

Sygn. akt: KIO 2245/18

WYROK
z dnia 20 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 20 listopada 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2018r. przez odwołującego - **Politechnika Wrocławska Wrocławskie Centrum Sieciowo-Superkomputerowe** (ul. Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego**(ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14 50-411 Wrocław),

- przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: NETIA S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa,

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Politechnika Wrocławska Wrocławskie Centrum Sieciowo-Superkomputerowe** (ul. Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław) i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.Zasądza od odwołującego: **Politechnika Wrocławska Wrocławskie Centrum Sieciowo-Superkomputerowe** (ul. Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław) na rzecz zamawiającego: **Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego** (ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14 50-411 Wrocław) kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2245/18

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest: „Usługa zapewnienia dostępu do sieci Internet wraz z możliwością korzystania z usług sieciowych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 września br. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 622633-N-2018. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z uwagi na bezzasadne zdaniem wykonawcy odrzucenie oferty Odwołującego wobec uznania, iż oferta nie została zabezpieczona wadium. Odwołujący wniósł o nakazanie przez Izbę unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia naszej oferty, a także o nakazanie ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł także o przeprowadzenie w toku postępowania odwoławczego dowodów z dokumentacji postępowania przetargowego w zakresie dokumentów wskazanych w treści niniejszego odwołania. Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 186 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał, że Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, który złożył - w oparciu o zastosowane kryteria oceny ofert - najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Wadliwe odrzucenie naszej oferty godzi w nasze uzasadnione interesy oraz skutkuje powstaniem szkody w postaci braku możliwości zawarcia umowy oraz realizacji przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania podał, co następuje:

Zamawiający pismem z dnia 25 października br. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego wykonawca nie wniósł wadium przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający stwierdził, iż wadium zaksięgowane zostało na rachunku Zamawiającego w dniu składania ofert to jest 12 października br. o godz. 11:43, przy czym termin składania ofert upływał o godz. 10:00. Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł wadium przed upływem terminu składania ofert dokonując w dniu 11 października 2018 roku przelewu na rachunek bankowy Zamawiającego, a dowód dokonania przelewu załączył do cego oferty. Zgodnie z poczynionymi przez

wykonawcę ustaleniami kwota wadium została przekazana przez bank Odwołującego do banku Zamawiającego w dniu 11 października br. w godzinach popołudniowych, to jest przed upływem terminu składania ofert. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i odnosząc się do celów ustanowienia wadium stwierdził, że: „Ustawodawca położył nacisk właśnie na konieczność wniesienia wadium zamawiającemu, tak by podmiot ten dysponował w sposób niezagrożony, w określonym czasie, „władztwem” nad wadium (władztwem nad pieniędzmi wykonawcy lub innymi formami, o których mowa w art. 45 ust. 6 P.z.p.). „Władztwo” to niewątpliwie pozwala bowiem zamawiającemu na zrealizowanie uprawnień związanych z instytucją wadium, jest więc ono elementem gwarantującym zachowanie istoty tej instytucji. (...) Nie ulega wątpliwości, iż w takiej sytuacji, gdy zamawiający ma „władztwo” nad określoną sumą pieniężną, gdyż ta znajduje się na jego rachunku bankowym, żadne zdarzenia zewnętrzne, niezależne od woli i działań zamawiającego, nie mogą zagrozić czy pozbawić wadium jego skuteczności i bezwarunkowości. Wykonawca dokonując przelewu w dniu 11 października wykonał obowiązek wniesienia wadium. Środki pieniężne w wymaganej wysokości zostały przekazane na rachunek bankowy Zamawiającego. W dniu 11 października to jest dzień przed wypływem terminu składania ofert środki te wpłynęły do banku Zamawiającego. Zatem w sposób niebudzący wątpliwości wykonawca utracił „władztwo” nad przekazanymi środkami pieniężnymi. W sposób niezagrożony zostały zabezpieczone interesy Zamawiającego. Jak słusznie dodała Izba : „W ocenie składu orzekającego Izby, w przypadku wadium wnoszonego w formie pieniężnej, 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”. Podkreślił (za orzecznictwem), że na Zamawiającym - dokonującym czynności przekreślającej możliwość dalszego ubiegania się odwołującego o udzielenie zamówienia - ciąży wynikający z przepisu art. 6 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp obowiązek udowodnienia zajścia okoliczności skutkujących zastosowaniem tej podstawy prawnej odrzucenia, a także wynikający z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp obowiązek podania adekwatnego uzasadnienia faktycznego i prawnego . Zamawiający nie wykazał w piśmie z dnia 25 października br., iż w rzeczywistości środki wpłynęły do niego po upływie terminu składania ofert. Zgodnie z ustaleniami kwota Odwołującego wadium wpłynęła do banku Zamawiającego przed terminem składania ofert, zatem i na rachunku bankowym Zamawiającego winna być zaksięgowana przed tym terminem. Ponadto wskazujemy, iż ewentualne uchybienia po stronie banku Zamawiającego nie mogą skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Netia S.A. z siedzibą we Wrocławiu-wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 6 listopada 2018 r.) wniósł o oddalenie odwołania wskazując w uzasadnieniu stanowiska co następuje:

Zgodnie z regulacją art. 45 ust. 3 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert to dzień i wyznaczona, konkretna godzina. Oferta ma być zabezpieczona wadium od tej chwili. Wadium wpłacone przelewem musi zostać do tego momentu zaksięgowane na koncie Zamawiającego. W przeciwnym razie oferta nie jest zabezpieczona prawidłowo, a na wykonawcę nakładana jest sankcja odrzucenia jego oferty z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, zgodnie z którym: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione(...)”. Wskazał na art. 36 ust.1 pkt 11 oraz art. 45 ust.7 ustawy Pzp i na orzecznictwo KIO (wyroki KIO 213/10; KIO/UZP 1610/09; KIO 1079/10; KIO 1868/10; KIO 52/12; KIO 2584/17; KIO 217/17), stwierdzając, 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. 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 Pzp zostanie wpłacone przelewem na rachunek bankowy zamawiającego i znajdzie się na tym rachunku przed upływem terminu składania ofert.* Potwierdzenie wykonania przelewu przez Wykonawcę nie może stanowić dowodu wniesienia wadium, a zatem nie przesądza o uznaniu, że wadium wniesiono. Decydującym dla ważności wniesienia wadium jest bowiem dzień i godzina wpływu środków pieniężnych na rachunek bankowy Zamawiającego. Terminem wniesienia wadium jest data i godzina zaksięgowania, a nie jak twierdzi Odwołujący data i godzina zlecenia przelania kwoty wadium na wskazany rachunek bankowy. 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. W wyroku KIO 52/12 KIO zwróciła uwagę, że: „Posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem „wplacać na rachunek” jest w ocenie Izby równoznaczne z koniecznością zaksięgowania środków pieniężnych na wskazanym rachunku. Wydanie dyspozycji dokonania wpłaty nie jest „wpłatą” w rozumieniu art. 45 ust 7 ustawy Pzp, lecz jedynie podjęciem kroków zmierzających do dokonania takiej

wpłaty. Potwierdzeniem powyższego jest przepis art. 63c ustawy Prawo bankowe zgodnie z którym 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. Z przepisu wynika, że wydanie polecenia przelewu powoduje podjęcie ze strony banku określonych czynności mających na celu realizację wydanej dyspozycji na warunkach określonych w umowie rachunku bankowego. Sama dyspozycja nie jest równoznaczna z dokonaniem wpłaty (wyrok KIO 1766/12). Zatem Odwołujący powinien dokonać przelewu środków ze stosownym wyprzedzeniem, uwzględniając ryzyko związane z czasem trwania rozliczeń międzybankowych. W niniejszym postępowaniu termin składania ofert wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia upłynął w dniu 12.10.2018 r. o godz. 10:00. Wadium wniesione przez wykonawcę zaksięgowane zostało na rachunku Zamawiającego w dniu 12.10.2018 r. o godz. 11:43, w związku z tym konieczne było odrzucenie oferty Wykonawcy zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Podał także, że „Przywoływany wyrok KIO/UZP 706/08 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”.

Reasumując stwierdził, że w świetle powyższych argumentów wszystkie czynności przeprowadzone przez Zamawiającego były zgodne z ustawą Pzp, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego dokonane zostało w sposób prawidłowy. Na dowód potwierdzający argumentację i podjęte działania Zamawiający przedstawił potwierdzenie realizacji operacji.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Termin składania ofert w danym postępowaniu powinien być określony jednoznacznie, z podaniem konkretnej daty (dzień, miesiąc i rok) i godziny. Zgodnie z regulacją art. 45 ust. 3 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a zatem oferta ma być zabezpieczona wadium od tak opisanego terminu.

W tym postępowaniu Zamawiający w punkcie VII.9 SIWZ wskazał, że: „Wykonawca zobowiązany jest wnieść wadium przed upływem terminu składania ofert”. Z kolei w punkcie VII.7podał, że: „*W przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu za skutecznie wniesione Zamawiający uznaje wadium, które w oznaczonym terminie w dniu otwarcia ofert znajduje się na rachunku Zamawiającego*”. Zalecił jednocześnie dołączenie dokumentu (kopii dokumentu) potwierdzającego wpłatę wadium. Zgodnie ze specyfikacją (po jej zmianach) dzień złożenia ofert został oznaczony jako: 12.10.2018 r. godz.10.00 a dzień otwarcia ofert jako: 12.10.2018 r. godz.11.00. Wpłata wadium przez Odwołującego nastąpiła w pieniądzu z zastosowaniem rozliczenia bezgotówkowego - Poleceniem przelewu, o którym stanowi art. 63 ust.3 pkt 1 ustawy Prawo bankowe.

Stosownie do przepisów ustawy - Prawo bankowe art. 63 c: „*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*”. Przy dokonywaniu zatem płatności za pośrednictwem banków należy odróżnić trzy etapy. Pierwszy, to złożenie w banku dyspozycji przelania środków na rachunek wierzyciela (złożenie polecenia przelewu). Drugi etap to obciążenie rachunku wierzyciela kwotą wskazaną w poleceniu przelewu, który jeszcze nie oznacza, że środki automatycznie pojawią się na rachunku wierzyciela. Tak stanie się dopiero w trzecim etapie - gdy nastąpi uznanie rachunku bankowego wierzyciela kwotą wskazaną w poleceniu przelewu i dopiero od tego momentu wierzyciel może dysponować pieniędzmi.

Wykonawca na dowód wpłaty wadium przedstawił do oferty (podobnie do odwołania) *Potwierdzenie dyspozycji przelewu* środków z rachunku w Banku Santander z oznaczonymi w nim datami: datą realizacji, datą wysłania do banku oraz datą księgowania – które to czynności zostały wykonane 2018-10-11 (brak oznaczenia godziny wykonania czynności). Zamawiający z kolei przedstawił *Potwierdzenie realizacji operacji* na jego rachunku w Getin Noble Banku z którego to dokumentu wynika, że w istocie data transakcji wykonania – dyspozycja przelania środków – została złożona przez Odwołującego w dniu 11.10.2018 r., jednakże uznanie rachunku w Banku Zamawiającego (księgowanie środków - Bank dokonujący operacji używa określenia „data księgowania” wskazując dzień, miesiąc i rok oraz godzinę, minuty i sekundy dokonania czynności) nastąpiło w dniu 12.10.2018 r. o godz. 11.43:35. To oznacza, że w dniu 12.10.2018 r. do godz. 10.00 (i podobnie do godz. 11.00 w tym samym dniu) nie nastąpiło uznanie rachunku bankowego Zamawiającego w Getin Noble Bank kwotą 20.000 zł wskazaną przez Odwołującego w poleceniu przelewu tytułem wadium wymaganym w tym przetargu. Powyższe nastąpiło o godzinie 11.43:35 i od tej godziny Zamawiający miał możliwość dysponowania kwotą wadium. Odwołujący zatem dokonując przelewu środków finansowych nie uwzględnił ryzyka związanego z czasem trwania rozliczeń międzybankowych. Tym samym oferta Odwołującego nie została zabezpieczona prawidłowo, i

