

Sygn. akt: KIO/UZP 1411/09

WYROK
z dnia 12 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Ewa Sikorska

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Leszka Hołubowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „EXTRABUD” Leszek Hołubowski z siedzibą w Olsztynie, 10-685 Olsztyn, ul. E.Paukszty 33** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Olsztyn, 10-101 Olsztyn, Pl. Jana Pawła II 1** protestu z dnia 2 września 2009 r.,

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża Leszka Hołubowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „EXTRABUD” Leszek Hołubowski z siedzibą w Olsztynie, 10-685 Olsztyn, ul. E.Paukszty 33 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Leszka Hołubowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „EXTRABUD” Leszek Hołubowski z siedzibą w Olsztynie, 10-685 Olsztyn, ul. E.Paukszty 33,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Leszka Hołubowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „EXTRABUD” Leszek Hołubowski z siedzibą w Olsztynie, 10-685 Olsztyn, ul. E.Paukszy 33.**

U z a s a d n i e

Gmina Olsztyn, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Remont sali gimnastycznej Liceum Ogólnokształcącego nr III w Olsztynie przy ul. T. Szewczenki w Olsztynie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 sierpnia 2009 r., poz. 263614.

Zamawiający w dniu 28 sierpnia 2009 r. (pismem z tej samej daty) poinformował Leszka Hołubowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „EXTRABUD” Leszek Hołubowski z siedzibą w Olsztynie, zwanego dalej „Odwołującym” o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. ze względu na niewniesienie wymaganego wadium, dodatkowo wskazując, iż termin na wniesienie wadium upłynął dnia 25 sierpnia 2009 r. o godzinie 10:00, a z informacji uzyskanych w Wydziale Finansowym Urzędu Miasta Olsztyn wynika, iż wadium zostało zaksięgowane na rachunku Zamawiającego po tym terminie, tj. dnia 25 sierpnia 2009 r. o godzinie 22:43.

W dniu 2 września 2009 r. (pismem z dnia 1 września 2009 r.) Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o powtórny weryfikację ofert, wskazując iż wadium w kwocie 3 500 zł zostało rozliczone na rachunku odbiorcy, tj. Urzędu Miasta Olsztyn w dniu 24 sierpnia 2009 r. o godzinie 22:43, co potwierdza zaświadczenie Banku Pekao S.A. Nadto podniósł, iż konto Odwołującego, jak i Zamawiającego znajduje się w tym samym oddziale tego samego banku, co oznacza, że operacja przelewu środków z konta na konto zachodzi w momencie ich przekazania.

W dniu 14 września 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest, poprzez jego oddalenie, wskazując iż zarówno z dołączonego do protestu zaświadczenia bankowego, jak i z dołączonego do oferty „potwierdzenia przelewu” wynika, że internetowe polecenie przelewu z rachunku Odwołującego na rachunek

Zamawiającego zostało złożone w dniu 24 sierpnia 2009 r. o godzinie 22:43 i rozliczone na rachunek Zamawiającego w tym dniu, z tym że datę księgowania w obu dokumentach wskazano na dzień 25 sierpnia 2009 r. bez podania godziny. Powyższe potwierdził menadżer Banku Pekao S.A. – Centrala w Warszawie.

Nadto dodał, iż „wniesienie” w rozumieniu ustawy Pzp oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek Zamawiającego, co oznacza iż wadium powinno znajdować się w dyspozycji Zamawiającego, a Zamawiający nie może dysponować środkami finansowymi przed ich zaksięgowaniem na rachunku.

Pismem z dnia 17 września 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Prezesa UZP w dniu 21 września 2009 r.; wpływ do Zamawiającego w dniu 18 września 2009 r.; data nadania do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 18 września 2009 r.), podtrzymując zarzuty, wnioski oraz argumenty zawarte w proteście.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków odwoławczych, gdyż jego oferta w rankingu ofert zostałaby sklasyfikowana na pierwszej pozycji o ile nie podlegałaby odrzuceniu, a wykonawca nie został z postępowania wykluczony, zatem Odwołujący miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w przypadku potwierdzenia się podnoszonych przez niego zarzutów.

