

Sygn. akt: KIO 2253/22

WYROK

z dnia 12 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2022 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę LK Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Czarny Bór w Czarnym Borze

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego prawidłowości wniesienia wadium. W zakresie pozostałych zarzutów umarza postępowanie odwoławcze.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę LK Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę LK Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy LK Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu na rzecz Gminy Czarny Bór w Czarnym Borze kwotę 306 zł 00 gr (słownie: trzysta sześć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztu noclegu.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2253/22

I. Gmina Czarny Bór (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa żłobka gminnego w Czarnym Borze, znak GKR.271.1.2022.OK.

W dniu 29 sierpnia 2022 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę LK Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 14 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo iż w terminie składania ofert tj. 29 lipca 2022 r. o godz. 09:00:00, ani też w terminie otwarcia ofert tj. 29 lipca 2022 r. o godz. 09:05:00, Wykonawca nie wniósł wadium, albowiem do tej godziny nie mogło zostać ono zaksięgowane na rachunku zamawiającego - wykonawca bowiem zlecił przelew (ELIXIR) ze swojego rachunku bankowego, prowadzonego przez PKO BP S.A. przed godziną 07:43, w sytuacji gdy sesje przychodzące dla banku Zamawiającego - Banku Spółdzielczego w Kamiennej Górze następują o godzinach: 12:00, 16:00 oraz 18:00, zatem wadium zostało wniesione przez wykonawcę (zaksięgowane na rachunku zamawiającego) najwcześniej 29 lipca 2022 r. o godzinie 12:00, a więc po terminie składania ofert;

ewentualnie z daleko idącej ostrożności, w przypadku braku uznania zarzutu określonego w pkt 1 za uzasadniony zarzucał:

2) naruszenie art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót budowlanych obejmujących realizację robót wymaganych przez zamawiającego jako warunek zdolności technicznej tj. co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie, remoncie, przebudowie, rozbudowie lub odbudowie (w rozumieniu art. 3 ustawy Prawo budowlane) budynku kubaturowego o minimalnej powierzchni zabudowy 500 m² każda z robót budowlanych oraz referencji dotyczących realizacji co najmniej dwóch tego typu umów - z podmiotowych środków dowodowych przedłożonych przez wykonawcę wynika, że zrealizował on jedną budowę spełniającą warunki postawione przez zamawiającego, natomiast druga z inwestycji polegała na budowie kompleksu czterech budynków (nie zaś jednego jak zastrzegł zamawiający) mieszkalnych o powierzchni zabudowy 696,20 m², zatem jeden budynek posiadał powierzchnię zabudowy 174,05 m², przez co nie spełniał wymagań określonych przez zamawiającego w treści SWZ,

3) naruszenie art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez brak wezwania wykonawcy do przedstawienia wykazu osób spełniających warunki określone przez Zamawiającego w treści SWZ, którymi samodzielnie dysponuje wykonawca - wykonawca bowiem w treści oferty wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie polega na zasobach innych podmiotów, natomiast w treści wykazu osób określił, że osoby M. S. oraz B. F. zostaną mu udostępnione do dyspozycji przez inny podmiot.

4) naruszenie art. 128 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień związanych z faktem, iż referencje dotyczące budynku usługowego przy ul. Rezedowej 80 we Wrocławiu zostały wystawione nie

przez faktycznego inwestora lecz przez Inspektora Nadzoru - wykonawca nie

wykazał przy tym, aby nie mógł przedłożyć referencji wystawionych przez

faktycznego inwestora, ponadto z referencji nie wynika na rzecz jakiego podmiotu

były świadczone usługi oraz czy przedmiotowa inwestycja faktycznie była nadzorowana przez Inspektora Nadzoru, który podpisał przedstawiony przez wykonawcę dokument.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutu nr 1 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 Prawa zamówień publicznych i uwzględnił odwołanie w pozostałej części, co do zarzutów: nr 2 i nr 3 - naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nr 4 -

naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji, na podstawie art. 522 ust 4 Prawa zamówień publicznych Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów uwzględnionych przez

Zamawiającego (nikt nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego), a do rozpatrzenia na rozprawie został jeden zarzut - dotyczący wadium.

Odwołujący podtrzymał zarzut dotyczący niewniesienia wadium w terminie i wnosił o nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez MKW Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Świętej Katarzynie (dalej: wykonawca MKW) z uwagi na fakt, iż podmiot ten nie złożył wadium.

Odwołujący argumentował w odwołaniu, że do oferty wykonawcy MKW załączono dowód przelewu kwoty odpowiadającej kwocie wadium, lecz przelew ten został zlecony w dniu 29 lipca 2022 r., a potwierdzenie zostało wygenerowane tego samego dnia o godzinie 07:43 (jak twierdził Odwołujący: z dużym stopniem prawdopodobieństwa bezpośrednio tuż po jego dokonaniu). Z potwierdzenia wynika, że jest to przelew zwykły a nie natychmiastowy. Odwołujący argumentował, że zwykły przelew zlecony w tej dacie nie mógł zostać zaksięgowany na rachunku zamawiającego prowadzonym przez Bank Spółdzielczy w Kamiennej Górze przed terminem składania ofert (29 lipca 2022 r. godz. 9:00). Z zamieszonego bowiem na stronie internetowej Banku Spółdzielczego w Kamiennej Górze dokumentu dotyczącego informacji o godzinach granicznych realizacji przelewów dostępnej na stronie internetowej () wynika, że przelewy przychodzące do banku w ramach I sesji mogą być realizowane do godziny 12:00, a zatem przelew zlecony przez MKW Budownictwo sp. z o.o. został zaksięgowany na rachunku zamawiającego najwcześniej o godzinie 12:00, a więc po terminie składania ofert.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, twierdząc, że wadium zostało wniesione prawidłowo w odpowiednim terminie. Do odpowiedzi na odwołanie załączył pismo Banku Spółdzielczego w Kamiennej Górze. W piśmie z dnia 31 sierpnia Bank potwierdził, że wadium „za pośrednictwem systemu Sorbnet-2 wpłynęły do Banku Spółdzielczego w Kamiennej Górze w dniu 29 lipca przed godziną 09:00.”

Odwołujący w piśmie z dnia 9 września 2022 r. podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Twierdził, że wpływ środków do banku nie jest równoznaczny z zaksięgowaniem ich na rachunku bankowym Zamawiającego. Przywoływał orzecznictwo wskazujące, że wydanie polecenia przelewu nie jest równoznaczna z dokonaniem wpłaty na określony rachunek (KIO/KD 8/19).

Na rozprawie podniósł, że składając odwołanie nie miał wiedzy, że wadium przelano za pomocą przelewu typu SORBNET, dlatego dowód załączony do odwołania nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia (wydruk ze strony banku z godzinami księgowania przelewu). Jednak dowody złożone przez Zamawiającego nie rozwiewają wątpliwości co do terminu zaksięgowania wadium na rachunku bankowym Zamawiającego w odpowiednim czasie, ale wręcz utwierdzają Odwołującego w dotychczasowym stanowisku. Znamienne jego zdaniem jest to, że Zamawiający nie przedstawił przesądzającego, łatwego dla niego do uzyskania dowodu, tj. potwierdzenia wpływu środków na rachunek bankowy Zamawiającego

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego wadium.

Na rozprawie Zamawiający podtrzymał stanowisko jak dotychczas. Przywołał art. 516 Prawa zamówień publicznych i wskazywał na rozkład ciężaru dowodu. Podnosił, że Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń, a tylko Zamawiający przedkładał

dowody. Przywoływał zarówno wykładnię celowościową dotyczącą wadium jak i opisywał działanie systemu SORBNET. Odpowiadał na zarzut Odwołującego dotyczący braku przedłożenia przez Zamawiającego wydruku z systemu, wskazując, że w bankowości elektronicznej, do której ma dostęp, taki wydruk pokazuje jedynie datę kalendarzową, lecz nie godzinę księgowania. Dodatkowo przedłożył pismo Banku Spółdzielczego w Kamiennej Górze z dnia 12 września 2022 r. oraz wydruk wiadomości email z pytaniem Odwołującego, na które pismo Banku było odpowiedzią.

Izba ustaliła, że nie zasła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

1. Nie było sporne, że w postępowaniu należało wnieść wadium w kwocie 30 000 zł w terminie do 29 lipca 2022 r. godz. 09:00.
2. Wykonawca MKW do oferty załączył potwierdzenie przelewu zleconego w dniu 29 lipca 2022 r. Na potwierdzeniu znajduje się informacja, że zostało ono wygenerowane tego samego dnia o godzinie 07:43.
3. Z powyższego Odwołujący wysnuł wniosek, że wadium nie zostało uiszczone w terminie. Odwołujący takie stwierdzenie oparł na dacie i godzinie wygenerowania potwierdzenia przelewu i na założeniu, że wadium zostało przeleane zwykłym przelewem, a więc księgowanym w bankach co kilka godzin. W konsekwencji Odwołujący wniósł odwołanie.
4. Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie załączył pismo Banku Spółdzielczego w Kamiennej Górze z dnia 31 sierpnia 2022 r. Bank w piśmie potwierdził, że wadium pochodzące od wykonawcy MKW „za pośrednictwem systemu Sorbnet-2 wpłynęło do Banku Spółdzielczego w Kamiennej Górze w dniu 29 lipca przed godziną 09:00”. Następnie na posiedzeniu przed Izbą Zamawiający przedstawił pismo Banku z dnia 12 września 2022 r., w którym Bank informuje, że środki wpłynęły do Banku przelewem SORBNET w dniu 29 lipca 2022 r. o godz. 07:53.
5. Odwołującego nie przekonały pisma Banku przedłożone przez Zamawiającego i podtrzymywał zarzut. Na rozprawie podnosił, że pismo Banku z 31 września 2022 r. jest wynikiem konsultacji Gminy z Bankiem, w wyniku której Bank potwierdził to, co mógł potwierdzić, ale nie udzielił odpowiedzi na pytanie Zamawiającego. W jego ocenie przedstawione przez Zamawiającego dowody potwierdzają stanowisko Odwołującego, ale z daleko posuniętej ostrożności wnosil o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia dokumentu potwierdzającego z datą i godziną wpływ środków na jego rachunek.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia dalszych dowodów, ponieważ uznała, że materiał dowodowy zgromadzony w sprawie jest wystarczający dla rozstrzygnięcia.

Izba zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Stosownie do art. 97 ust. 5 Prawa zamówień publicznych wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a zgodnie z ust. 8 wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Prawa zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie wniósł wadium. W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu nie ziszcili się przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy

MKW z powodu niewpłacenia wadium.

W postępowaniu wadium należało wnieść do godz. 09:00 w dniu 29 lipca 2022 r. Bank, w którym Zamawiający prowadzi rachunek, na który należało wpłacić wadium, potwierdził, że do Banku pieniądze wpłynęły w dniu 29 lipca 2022 r. o godz. 07:53. za pośrednictwem systemu SORBNET.

Zgodnie z § 1 pkt 3 zarządzenia nr 3/2009 Prezesa Narodowego Banku Polskiego z dnia 10 marca 2009 r. w sprawie sposobu przeprowadzania rozrachunków międzybankowych, system SORBNET to system rozrachunku brutto w czasie rzeczywistym (RTGS - system natychmiastowego transferu środków pieniężnych między rachunkami bankowymi), obsługujący rachunki bankowe prowadzone w Centrali NBP, w którym przeprowadza się rozrachunki międzybankowe w złotych. System SORBNET realizuje krajowe płatności w złotych. Zatem przelew typu SORBNET jest księgowany niezależnie od sesji księgowania innych, „zwykłych” przelewów.

Kwota wadium została przelana przez wykonawcę MKW na rachunek Zamawiającego w dniu 29 lipca 2022 r. przed godziną 07:43 (o tej godzinie wygenerowano potwierdzenie przelewu). Do Banku przelew wpłynął o godz. 07:53., co potwierdził Bank. Odwołujący twierdził, że nie jest to równoznaczne z tym, że na rachunek bankowy Zamawiającego pieniądze wpłynęły tego dnia przed godziną 9:00. Jednak, w ocenie składu orzekającego, są to tylko przypuszczenia Odwołującego, nie oparte na jakichkolwiek podstawach. Tak samo brak jakiegokolwiek dowodu, że przedłożona Izbie informacja o wpływie środków w dniu 29 lipca 2022 r. o godz. 07:53 była przedmiotem uzgodnień między Zamawiającym a Bankiem.

Skoro przelewy w systemie SORBNET realizowane są w czasie rzeczywistym, a do Banku wadium wpłynęło przed godziną 08:00, to z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością można przyjąć, że na rachunku Zamawiającego w tymże Banku kwota wadium została zaksięgowana przed godziną 09:00. Przelewy księgowane są automatycznie, a Odwołujący nie przedstawiał ani żadnych dowodów, ani nawet jakiegokolwiek argumentacji, która mogłaby prowadzić do wniosku, że pomiędzy wpływem pieniędzy do Banku, a wpływem ich na konkretny rachunek w tym Banku, musiało minąć więcej czasu, niż jedna godzina. Przelew w systemie

SORBNET jest realizowany w czasie rzeczywistym, pobierana jest za to dodatkowa opłata, i brak racjonalnych powodów, aby spodziewać się, że w tym przypadku dokonano księgowania w sposób niezgodny z przywołanym zarządzeniem Prezesa NBP. W konsekwencji argumentacja Odwołującego nie przekonała składu orzekającego.

Ze względu na powyższe, w ocenie Izby nie ziściła się przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy MKW na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Prawa zamówień publicznych, dlatego Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