tym samym ta oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że pogląd Odwołującego prezentowany w odwołaniu może być odniesiony do zobowiązań podatkowych dla których inaczej określony jest moment zapłaty. Powyższe wynika z art. 60 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej. Za termin dokonania zapłaty podatku uważa się w obrocie bezgotówkowym dzień obciążenia rachunku bankowego podatnika lub rachunku podatnika w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej na podstawie polecenia przelewu. Także rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania w § 2 ust.3 w szczególności sposób reguluje kwestie momentu zapłaty wpisu stanowiąc, że: *„Wpis uznaje się za uiszczony, jeżeli nastąpi wpłata lub zostanie obciążony rachunek bankowy odwołującego na rzecz Urzędu”*. Z kolei argumentacja przywoływana przez Odwołującego w toku rozprawy co do orzecznictwa sądowego (administracyjnego i powszechnego) dotyczyła opłat sądowych wnoszonych przede wszystkim przekazem pocztowym za pośrednictwem polskiej placówki pocztowej, co miało kluczowe znaczenie dla wyrażonego przez Sąd Najwyższy stanowiska m.in. w uchwale z dnia 21 stycznia 2011 r., III CZP 115/10. Sąd ten rozstrzygając zagadnienie prawne: *„Czy za dzień uiszczenia opłaty sądowej wnoszonej za pośrednictwem polskiej placówki pocztowej należy uznać dzień dokonania jej wpłaty w urzędzie pocztowym czy dzień uznania rachunku bankowego prowadzonego dla sądu?”* podjął uchwałę, że: *„Datą uiszczenia opłaty sądowej przekazem pocztowym realizowanym za pośrednictwem operatora publicznego świadczącego powszechne usługi pocztowe jest data nadania przekazu potwierdzona przez operatora”*. W uzasadnieniu tej uchwały m.in. powołując się na rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie sposobu uiszczania opłat sądowych w sprawach cywilnych (z dnia 31.01.2006 r.), Sąd podkreślał, że (...) istotą przekazu pocztowego jest wypłacenie (doręczenie) adresatowi – na polecenie nadawcy – określonej kwoty pieniężnej w gotówce, przekaz zatem mieści się w użytym w § 2 rozporządzenia, szeroko rozumianym pojęciu „wpłata gotówkowa”. Zwracał również uwagę, że: *„Wyjątkowa pozycja operatora publicznego, ustawowe źródło jego obowiązków oraz pełniona przez niego służba publiczna sprawia, że czynnościom wykonywanym za jego pośrednictwem nadawane są specjalne skutki. Najogólniej mówiąc, ustawodawca obdarza operatora publicznego szczególnym zaufaniem, a niejednokrotnie ustanawia domniemanie, że czynność dokonana za jego pośrednictwem jest skuteczna wobec adresata już z chwilą jej dokonania (np. art. 131 § 1, art. 135 § 2 lub art. 165 § 2 k.p.c., art. 83 § 3 Pr.p.s.a., art. 57 § 5 k.p.a. albo art. 8 § 3 k.r.o.)”*. W przypadku usługi bankowej jaką jest rozliczenie bezgotówkowe przeprowadzane poleceniem przelewu - ta reguła domniemania nie ma zastosowania. Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku uwzględniając przepisy 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), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego (3 600 zł) na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

.....