Zarzut nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego, a tym samym odrzucenia jego oferty na skutek niewniesienia wadium nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale XVIII „Wadium” pkt 4 a zamieścił postanowienie, iż „wadium w pieniądzu należy wnieść przelewem (...) przed upływem terminu składania ofert” na wskazany w SIWZ rachunek Zamawiającego, a „wniesienie wadium (...) Zamawiający będzie uważał za skuteczne tylko wówczas, gdy bank prowadzący rachunek Zamawiającego potwierdzi, że otrzymał taki przelew przed upływem terminu składania ofert (...)”

Bezspornym jest, iż Odwołujący w dniu 24 sierpnia 2009 r. o godzinie 22:43 dokonał internetowego polecenia przelewu środków w kwocie 3 500,00 zł z własnego rachunku na rachunek Zamawiającego wskazany w SIWZ, a Odwołujący i Zamawiający posiadają rachunek w tym samym banku.

Art. 45 ustawy Pzp stanowi, iż wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Termin „wniesienie” – zgodnie z doktryną i orzecznictwem sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej - oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek Zamawiającego. Z potwierdzenia wykonanej operacji wystawionego przez Bank Pekso S.A. z siedzibą w Warszawie, przedłożonego przez Zamawiającego, jednoznacznie wynika, iż przelew dokonany przez Odwołującego w dniu 24 sierpnia 2009 r. o godzinie 22:43 został zaksięgowany na rachunku Zamawiającego dniu „25.08.2009 22:43:32”. Kwota ta – jak podniósł Zamawiający na rozprawie, ale co wynika także z pisma Wydziału Finansów Urzędu Miasta Olsztyn z dnia 27 sierpnia 2009 r. – nie była widoczna na koncie Zamawiającego nie tylko przed godziną 10:00, którą wskazano jak datę składania ofert, ale i tego dnia o godzinie 12:00. Zamawiający nie neguje, że wadium wpłynęło w dniu 25 sierpnia 2009 r.

Niewątpliwym jest, iż Odwołujący przedłożył pismo Banku Pekso S.A., I Oddział w Olsztynie z dnia 16 września 2009 r., z treści którego wynika, iż „przelew kwocie 3.500,00 zł (...) rozliczony na rachunku odbiorcy dnia 25.08.2009 r. z datą waluty 24.08.2009 r.” Środki te były dostępne na rachunku odbiorcy w dniu 25.08.2009 r. do godziny 10:00”, jak również zaświadczenie z tego samego banku z dnia 31 sierpnia 2009 r., w którym wskazano, iż „zapis księgowania przelewu widoczny na wyciągu z rachunku Urzędu Miasta z dnia 25.08.2009 r. z datą waluty 24.08.2009 r.”.

Niemniej jednak z pism tych nie wynika, wobec potwierdzenia wykonanej operacji ze wskazaniem daty, godziny i minut przedłożonej przez Zamawiającego, a bezspornie wskazującej na przekroczenie terminu na wniesienie wadium, informacja która jednoznacznie obalałaby dowód przedłożony przez Zamawiającego. Bank Odwołującego wcale nie potwierdza faktu, iż wadium zostało uznane na rachunku Zamawiającego, a jedynie, iż w wymaganej dacie, tj. 25.08.2009 r. do godziny 10:00 określone środki znajdowały się w dyspozycji Zamawiającego. Nie zmienia to faktu, iż przy wniesieniu wadium liczy się nie data, ale konkretna chwila (godzina, minuta). Tym samym stwierdzić należy, iż Odwołujący decydując się na zlecenie dokonania przelewu w dniu poprzedzającym składanie ofert, czyli de facto – ostatnim możliwym, zgodził się na poniesienie związanego z tym ryzyka.

Izba nie stwierdziła naruszenie wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....