

**WYROK**  
**z dnia 12 stycznia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2012 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2011 r. przez **Jacka Nyga, Zenona Nyga, prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: „TDC Polska S.C.”, ul. Wyspiańskiego 9a, 64-920 Piła** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Inżynierii Miejskiej w Krakowie, ul. Św. Wawrzyńca 15, 31-060 Kraków;**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża Jacka Nyga, Zenona Nyga, prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: „TDC Polska S.C.”, ul. Wyspiańskiego 9a, 64-920 Piła i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Jacka Nyga, Zenona Nyga, prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: „TDC Polska S.C.”, ul. Wyspiańskiego 9a, 64-920 Piła** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Jacka Nyga, Zenona Nyga, prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: „TDC Polska S.C.”, ul. Wyspiańskiego 9a, 64-920 Piła** na rzecz **Muzeum Inżynierii Miejskiej w Krakowie, ul. Św. Wawrzyńca 15, 31-060 Kraków** kwotę **2 000 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Muzeum Inżynierii Miejskiej w Krakowie ul. św. Wawrzyńca 15, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „dostawa, montaż i uruchomienie czterech monitorów LCD, trzech informatów oraz zestawów audio przewodników w ramach inwestycji pilotażowej projektu Druga Szansa współfinansowanego ze środków programu dla Europy Środkowej na lata 2007-2013”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 2011 roku, nr pozycji:409580.

Z postępowania został wykluczony wykonawca Jacek Nyga, Zenon Nyga, prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: „TDC Polska S.C.” ul. Wyspiańskiego 9a, 64-920 Piła który w dniu 28 grudnia 2011 złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od decyzji Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania.

W złożonym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu- art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, iż złożenie dyspozycji przelewu przed upływem terminu składania ofert, w przypadku, gdy wykonawca dysponował środkami do dokonania przelewu kwoty stanowiącej wadium, nie stanowi zachowania terminu, o którym mowa w art. 45 ust. 3 ustawy, a nadto naruszenie przepisu ustawy - art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania mimo uiszczenia wadium w terminie, o którym mowa w art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty, wniósł o:

- I. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania,
- II. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,
- III. nakazanie wyboru oferty skarżącego wykonawcy jako najkorzystniejszej

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu podano iż termin składania ofert upływa 12 grudnia 2011 roku o godz. 10,00. Wykonawca w dniu 12 grudnia 2011 roku złożył wymagane wadium. Z uwagi na posiadanie rachunku bankowego w innym banku niż rachunek Zamawiającego, zlecił on złożenie wadium podmiotowi trzeciemu. Na jego zlecenie, firma Blue Media S.A. w dniu 12 grudnia 2011 roku, o godz. 7,25 dokonała przelewu na rachunek bankowy Zamawiającego kwotę 5.000,00 złotych, tytułem kwoty wadium.

W przekonaniu wykonawcy miało to zapewnić zachowanie terminu do złożenia wadium. Z uwagi na problemy techniczne zaistniałe w Deutsche Bank S.A., rachunek bankowy Zamawiającego nie został uznany natychmiastowo po złożeniu dyspozycji przelewu, lecz

dopiero o godz. 12,02. Uznanie rachunku bankowego Zamawiającego po upływie terminu składania ofert nastąpiło z przyczyn niezależnych od Odwołującego. Stwierdził, że gdyby nie problemy techniczne w funkcjonowaniu systemu obsługi przelewów środków pieniężnych, jakie nastąpiły w Deutsche Bank S.A. w dniu 12 grudnia 2011 roku, uznanie rachunku bankowego na kwotę wadium nastąpiłoby przed upływem terminu składania ofert. W chwili złożenia dyspozycji przelewu podmiot składający dyspozycję posiadał środki wystarczające do uznania rachunku bankowego zamawiającego na kwotę wadium.

Podniósł również, że w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym nie wskazano wymogu wpływu środków na rachunek bankowy Zamawiającego, a w niniejszej sprawie Zamawiający w chwili upływu terminu składania ofert miał zapewnioną możliwość skorzystania z wadium. Fakt złożenia do dyspozycji przelewu przed upływem terminu przez podmiot dysponujący stosownymi środkami pieniężnymi zabezpieczał w sposób należyty interes Zamawiającego. Odwołujący zlecając wykonanie przelewu z rachunku bankowego prowadzonego przez ten sam bank, który prowadzi rachunek bankowy Zamawiającego, miał uzasadnione podstawy do założenia, że wadium wpłynie na rachunek bankowy Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert.

Tym samym zdaniem Odwołującego wykazał się on należyłą starannością aby kwota wadium wpłynęła na konto Zamawiającego w wymaganym terminie. Dlatego też wykluczenie go z postępowania jest nieuzasadnione i narusza przepisy ustawy. Brak jest tym samym podstaw uzasadniających twierdzenie, iż Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto wskazał, że oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza z pośród ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i podniósł, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w Rozdziale VIII Zamawiający ustanowił obowiązek wniesienia wadium oraz zasady jego wnoszenia. Prawdopodobnie postanowień SIWZ znajduje potwierdzenie w przepisach ustawy -Prawo zamówień publicznych (art. 45 ust. 3 p.z.p.). Zamawiający określił wadium na kwotę 5000 zł. Zgodnie z punktem VIII.3 wadium winno być zostać wniesione przed upływem terminu do składania ofert. Z kolei z punkcie VIII.5 zamawiający zawarł informację, iż jako datę wniesienia wadium w pieniądzu uznaje się datę uznania rachunku Zamawiającego.

Termin składania ofert został ustalony i wskazany w punkcie XI.2 SIWZ- na dzień 12 grudnia 2011 roku godz. 10.00. Odwołujący wniósł wadium w pieniądzu. Kwota wadium została uznana na rachunku Zamawiającego w dniu 12 grudnia 2011 roku o godz. 12:02:59.

Nadto wskazał, że nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że termin wpłaty wadium został zachowany ponieważ polecenie przelewu zostało złożone przed upływem terminu składania ofert. Art. 45 ust. 3 p.z.p. wyraźnie stanowi, że wadium wnosi się przed terminem składania ofert. W przypadku wnoszenia wadium w pieniądzu za skutecznie

wniesione wadium uznaje się za uznanie kwoty wadium na rachunku Zamawiającego. Nie ma w tym wypadku znaczenia kiedy wykonawca podjął czynności w celu wniesienia wadium.

Ponadto wnosząc o oddalenie odwołania Zamawiający przywołał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej na potwierdzenie prezentowanego stanowiska, że w przypadku wpłaty wadium w pieniądzu cała kwota wadium musi znaleźć się na rachunku zamawiającego przed upływem terminu składania ofert.

Żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

#### **Odwołanie jest niezasadne .**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w razie uwzględnienia odwołania oferta odwołującego mogła zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Dla dokonania merytorycznej oceny podniesionych zarzutów Izba ustaliła i przyjęła następujący stan faktyczny sprawy.

Termin składania ofert został ustalony na dzień 12 grudnia 2011 roku, do godz. 10.00.

Odwołujący zlecił złożenie w jego imieniu wadium w pieniądzu, podmiotowi trzeciemu tj. firmie Blue Media S.A.. Firma ta w dniu 12 grudnia 2011 roku, o godz. 7,25 złożyła dyspozycję przelewu ze swojego konta bankowego na rachunek bankowy Zamawiającego kwotę 5.000,00 złotych, tytułem kwoty wadium. Kwota wadium została uznana na rachunku Zamawiającego w dniu 12 grudnia 2011 roku o godz. 12:02:59, a więc dwie godziny po upływie terminu składania ofert. Zdaniem Odwołującego opóźnienie w wpłacie kwoty wadium na rachunek Zamawiającego do godziny 10,00 wynikało z problemów technicznych zaistniałych w Deutsche Bank S.A., z tego powodu rachunek bankowy Zamawiającego nie został uznany natychmiastowo po złożeniu dyspozycji przelewu, lecz dopiero o godz. 12,02. Na potwierdzenie swojego stanowiska w tym zakresie Odwołujący przedłożył pismo z Deutsche Banku SA z 28 grudnia 2011 roku z którego wynika, że faktycznie wystąpiły pewne problemy techniczne opóźniające realizację przelewów, jednakże Bank wskazał, że zgodnie z obowiązującym Regulaminem banku złożone dyspozycje przelewów są realizowane natychmiastowo lecz nie później niż w terminie dwóch dni roboczych od daty ich złożenia.

Odwołujący na rozprawie, powyższe ustalenia, potwierdził. Tym samym kwestia co do terminu uznania konta Zamawiającego kwotą wadium nie jest sporna w postępowaniu.

Biorąc po rozprawę powyższe ustalenia Izba stwierdza, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp jest zasadne wyłącznie wtedy, gdy wykonawca nie wniósł wadium.

Zgodnie z treścią przepisu art. 45 ust.3 ustawy pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Wniesienie wadium jest czynnością faktyczną, a nie prawną i oznacza, że wraz z upływem terminu składania ofert winna być czynnością dokonaną. Tym samym dla skutecznego wniesienia wadium w pieniądzu występuje konieczność uznania rachunku bankowego Zamawiającego, należną kwotą wadium, przed upływem terminu składania ofert.

Samo zadysponowanie określonej kwoty pieniężnej w postaci zlecenia przelewu kwoty wadium na rachunek Zamawiającego tego wymogu nie spełnia, gdyż przepisy ustawy pzp w tym zakresie nie wiążą żadnego skutku prawnego z załączeniem do złożonej oferty dowodu zlecenia dokonania przelewu kwoty wadium.

Zamawiający udowodnił, iż nie otrzymał kwoty wadium w wymaganym terminie, co w swoim odwołaniu i na rozprawie, wprost przyznaje również sam Odwołujący.

Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Sprawa wnoszenia wadium jest regulacją ustawową bezwzględnie obowiązującą i nie musi być dla swej ważności powtórzona w postanowieniach siwz.

Ponadto zasadne jest podniesienie faktu, że treść i forma złożenia wadium znane były wszystkim oferentom i treść specyfikacji w tej mierze zapewne nie budziła ich wątpliwości. Wadium może być wniesione w formach wskazanych w art. 45 ust.6 ustawy pzp. O formie wniesienia wadium decyduje nie Zamawiający, lecz ustawa oraz swobodny wybór wykonawcy, składającego ofertę. Może on wybrać taką formę wniesienia wadium, która jest dla niego dogodna i taka która gwarantuje terminowość jego wniesienia. Odwołujący wybrał formę wniesienia wadium w pieniądzu.

Pomimo powoływania się na zachowanie przez Odwołującego należytej staranności w dążeniu aby wadium wpłynęło w określonym czasie na konto Zamawiającego, to jednak Izba – chociaż nie ma to żadnego wpływu na wynik sprawy, stwierdza, że w ustalonych okolicznościach brak jest podstaw do przyznania tego faktu. Dyspozycja dokonania przelewu kwoty wadium została złożona w banku Zamawiającego na około 2,5 godziny przed końcowym terminem jego wniesienia, a z pisma Banku wynika, że zgodnie z obowiązującym Bank regulaminem takie zlecenia ma on prawo realizować w terminie do dwóch dni roboczych od złożenia takiej dyspozycji. Dla spełnienia wymogu przepisu art. 45 ust 3 ustawy pzp nie ma również znaczenia fakt, czy niedochowanie terminu wpłaty wadium

zostało spowodowane z winy Odwołującego, czy innego podmiotu, gdyż przepis ten nie uzależnia uznania prawidłowości czynności wniesienia wadium np. od zachowania należytej staranności przez wykonawcę.

Izba stwierdza, że tylko w gestii Odwołującego był wybór odpowiedniej dla niego formy wniesienia wadium oraz podjęcia takich działań, by wadium wpłynęło do Zamawiającego w terminie i w formie ustalonej w przepisie art. 45 ust 3 i 6 ustawy pzp, a skutki nieskutecznych poczynań w tym zakresie, obciążają Odwołującego.

Odwołujący, zlecając dokonanie wpłaty wadium na rachunek bankowy Zamawiającego, obowiązany był dokonać tego w taki sposób, aby kwota wadium znalazła się przed upływem terminu na koncie Zamawiającego

Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że kwota wadium nie została zaksięgowana na koncie Zamawiającego przed terminem składania oferty i tym samym oferta złożona przez Odwołującego nie była skutecznie zabezpieczona.

W tym zakresie Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego, 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.

Złożenie dyspozycji przelewu przez wykonawcę nie zabezpieczało więc w sposób należyty interesu Zamawiającego. Czynność stanowiąca polecenie wykonania przelewu nie może być więc utożsamiana z pojęciem wniesienia wadium w pieniądzu.

Ponadto Zamawiający słusznie wywodził, że niezasadna jest jak to wywodzi Odwołujący, interpretacja rozszerzająca stosowania przepisu art. 45 ust.3 ustawy pzp, na przypadki uznawania za prawidłowo wniesionego wadium w pieniądzu, już samego faktu złożenia zlecenia przelewu, gdyż pomiędzy czynnością zlecenia dokonania przelewu, a jego zrealizowaniem możliwe jest wystąpienie faktów niweczących tą czynność np, poprzez czynność odwołania realizacji przelewu, a także jego niezrealizowanie np. z powodu stwierdzonych błędów w złożonym zleceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, oraz jednolitą w tym zakresie linię orzeczniczą prezentowaną między innymi w wyrokach sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyroki SO w Warszawie o sygn: V Ca 1642/02, V Ca 730/02; KIO/UZP 482/10; KIO/UZP 497/10, KIO/UZP 1601/09, KIO/UZP 31/08, KIO 2782/10, KIO/UZP 959/10,) Izba stwierdza, 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. W ocenie Izby za prawidłowo wniesione wadium należy uznać jedynie takie wadium, które zabezpiecza możliwość jego zatrzymania

we wszystkich sytuacjach, o których mowa w art. 46 ustawy, tj. zarówno w ustępie 4a i 5 tego przepisu.

Tym samym Izba stwierdza, że nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp wymienionych w odwołaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w analizowanej sprawie.

Izba biorąc pod uwagę złożoność problematyki niniejszego postępowania nie uwzględniła w pełni wniosku Zamawiającego o zwrot kosztów pełnomocnika z tytułu zastępstwa prawnego w żądanej kwocie, lecz uznała, że w oparciu o przepis § 3 pkt 2b) rozporządzenia w sprawie kosztów, (który upoważnia Izbę do zasądzenia kosztów kwocie „nie wyższej” niż 3600,00 złotych), iż kwota 2000,00 złotych będzie kwotą odpowiednią, w szczególności w sytuacji kiedy pełnomocnik Odwołującego wnosił o zasądzenie z tego tytułu kwoty 615,00 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt.b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący .....