego po jego stronie z przedkładania dowodów potwierdzających okoliczność wniesienia wadium w terminie wymaganym specyfikacją.

Rozpoznając podnoszony w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzut ten jest zasadny.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 8.3.1 podał, że "Wadium wniesione w pieniądzu uważa się za wniesione w terminie, jeżeli w momencie upływu terminu składania ofert przelew zostanie zrealizowany i kwota wadium zostanie uznana na rachunku bankowym Zamawiającego".

Zgodnie ze specyfikacją termin składania ofert upływał dnia 12 listopada 2013 roku o godzinie 14.00. Izba ustaliła, że uznanie rachunku bankowego Zamawiającego [zrealizowanie przelewu i uznanie na jego rachunku kwoty 30 tys. zł], co do wadium wniesionego przez Konsorcjum SAKS-POL nastąpiło w dniu 12 listopada 2013 r. o godzinie 14.09.

Powyższe, zdaniem Izby, bezspornie wynika z dokumentu bankowego z dnia 13.11.2013 r. z godz. 13:03:32;22 sporządzonego elektronicznie, [Potwierdzenie wykonanej operacji], gdzie w rubryce „Szczegóły operacji” kolumna 3 wskazano „Data księgowania 12.11.2013 14:09:05.” Na powyższy dokument powoływał się zarówno Odwołujący, jak i przystępujący wykonawca SAKS – POL, a także Zamawiający.

Zdaniem Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że użyte we wskazanym dokumencie pojęcie „data księgowania” nie jest równoznaczne z pojęciem „dzień uznania” kwoty na rachunku bankowym, którym posługuje się ustawa - Prawo bankowe. Ustawa ta w art. 63c dla dokonania zapłaty określonej kwoty, w przypadku polecenia przelewu [obciążenie rachunku dłużnika określoną kwotą], wymaga jednocześnie uznania tą kwotą rachunku [wierzyciela], na który to rachunek taki przelew następuje. Data księgowania – zdaniem Izby – to nic innego jak dzień, w którym następuje wykonanie transakcji tj. obciążenie lub uznanie rachunku klienta [odpowiednio wykonawcy/zamawiającego].

Wobec powyższych ustaleń, w przedmiotowym postępowaniu, wobec treści pkt 8.3.1. specyfikacji oraz przepisów bankowych „wniesienie wadium” oznaczało wpływ na rachunek Zamawiającego kwoty 30 tys. zł w dniu 12 listopada 2013 r. najpóźniej o godz. 14,00 [w wyniku udzielenie przez wykonawcę dyspozycji bankowi w którym posiadał rachunek bankowy obciążenia jego rachunku kwotą 30 tys. zł oraz uznanie taką kwotą przez bank rachunku Zamawiającego, w którym Zamawiający posiada rachunek] i uzyskanie przez Zamawiającego z tą chwilą uprawnienia do swobodnego [przewidzianego dla wadium] rozporządzania tymi środkami.

Izba jednocześnie stwierdza, że na gruncie przepisów prawa bankowego możliwe są oczywiście także inne rozwiązania, np. przyjęcie, że terminem zapłaty jest dzień

obciążenia rachunku przez wykonawcę, jednakże takie inne rozwiązania powinny być uregulowane w specyfikacji.

W tym miejscu Izba podnosi, że termin składania ofert, a tym samym data wniesienia wadium – tak jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie - jest terminem specyficznym, gdyż jest on oznaczony nie tylko przez dzień, miesiąc i rok, ale również przez godzinę.

W tym postępowaniu zgodnie ze specyfikacją [pkt 8.1.3] oraz w myśl przepisów Prawa bankowego, dla ustalenia daty wniesienia wadium decydująca, w niniejszej sprawie, była chwila – godzina - uznania rachunku bankowego Zamawiającego. Za taki dokument jak wskazano powyżej Izba uznała dokument oznaczony, jako „Potwierdzenie wykonanej operacji” z datą księgowania kwoty 30 tys. o godzinie 14, 09: 05 w dniu 12 listopada 2013 r.

Izba na marginesie zwraca uwagę, że w przypadku wadium wymaganym w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawa Pzp w art. 45 ust.3, odwołując się do terminu składania ofert, wymaga, aby wadium było wniesione przed upływem terminu do składania ofert. W tym postępowaniu Zamawiający przyjął nieco inną regulację wskazał bowiem na godzinę 14, 00, stanowiąc, że „Wadium wniesione w pieniądzu uważa się za wniesione w terminie, jeżeli w momencie upływu terminu składania ofert (...), a nie jak wymaga przepis - przed wyznaczoną godziną dla składania ofert [tj. najpóźniej do godziny 13:59:59].

Dalej Izba stwierdza, że oświadczenie z dnia 11 grudnia 2013 r. Banku PEKAO SA [kierownika Biura Zintegrowanej Obsługi Klienta Korporacyjnego Departamentu Zarządzenia Bankowością Korporacyjną], a także korespondencja mailowa mogą stanowić dowód na niekwestionowaną okoliczność, że do godziny 14:09:05 środki w kwocie 30 tys. znajdowały się w dyspozycji banku, prowadzącego rachunek Zamawiającego, a nie na potwierdzenie, że środki w takiej kwocie zostały zgromadzone na rachunku Zamawiającego i tym samym, że o godzinie 14,00 Zamawiający mógł dysponować wymaganą w tym postępowaniu kwotą wadium.

Zdaniem Izby dowodem w niniejszej sprawie – chociażby z uwagi na art. 7 ust.1 ustawy Prawo bankowe - jest przede wszystkim wygenerowany elektronicznie dokument księgowy, a nie korespondencja z urzędnikiem banku.

Izba w konkluzji stwierdza, że ustawa – Prawo zamówień publicznych odnośnie uchybienia terminowi wniesienia wadium uregulowanego w art. 45 ust.1 ustawy Pzp nie przewiduje żadnych odstępstw, szczególnie, gdy takie uchybienie może być skutkiem braku dochowania należytej staranności przez wykonawcę przy dokonywaniu tej czynności.

Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdza, że podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 4 tej ustawy i w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, a także zarzut naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust.1 tej ustawy i Zamawiający, dokonując ponownej oceny ofert, zobowiązany jest wykluczyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - SAKS-POL Spółka Jawna, Lamel Rozdzielnice Sp. z o.o. Konsorcjum SAKS-POL z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art.192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 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).

.....