

WYROK
z dnia 19 grudnia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2017 roku przez wykonawcę: **M. S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „A.” M. S., P., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **1 R. B. L., ul. (...)**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **M. S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „A.” M. S., P., ul. (...)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **M. S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „A.” M. S., P., ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **M. S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „A.” M. S., P., ul. (...)** na rzecz zamawiającego: **1 R. B. L., ul. (...)** kwotę **825 zł 00 gr** (słownie: osiemset dwadzieścia pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu noclegu oraz dojazdu na rozprawę pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 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 Koszalinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez 1 R. B. L. z W. (dalej „zamawiający”) na dostawę ziemniaków obieranych sterylizowanych do jednostek wojskowych i ośrodków szkolenia poligonowego (nr sprawy (...)) – zadanie 1-6 wykonawca M. S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „A.” M. S.I, P. ul. (...) (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec odrzucenia oferty odwołującego, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 45 ust. 3, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, skutkiem czego było błędne uznanie przez zamawiającego, iż wadium nie zostało wniesione,
2. art. 89 ust. 1 pkt 7b, poprzez jego błędne zastosowanie polegające na odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenia czynności wyboru ofert, a nadto o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący podał, że w dniu 29 listopada 2017 roku otrzymał od zamawiającego pismo, z którego treści wynikało, że zamawiający dokonał czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty z uwagi na niewniesienie w terminie wadium.

Odwołujący stwierdził, że wadium zostało wniesione na rachunek zamawiającego, wskazany w SIWZ 21.11.2017 r. w podziale na dwa przelewy w dwóch etapach:

- przelew na kwotę 26.445,00 jako wadium na zadanie 1-4,
- przelew na kwotę 16.532,00 jako wadium na zadanie 5-6.

Wskazał, że w treści ww. przelewu w sposób jednoznaczny wskazano oraz oznaczono zamawiającego oraz zadanie na poczet, którego ww. środki są wnoszone. Uznał, że załączone potwierdzenia przelewu dokumentują i potwierdzają, że wadium zostało wniesione 21.11.2017 r., tj. jeden dzień przed upływem terminu składania ofert.

Uzupełnił, że załączone potwierdzenia przelewów wskazują jako datę waluty i datę operacji dzień 21.11.2017 r., co oznacza, że w tym dniu wadium zostało wniesione na rachunek zamawiającego i tegoż dnia pieniądze zostały postawione do dyspozycji zamawiającego, a rachunek bankowy odwołującego został obciążony wymaganą kwotą, która nie była już dla odwołującego dostępna.

Wskazał, że powyższe dodatkowo potwierdza załączony wyciąg bankowy z 21.11.2017 r., z którego wynika, że środki pieniężne zostały z rachunku odwołującego pobrane i przekazane na rachunek zamawiającego.

Wskazał także, że potwierdzenie wniesienia wadium, zgodnie z Rozdziałem XI SIWZ, zostało dołączone do oferty odwołującego.

dowód: potwierdzenie przelewu na kwotę 26.445,00 jako wadium na zadanie 1-4 w dniu 21.11.2017r.

dowód: potwierdzenie przelewu na kwotę 16.532,00 jako wadium na zadanie 5-6 w dniu 21.11.2017r. dowód: historia rachunku odwołującego.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert – w przedmiotowym artykule ustawodawca posłużył się sformułowanie „wnosi”, co oznacza, iż już sam fakt dokonania przed terminem składania ofert przelewu kwoty w żądanej przez zamawiającego wysokości, na żądany przez zamawiającego rachunek, właściwie przypisanej do danego postępowania oznacza, że wadium zostało wniesione.

Stanął na stanowisku, że wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę.

W ocenie odwołującego wskazane jest, dla określenia istoty tej instytucji, posłużenie się definicją zawartą w art. 70⁴ § 1 k.c., gdzie za wadium uznaje się sumę pieniężną lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, wnoszone pod rygorem niedopuszczenia do uczestnictwa w przetargu lub aukcji; funkcje wadium to stworzenie bariery finansowej zapewniającej przystąpienie do przetargu jedynie osób zainteresowanych oraz zapewnienie odszkodowania zastrzeżonego na wypadek uchylenia się przez wybrany w przetargu podmiot od zawarcia umowy.

Zdaniem odwołującego wniesione przez odwołującego wadium odpowiada istocie oraz celowi, jakiemu ta instytucja służy.

Powołał się na wyrok z dnia 24 lipca 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 706/08 zgodnie z którym *„sam fakt dokonania przed terminem składania ofert przelewu kwoty w żądanej przez Zamawiającego wysokości, na żądany przez Zamawiającego rachunek, właściwie przypisanej do danego postępowania oznacza, że wadium zostało wniesione”*.

Nadto, z ostrożności, odwołujący wskazał, iż zapisy SIWZ odnośnie wadium wnoszonego w pieniądzu budzą wątpliwości interpretacyjne z uwagi na brak jednoznaczności w ich sformułowaniu – brak bowiem w tym zakresie zapisów, iż pieniądze

muszą znaleźć się na rachunku zamawiającego przed terminem i godziną składania ofert. Zamawiający w tym zakresie nie określił terminu wpłaty wadium w pieniądzu.

Podał, że zamawiający nakazał jedynie dołączyć do oferty dowód potwierdzenia uiszczenia wadium przez odwołującego, co odwołujący uczynił.

W ocenie odwołującego, dokonując wykładni zapisów SWIZ w związku z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać, iż sam fakt dokonania przed terminem składania ofert przelewu kwoty w żądanej przez zamawiającego wysokości, na żądany przez zamawiającego rachunek, właściwie przypisanej do danego postępowania oznacza, że wadium zostało wniesione, zaś odmienna wykładnia zapisów SWIZ w związku z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp byłaby nie do pochodzenia z literalnym brzemieniem ww. przepisu, który stanowi o wniesieniu wadium, a nie jego wpłaceniu.

Podał nadto, że „wystąpił również jako oferent” w przetargu na dostawę przetworów warzywnych kwaszonych do jednostek wojskowych i ośrodków szkolenia poligonowego, (numer sprawy 103/2017), w którym wadium w kwocie 5492,00 zostało wniesione 21.11.2017 r. , równocześnie z przelewami na wadium dotyczącymi sprawy 104/2017 i oferta została przyjęta bez zastrzeżeń.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 11 grudnia 2017 roku (wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2017 roku), w tym: Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”), oferty odwołującego, Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 18 grudnia 2017 roku, a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (zadania 1-6), kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego oznacza, że stwierdzenie w tym zakresie naruszeń przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego

oraz wykonywania zamówienia – to oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w zadaniach 1-6 w świetle – jedynego kryterium oceny ofert – tj. kryterium ceny.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego:

- art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, skutkiem czego było błędne uznanie przez zamawiającego, iż wadium nie zostało wniesione,
- art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego
nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Wymagania dotyczące wadium zamawiający ujął w Rozdziale XI SIWZ o takim właśnie tytule („Wymagania dotyczące wadium”).

W pkt. 6 Rozdziału XI, regulującym sposób wnoszenia wadium w przypadku formy pieniężnej, zamawiający podał: „*Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na rachunek bankowy zamawiającego (...) a) potwierdzenie wniesienia wadium należy dołączyć do oferty w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę. O uznaniu przez Zamawiającego, że wadium w pieniądzu wpłacono w wymaganym terminie, decyduje data i godzina wpływu środków na rachunek Zamawiającego.*”

Zgodnie zaś z Rozdziałem XV SIWZ („*Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert*”) pkt 1, oferty należało składać do dnia 22 listopada 2017 roku do godziny 7³⁰.

Odwołujący złożył ofertę na wszystkie objęte zamówieniem zadania, tj. zadania 1-6.

Do oferty załączył:

- Przelew z rachunku Szczegóły transakcji zleconej do realizacji dotyczący kwoty 26445,00 PLN z dnia 21 listopada 2017 roku – zadania 1-4,
 - Przelew z rachunku Szczegóły transakcji zleconej do realizacji dotyczący kwoty 16532,00 PLN z dnia 21 listopada 2017 roku – zadania 5-6
- oraz fragment historii rachunku, ujmującej obciążenie rachunku odwołującego ww. kwotami

Pismem z dnia 28 listopada 2017 roku zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z tego względu, iż „(...) *Wykonawca nie spełnił warunków, jakie nałożył na niego Zamawiający w SIWZ,*

w odniesieniu do terminu wniesienia wadium, gdyż do godziny składania ofert wadium nie zostało wniesione. Upływ terminu otwarcia ofert oznaczony jest zarówno data, jak i godziną, a wadium musi zabezpieczać ofertę przez cały okres związania”.

Zamawiający poinformował także odwołującego, że „Uznanie rachunku bankowego Zamawiającego, poprzez zaksięgowanie kwoty wadium nastąpiło dnia 22 listopada 2017 r. o godzinie 09:50.”

Fakt, że zaksięgowanie kwoty 26 445,00 PLN oraz kwoty 16 532,00 PLN, których przelanie odwołujący zlecił swojemu bankowi 21 listopada 2017 roku (którymi obciążano jego rachunek w tymże dniu) nastąpiło na rachunku zamawiającego dnia 22 listopada 2017 r. o godzinie 09:50 nie był między stronami sporny – do pisma stanowiącego odpowiedź na odwołanie zamawiający dodatkowo załączył wydruki operacji na jego rachunku, tj. zaksięgowania w dniu 22 listopada 2017 roku o godz. 9⁵⁰ kwoty 26 445,00 PLN oraz w dniu 22 listopada 2017 roku o godz. 9⁵⁰ kwoty 16 532,00 PLN.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Rozstrzygnięcie sporu sprowadza się do oceny, czy za prawidłowe wniesienie wadium w formie pieniężnej uznać należy zlecenie przez wykonawcę przelania odpowiedniej kwoty na wskazany przez zamawiającego rachunek przed upływem terminu składania ofert w sytuacji, gdy kwota ta została zaksięgowana na rachunku zamawiającego po upływie terminu składania ofert.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że wadium takie nie może zostać uznane za wniesione prawidłowo, a w konsekwencji, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Przede wszystkim przywołać należy jednoznaczne postanowienie Rozdziału XI pkt 6 lit. a) zdanie drugie SIWZ, zgodnie z którym „*O uznaniu przez Zamawiającego, że wadium w pieniądzu wpłacono w wymaganym terminie, decyduje data i godzina wpływu środków na rachunek Zamawiającego*”.

Zawarte w odwołaniu twierdzenie jakoby w SIWZ brak było „*zapisów, iż wadium wnoszone w pieniądzu muszą znaleźć się na rachunku Zamawiającego przed terminem i godziną składania ofert*” (str. 2 odwołania, 5 akapit) świadczy o tym, iż zacytowane powyżej, kluczowe dla oceny prawidłowości wadium w pieniądzu postanowienie SIWZ umknęło uwadze odwołującego, przy czym, oczywistym jest, że termin składania ofert to także termin wniesienia wadium

Bezsprzecznie rachunek zamawiającego został uznany kwotami, mającymi stanowić wadium zabezpieczające ofertę odwołującego w zadaniach 1-6 w dniu, w którym upływał

termin składania ofert, tj. 22 listopada 20178 roku, jednak po wyznaczonej godzinie, co ma istotne znaczenie z tego względu, iż upływ terminu składania ofert (a tym samym wniesienia wadium) został oznaczony zarówno datą, tj. 22 listopada 2017 roku, jak i godziną, tj. 7³⁰.

Nie sposób przychylić się do zaprezentowanego przez odwołującego na rozprawie sposobu rozumienia przez odwołującego postanowienia SIWZ o treści „*O uznaniu przez Zamawiającego, że wadium w pieniądzu wpłacono w wymaganym terminie, decyduje data i godzina wpływu środków na rachunek Zamawiającego*”, tj. iż „*dokonanie polecenia przelewu oznacza, iż pieniądze nie pozostają już w dyspozycji Odwołującego, ale z tą chwilą pozostają w dyspozycji Zamawiającego*”, ponieważ fakt, że pieniądze nie pozostają już w dyspozycji odwołującego (wskazanymi kwotami został obciążony rachunek odwołującego) jako zlecającego przelew nie oznacza, że w tym samym czasie pieniądze są postawione do dyspozycji zamawiającego – terminem, od którego pieniądze te są w dyspozycji zamawiającego jest bezsprzecznie zaksięgowanie ich na rachunku zamawiającego, co w przedmiotowej sprawie nastąpiło o godzinie 9⁵⁰, tj. po wyznaczonej przez zamawiającego godzinie składania ofert (wniesienia wadium) – tj. 7³⁰ w dniu 22 listopada 20178 roku.

Skład orzekający Izby wskazuje także, że – wbrew stanowisku odwołującego zaprezentowanemu w odwołaniu (str. 2, piaty akapit) – z postanowień SIWZ nie wynika, aby załączenie do oferty potwierdzenia zlecenia transakcji (przelewu) [„*dowód potwierdzenia uiszczenia wadium*”] przesądzał o uznaniu, że wadium wniesiono, co do terminu, prawidłowo.

Skład orzekający Izby zauważa nadto, że twierdzenie odwołującego, iż w innym prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu (103/2017) w analogicznym samym stanie faktycznym zamawiający uznał za prawidłowo wniesione przez odwołującego wadium okazał się nieprawdziwe, co zamawiający wykazał w odpowiedzi na odwołanie – godziną decydującą w sprawie 103/17 była 11³⁰ w dniu 22 listopada 2017 roku, wobec czego zaksięgowanie kwoty wadium w tym dniu o godz. 9⁵⁰ (w wyniku zlecenia z dnia poprzedniego) oznaczało, iż wadium należało ocenić za wniesione w terminie.

Na marginesie skład orzekający Izby za trafne uznał odniesienie się przez zamawiającego do przywołanego przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania wyroku z dnia 24 lipca 2008 roku KIO/UZP 706/08 – tj. iż wyrok ten dotyczy sprawy o odmiennym charakterze i nie podważa stanowiska, że wniesienie wadium następuje z chwilą uznania rachunku zamawiającego, a nie z chwilą wydania decyzji o przelewie przez wykonawcę,

czyli obciążenia rachunku wykonawcy; „Istotą sporu w sprawie zakończonej przywołanym wyrokiem była odpowiedź na pytanie, czy w przypadku oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą należy złożyć osobne oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie ważności wadium, które zostało uprzednio skutecznie wniesione.”

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, skład orzekający Izby orzekł o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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 ze zm.).

Przewodniczący: