

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 1 lutego 2019 roku

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z dnia 9 stycznia 2019 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Gmina Trzcianne

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej UZP/DKZP/WKZ5/421/27(8)/18/KO, w przedmiocie zamówienia *budowa sieci wodociągowej na terenie gminy Trzcianne*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Prowadzisz
Członkowie:	Robert Skrzyszewski
	Bartosz Stankiewicz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Trzcianne – przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Budowa sieci wodociągowej na terenie gminy Trzcianne*

wszczętego 8 maja 2015 roku, a o którym ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 66587-2015.

I.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej następczej Prezes Urzędu stwierdził następujące naruszenia oraz ustalił następujący stan faktyczny (UZP/DKZP/WKZ5/421/27(8)/18/KO):

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdził naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum firm: XXXXX, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, w związku z czym, jego oferta w momencie otwarcia ofert nie była zabezpieczona należną kwotą wadium;
- 2) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, w zw. z § 3 pkt 1 ppkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przez zawężenie treści wymaganego dokumentu w przedmiotowym postępowaniu;
- 3) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, w zw. z § 1 pkt 1 ppkt 10 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przez zawężenie treści wymaganego dokumentu w przedmiotowym postępowaniu;
- 4) art. 41 pkt 7a) ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, w zw. z § 1 pkt 1 ppkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przez brak w ogłoszeniu o zamówieniu żądania dokumentu przedkładanego w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunku dot. posiadania niezbędnego doświadczenia oraz art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp przez

zamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisów od początku niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i niedokonanie zmiany ogłoszenia o zamówieniu;

- 5) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, w związku z § 4 pkt 1 ppkt 1 a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przez zawężenie treści wymaganego dokumentu;
- 6) art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania poprzez dokonanie opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał:

1.

Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, że w rozdziale VI siwz „Wymagania dotyczące wadium” zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 5.000,00 PLN, wskazał również formy w jakich mogło być wniesione oraz miejsce i sposób wniesienia wadium. Jednocześnie zamawiający zastrzegł, cyt.: „Przy czym za termin wniesienia wadium w formie przelewu pieniężnego przyjmuje się termin uznania rachunku zamawiającego” oraz „Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert”.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału XI siwz „Miejsce i termin otwarcia ofert” zamawiający wyznaczył termin otwarcia ofert na dzień 25.05.2015 r. na godz. 10.15.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca konsorcjum firm: XXXXX wpłacił wadium przelewem na rachunek bankowy zamawiającego. Do oferty wskazany wykonawca załączył dowód przelewu zawierający informację o dacie księgowania oraz nadania, tj. na dzień 25.05.2015 r.

W trakcie prowadzonego postępowania wyjaśniającego przez Urząd Zamówień Publicznych, poprzedzającego przedmiotową kontrolę, zamawiający przekazał pismo z dnia 11.06.2015 r. skierowane do Banku Spółdzielczego w Zambrowie z prośbą o podanie godziny wraz z minutami dokonania przelewu wadium, zaznaczając jednocześnie, że chodzi o obciążenie rachunku wykonawcy. Załączone zostało również pismo z informacją z ww. banku, że wskazany przelew został zrealizowany o godz. 7.57. Natomiast z załączonego do wniosku o wszczęcie kontroli przedmiotowego postępowania dokumentu, tj. informacji z Banku Spółdzielczego w Mońkach wynika, że przedmiotowe wadium zostało zaksięgowane na

rachunku zamawiającego w dniu 25.05.2015 r. o godz. 12.10, czyli po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu składania ofert.

Odnosząc się do powyższego, należy stwierdzić, że zamawiający naruszył treść art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Natomiast 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. Wniesienie wadium jest bowiem 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. Przepisy ustawy Pzp w tym zakresie nie wiążą żadnego skutku prawnego z załączeniem do złożonej oferty dowodu zlecenia dokonania przelewu kwoty wadium. Złożenie dyspozycji przelewu przez wykonawcę nie zabezpiecza więc w sposób należyty interesu zamawiającego. Zamawiający w sytuacji wystąpienia okoliczności przewidzianych w ustawie PZP nie dysponowałby kwotą wadium, nie mógłby skutecznie zaspokoić swoich roszczeń. Czynność stanowiąca polecenie wykonania przelewu nie może być więc utożsamiana z pojęciem wniesienia wadium w pieniądzu.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. Tym samym, zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum firm: XXXXX, którego oferta w momencie otwarcia ofert nie była zabezpieczona należną kwotą wadium, stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem oferta ww. wykonawcy została uznana za ofertę najkorzystniejszą.

2.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zamknięty katalog dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców został określony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r, w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

W rozdziale V: „Oświadczenia i dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy” lit. f) siwz zamawiający wskazał: „aktualny odpis z właściwego rejestru jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”.

Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może żądać: „aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert”.

Jak wynika z powyższego zamawiający wskazał jedynie, iż wykonawcy powinni dostarczyć odpis z właściwego rejestru pomijając jednocześnie odpis z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej.

Ze względu na brak ujawnienia w treści wymaganego dokumentu tj. odpisu z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej należy stwierdzić, że pojęcie „właściwy rejestr”, o którym mowa w rozporządzeniu, nie obejmuje ewidencji działalności gospodarczej. Jednocześnie wskazać należy, że nie należy utożsamiać pojęcia przedsiębiorcy, którym ustawodawca posługuje się w art. 4 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.) z pojęciem wykonawcy w rozumieniu ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną — wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Za przedsiębiorców uznaje się również wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej.

Z kolei wykonawca zamówienia publicznego nie musi posiadać statusu przedsiębiorcy. Art. 2 ust. 11 ustawy Pzp, definiujący pojęcie „wykonawcy” na gruncie tej ustawy, przewiduje, że jest nim osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Ustawodawca w tym przepisie, nie wymaga, aby wykonawca był przedsiębiorcą lub wykonywał działalność gospodarczą. W świetle wykazanego powyżej stanowiska, że wykonawca nie musi być przedsiębiorcą, stwierdzić należy, że może on działać nie tylko na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców, ale również na podstawie wpisu do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej Krajowego Rejestru Sądowego.

W związku z powyższym, niedopuszczenie możliwości złożenia odpisu z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wykazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy PZP w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zamknięty katalog dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców został określony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

W rozdziale V: „Oświadczenia i dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy” lit. d) siwz zamawiający wskazał: „informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo -

kredytowej potwierdzającą zdolność kredytową oferenta na kwotę 500.000 PLN, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 ww. rozporządzenia, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający mógł żądać: „informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia”

Zamawiający ograniczył spełnianie warunku przez wykonawcę jedynie do zdolności kredytowej, nie dopuszczając jednocześnie możliwości wykazania posiadania środków finansowych na wymaganą kwotę.

Ograniczenie spełniania warunku przez wykonawców jedynie do wykazania się zdolnością kredytową na określoną kwotę stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez zawężenie treści wymaganego dokumentu w przedmiotowym postępowaniu.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4.

Zakres informacji wymaganych w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczących warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków dla przetargu nieograniczonego określa art. 41 pkt 7 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania. Zamknięty katalog dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców został określony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

W ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 66587-2015 w dniu 08.05.2015 r. zamawiający w sekcji III.3.2) „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” wskazał: „Udokumentowanie wykonania, w okresie pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej, trzech inwestycji wod.-kan., o łącznej wartości nie niższej niż 150.000,00 PLN brutto”. Jednocześnie zamawiający nie wskazał w przedmiotowym ogłoszeniu dokumentu wymaganego od wykonawców w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku.

Określenie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, przy jednoczesnym braku wskazania dokumentu, jaki wykonawcy powinni złożyć w celu potwierdzenia jego spełniania stanowi naruszenie art. 41 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez brak w ogłoszeniu o zamówieniu żądania dokumentu przedkładanego w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunku dotyczącego posiadania niezbędnego doświadczenia.

Jednocześnie należy wskazać, iż w rozdziale V pkt b) siwz zamawiający wskazał dokument jaki miał złożyć wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia.

Opisana powyżej niezgodność w zakresie obowiązku przedłożenia dokumentu wymaganego na podstawie § 1 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia pomiędzy postanowieniami w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz istniała od początku trwania przedmiotowego postępowania, aż do jego zakończenia. Stosownie do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, bądź przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że skoro w przypadku zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przepis art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu, to tym bardziej istniejąca od początku niezgodność w zakresie obowiązku przedłożenia dokumentu wymaganego na podstawie § 1 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wymagała zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu treści od początku niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie dokonując zmiany ogłoszenia o zamówieniu, naruszył art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp.

Wskazane naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania

5.

W ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08.05.2015 r. pod nr 66587-2015 w sekcji III.4) „Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy” oraz w siwz w pkt V „Oświadczenia i dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy”, zamawiający w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wymagał dokumentów określonych w § 3 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W przypadku podmiotów zagranicznych zamawiający wskazał: „dokument potwierdzający, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert”.

Biorąc pod uwagę wykaz dokumentów jakie miał przedłożyć wykonawca w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający powinien był żądać w przypadku podmiotów zagranicznych również dokumentów potwierdzających odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, oraz że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Tym samym, zamawiający naruszył treść art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przez zawężenie treści wymaganego dokumentu w przedmiotowym postępowaniu.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania

6.

W pkt III.3.5) ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale IV siwz zamawiający określił następujące warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy: „Opłacona polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem

zamówienia na kwotę 500.000 PLN oraz informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca zdolność kredytową oferenta na kwotę 500.000 PLN, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert". Jak wynika z pkt 2.2 protokołu postępowania (druk ZP-PN), wartość zamówienia została ustalona na kwotę 262.352,65 zł.

Mając na uwadze powyższy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej należy wskazać na treść art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, zgodnie z którym, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Zasady te sprowadzają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z tym, zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do realizacji ww. zasad, unikając w ten sposób wszelkich działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. Zauważyć należy, że szczególnie istotnym momentem procedury z punktu widzenia możliwości naruszenia powyższych zasad jest formułowanie warunków udziału w postępowaniu. W ten sposób bowiem zamawiający wyznacza pewien zakres decydując o tym, jakie podmioty będą mogły ubiegać się o zamówienie, a dla których droga ta będzie zamknięta. Oznacza to, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji.

„Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia" oznacza, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Należy przy tym zauważyć, że art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Użyte przez Ustawodawcę sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać,

że wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego.

Za nieproporcjonalny należy uznać opis sposobu oceny spełniania warunku zdolności ekonomicznej i finansowej poprzez wymóg posiadania polisy OC na kwotę 500.000,00 zł oraz zdolności kredytowej również na kwotę 500.000,00 zł, przy wartości szacunkowej zamówienia 262.352,65 zł. Należy podkreślić, że celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie ocena ich sytuacji ekonomicznej.

Potwierdzenie zdolności kredytowej wystawiane w informacji z banku stanowi ogólną ocenę kondycji wykonawcy, jego zdolności i możliwości kredytowych. Określenie tego warunku jest uzależnione od wysokości środków finansowych, jakie będą niezbędne wykonawcy do zainwestowania na etapie realizacji zamówienia. W przypadku przedmiotowego zamówienia, gdzie jego wartość została oszacowana na kwotę 262.352,65 zł, wymaganie posiadania zdolności kredytowej na kwotę 500.000,00 zł jest nieadekwatne do celu jaki ma spełniać.

Reasumując należy uznać, że powyższy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej jest nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a tym samym narusza treść art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Ogranicza on bowiem krąg podmiotów potencjalnie zainteresowanych realizacją zamówienia przez wyłączenie z ubiegania się o udzielenie zamówienia podmiotów zdolnych do realizacji określonych robót budowlanych, lecz nie posiadających polisy na wymaganą kwotę ubezpieczenia lub zdolności kredytowej we wskazanej kwocie.

Jednakże na podstawie przekazanej dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, ustalono, że pomimo zaistnienia powyższych naruszeń w postępowaniu złożono 5 ofert, a żaden z wykonawców nie został wykluczony z powodu niespełnienia omawianych warunków. W związku z powyższym, nie daje to podstaw do stwierdzenia, że powyższe naruszenie miało wpływ na jego wynik.

Zamawiający został poinformowany, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Wskazano również, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów prowadzonych.

II.

**Pismem z 9 stycznia 2019 roku (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych
16 stycznia 2019 roku – prezentata na piśmie) Zamawiający wniósł zastrzeżenia
do wyniku kontroli doraźnej następczej (dalej: „zastrzeżenia”).**

Zamawiający odnosząc się do wyniku kontroli doraźnej następczej przedstawianej za pismem z numerem UZP/DKZP/WKZ5/421/27(8)/18/KO, pod sygnaturą KND/26/18/DKZP wniósł następujące zastrzeżenia.

Zamawiający podał, że przedmiotowe zastrzeżenia obejmują punkt 1 informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 3 stycznia 2019 roku, tj. rzekome naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 2 w zw. z art. 45 ust. 3 Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum firm XXXXX.

W uzasadnieniu stanowiska zamawiający podał, że w dokumencie w postaci informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 3 stycznia 2019 roku Urząd Zamówień Publicznych Departament Kontroli Zamówień Publicznych działający z upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, po przeprowadzonej kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania stwierdził szereg naruszeń, wymienionych w piśmie. Z uzasadnienia przedmiotowego pisma wynika, że niemalże wszystkie naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania przetargowego, poza jednym określonym w punkcie 1 ww. pisma, a dotyczącym rzekomego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 2 w zw. z art. 45 ust. 3 Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum firm: XXXXX, które rzekomo nie wniósło wadium do upływu terminu składania ofert, w związku z czym, oferta w momencie otwarcia ofert nie była zabezpieczona należną kwotą wadium.

Zamawiający podał, że przedmiotowymi ustaleniami nie sposób się zgodzić, a to z poniższych przyczyn.

Urząd Zamówień Publicznych Departament Kontroli Zamówień Publicznych działający z upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych błędnie dokonał ustaleń w sprawie, albowiem niezasadnie oparł swoje twierdzenia na dokumencie dołączonym do wniosku o wszczęcie postępowania, gdyż przedmiotowy dokument nie ma waloru dowodowego, tym bardziej, że kontrolowana transakcja miała miejsce w Banku Spółdzielczym w Zambrowie, nie zaś w Mońkach, a z informacji z Banku Spółdzielczego w Zambrowie, (pismo z dnia 11 czerwca 2018 roku) w sposób jednoznaczny wynika że przelew został zrealizowany

o godzinie 7:57 w dniu 25 maja 2015 roku, tj. ponad dwie godziny, przed terminem otwarcia ofert.

Procedura o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa sieci wodociągowej na terenie gminy Trzcianne” (nr ogłoszenia opublikowanego w BZP: 66587 — 2015), została wykonana w sposób zgodny, z przepisami obowiązującymi w okresie udzielania zamówienia. W pierwszej kolejności wskazuję, że w granicach ówczesnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych brak było definicji legalnej wadium, a ustawa wskazywała tylko formy jego wnoszenia. Przez wadium należy jednak rozumieć określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od której wniesienia zamawiający uzależnia dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu przetargowym. Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert, a wraz z ofertą ma obowiązek przedstawić dokument potwierdzający wniesienie wadium. Przedmiotowa sytuacja miała miejsce również, i w niniejszej sprawie, albowiem wykonawca wpłacił na konto wskazane w SIWZ kwotę wymaganego wadium i przedstawił dokument z Banku potwierdzający wniesienie wadium, co doprowadziło do tego, że w terminie otwartym do składania ofert do dyspozycji zamawiającego zostały pozostawione środki pieniężne, przez co osiągnięty został cel, któremu służy wadium. Za taki cel uważa się bowiem zabezpieczenie interesów zamawiającego przez materialne zagwarantowanie podpisania umowy ze strony wykonawcy, którego oferta została wybrana. Stanowi ono zabezpieczenie ciężącego na oferencie obowiązku zawarcia umowy. Skoro zatem pieniądze stanowiące taką gwarancję wpłynęły na konto wskazane w siwz i w dacie rozstrzygnięcia przetargu znajdowały się na tym koncie zabezpieczając interesy wykonawcy, nie było podstaw do kwestionowania opisanej sytuacji. Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że przez uiszczenie wymaganej kwoty uiszczył w istocie wadium i nie może być mowy o nie spełnieniu tego warunku specyfikacji.

Za formę należy zaś zgodnie ust. 6 art. 45 ustawy prawo zamówień publicznych uznać pieniądź, a nie drogę, którą wadium wpłynęło na wskazane konto. Z kolei w wyroku ZA UZP z dnia 20 czerwca 2007 r. (UZP/ZO/O690/07 LexPolonica nr 2016257) postawiono następująca tezę: "wykonawcę zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wyklucza się z postępowania, jeżeli nie wniesie wadium. Przepis ten musi być interpretowany literalnie. Z faktu, że wadium było złożone w inny sposób, niż wynikający ze specyfikacji, nie można wyprowadzić tezy o braku wniesienia wadium". Z powyższego wynika, że w sytuacji uiszczenia na rachunek bankowy wskazany w specyfikacji warunków zamówienia kwoty wymaganego wadium nie możemy mówić o braku wadium, co z kolei implikuje wniosek o niemożliwości wykluczenia uczestnika postępowania z tego tylko powodu, że kwota

ta nie wpłynęła drogą przelewu. W dniu 25 maja 2015 roku pieniądze realnie wpłynęły na konto Gminy Trzcianne i tym samym brak było na datę otwarcia ofert i rozstrzygnięcia przetargu możliwości wykluczenia oferty, albowiem ewentualne wykluczenie oferenta spowodowałoby roszczenia w stosunku do Gminy Trzcianne, a po przeanalizowaniu orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Powszechnych w tej materii, Gmina z dużą dozą prawdopodobieństwa, graniczącą z pewnością przegrałaby procesy i musiałaby ponieść koszty, co naraziłoby ją na szkodę.

Dodatkowo należy przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2008 roku w sprawie o numerze KIO/UZP 706/08, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „W przypadku wadium wnoszonego w formie pieniężnej, wystarczający jest sam fakt dokonania przed terminem składania ofert przelewu kwoty w żądanej przez zamawiającego wysokości, na wskazany przez niego rachunek, właściwie przypisanej do danego postępowania. Nie jest potrzebne złożenie przez wykonawcę oświadczenia woli o wniesieniu wadium. Nie jest również potrzebne odrębne od oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, oświadczenie o przedłużeniu terminu ważności wadium wniesionego w formie pieniężnej. ” Następnie zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2008 roku w sprawie pod sygnaturą akt: KIO/UZP 915/08, Krajowa Izba Odwoławcza, jednoznacznie określiła, że „Istotą zabezpieczenia wadium jest jego istnienie na dzień składania ofert czy to w postaci pieniężnej przekazanej na konto zamawiającego, czy to w postaci gwarancji lub poręczenia wystawionego na rzecz zamawiającego. Sprawą drugorzędną jest doręczenie oryginału dokumentu wadium przed upływem terminu składania ofert wobec wystawienia gwarancji przed upływem tego terminu i załączeniem potwierdzonej kserokopii dokumentu przez wykonawcę do oferty złożonej również przed upływem terminu składania ofert.”

Zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu Cywilnego, jeżeli przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej. *Prima facie* nie ma przeciwwskazań do zastosowania konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak słusznie określa judykatura m. in. w wyroku w Sądzie Okręgowym w Gliwicach z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za, iż „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad PZP. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy”.

Zamawiający przytoczył postanowienia Sądu Najwyższego wskazując, że co prawda zostały wydane w odmiennym stanie faktycznym, ale w powołanym zakresie odnoszą się

do powyższego zagadnienia, i tak, w postanowieniu z dnia 21 stycznia 2015 roku w sprawie pod sygnaturą akt: IV CZ 96/14, Sąd Najwyższy wskazał, iż „Za datę uiszczenia opłaty (...) w formie bezgotówkowej należy uznać dzień złożenia bankowi polecenia przelewu pod warunkiem, że przelew w dniu jego przyjęcia przez bank lub w terminie przewidzianym do uiszczenia opłaty miał dostateczne pokrycie pieniężne oraz że złożone polecenie zostało rzeczywiście wykonane”. W kolejnym postanowieniu z dnia 19 września 2007 roku w sprawie pod sygnaturą akt III UZ 12/07 Sąd Najwyższy stwierdził, iż: „(...) decyduje data wpłacenia przez stronę brakującej opłaty na konto (...) za pośrednictwem każdej placówki legalnie przyjmującej i realizującej tego typu przelewy, a nie data transferu tej opłaty na rachunek (...)”. Istotnym jest, iż obecne orzecznictwo Sądów Polskich kształtuje się w kierunku, że „Za datę uiszczenia opłaty (...) w formie bezgotówkowej należy uznać dzień złożenia bankowi polecenia przelewu pod warunkiem, że przelew w dniu jego przyjęcia przez bank lub w terminie przewidzianym do uiszczenia opłaty miał dostateczne pokrycie pieniężne oraz że złożone polecenie zostało rzeczywiście wykonane - takie stanowisko zajął m. in. Sąd Najwyższy, Izba Cywilna z dnia 21 stycznia 2015 roku w sprawie pod sygnaturą akt IV CZ 96/14.

Zamawiający wskazał, że organ błędnie ustalił zaistniały stan faktyczny sprawy, a już na pewno przy założeniu, że takich naruszeń się nie dopuścił, to w sposób błędny określił, że wskazane naruszenie miało wpływ na wyniki postępowania przetargowego, albowiem przepis art. 24 ust. 2 Pzp dotyczący wykluczenia wykonawcy dotyczy przypadku niewniesienia wadium, a nie jego wniesienia inaczej niż to przewidziano w art. 45 ust. 7 Pzp, Liczy się ostateczny efekt: wadium zostało wniesione w pieniądzu /a więc formie zgodnej z art. 45 ust. 6 Pzp/ i znalazło się na rachunku bankowym zamawiającego, a co za tym, idzie zamawiający nie miał możliwości wykluczenia wykonawcy, i tym samym brak jest jakichkolwiek naruszeń w tym zakresie.

III.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z 25 stycznia 2019 roku (znak: (UZP/DKZP/WKZ5/421/27(12)/18/KO) wskazał - w odpowiedzi na pismo z dnia 9 stycznia 2019 roku w zakresie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej następczej dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na pn.: Budowa sieci wodociągowej na terenie gminy Trzcianne - że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego

**postępowania, stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej
przekazanej przy piśmie z dnia 3 stycznia 2019 r.**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w odpowiedzi na pismo z dnia 9 stycznia 2019 r. (znak: GKOŚ.271.4.2018; wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 16 stycznia 2019 r.) zawierające zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa sieci wodociągowej na terenie gminy Trzcianne”, przeprowadzonego przez Gminę Trzcianne – pismem z dnia 25 stycznia 2019 roku (znak: (UZP/DKZP/WKZ5/421/27(12)/18/KO) – poinformował, że podtrzymuję stanowisko dotyczące naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej przekazanej przy piśmie z dnia 3 stycznia 2019 r. (znak: (UZP/DKZP/WKZ5/421/27(8)/18/KO). Jednocześnie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do naruszeń wskazanych w pkt 2.2. — 2.6. ww. Informacji o wyniku kontroli doraźnej (czyli punkty 2-6 strona 2 i 3 tej uchwały).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w trybie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, przeprowadził kontrolę doraźną ww. postępowania na wniosek Komendy Wojewódzkiej Policji w Białymstoku, w wyniku której zostało stwierdzone naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum firm: XXXXX, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, w związku z czym, jego oferta w momencie otwarcia ofert nie była zabezpieczona należną kwotą wadium.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, w rozdziale VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) „Wymagania dotyczące wadium”, zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 5.000,00 PLN, jak również wskazał formy w jakich mogło być wniesione wadium oraz miejsce i sposób jego wniesienia. Jednocześnie zamawiający zastrzegł, cyt.: „Przy czym za termin wniesienia wadium w formie przelewu pieniężnego przyjmuje się termin uznania na rachunku zamawiającego” oraz „Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert”.

Zgodnie z rozdziału XI siwz „Miejsce i termin otwarcia ofert” zamawiający wyznaczył termin otwarcia ofert na dzień 25.05.2015 r. na godz. 10.15.

Z załączonego do wniosku o wszczęcie kontroli przedmiotowego postępowania dokumentu, tj. informacji z Banku Spółdzielczego w Mońkach wynika, że przedmiotowe wadium zostało zaksięgowane na rachunku zamawiającego w dniu 25.05.2015 r. o godz. 12.10, czyli po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu składania ofert.

Do oferty wykonawcy konsorcjum firm: XXXXX załączony został dowód przelewu wadium na rachunek bankowy zamawiającego o dacie księgowania oraz nadania, tj. na dzień 25.05.2015 r. bez wskazania godziny i minut.

W trakcie prowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania wyjaśniającego, poprzedzającego kontrolę doraźną, zamawiający przekazał pismo z dnia 11.06.2015 r. skierowane do Banku Spółdzielczego w Zambrowie z prośbą o podanie godziny wraz z minutami dokonania przelewu wadium, zaznaczając jednocześnie, że chodzi o obciążenie rachunku wykonawcy. Załączone zostało również pismo z informacją z ww. banku, że wskazany przelew został zrealizowany w dniu 25.05.2015 r. o godz. 7.57.

W piśmie z dnia 20.07.2018 r. zamawiający odniósł się do zarzutu podnoszonego we wniosku o wszczęcie kontroli. Zamawiający odnosząc się do twierdzeń dotyczących terminu zaksięgowania wadium na jego rachunku, złożonego przez wykonawcę konsorcjum firm: XXXXX wskazał, że cyt.: „pismem z dnia 11.06.2018 r. Urząd wystąpił do Banku Spółdzielczego w Zambrowie celem uzyskania informacji o dokładnym terminie /wraz z godziną oraz minutami/ w jakim został zrealizowany przelew. Z otrzymanej informacji, która została przedłożona do niniejszego pisma, jednoznacznie wynika, iż przelew został zrealizowany o godzinie 7:57, tj. ponad dwie godziny, przed terminem otwarcia ofert”. Ponadto zamawiający uznał, że procedura udzielenia przedmiotowego zamówienia została przeprowadzona w sposób zgodny z przepisami obowiązującymi w okresie udzielania zamówienia, ponieważ w granicach ówczesnie obowiązującej ustawy Pzp, brak było definicji legalnej wadium, a ustawa wskazywała tylko formy jego wnoszenia. Zamawiający utrzymywał, że jako wniesienie wadium należy traktować wpłatę określonej sumy pieniędzy, przywołując na poparcie swojej tezy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.07.2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 706/08) dotyczący wpłaty wadium gotówką w kasie zamawiającego zamiast przelewem oraz wyrok z dnia 17.09.2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 915/08) dotyczący wniesienia w istocie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Ponadto zamawiający odwołał się do kodeksu

cywilnego i orzeczeń Sądu Najwyższego (sygn. akt: IV CZ 96/14 oraz III UZ 12/07) dotyczących definicji uiszczenia opłaty.

Pismem z dnia 20.08.2018 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych ponownie zwrócił się do zamawiającego z prośbą o przekazanie informacji o dokładnym terminie, z podaniem daty i godziny, w jakim został uznany rachunek bankowy zamawiającego należną kwotą wadium wniesioną przez wykonawcę konsorcjum firm: XXXXX w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie wskazano, że wbrew twierdzeniom zawartym w piśmie zamawiającego z dnia 20.07.2018 r., brak jest dokumentu - informacji z Banku Spółdzielczego w Zambrowie o dokładnym terminie, wraz ze wskazaniem godziny i minut, w jakim został zrealizowany przelew.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 07.09.2018 r. zamawiający wyjaśnił, że brak jest możliwości technicznych związanych z ustaleniem daty i godziny uznania rachunku zamawiającego kwotą wadium w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie zamawiający załączył swoją prośbę z dnia 11.06.2015 r. skierowaną do Banku Spółdzielczego w Zambrowie o podanie godziny wraz z minutami dokonania przelewu ww. wadium, zaznaczając jednocześnie, że chodzi o obciążenie rachunku wykonawcy. Załączone zostało ponownie pismo z informacją z ww. banku, że wskazany przelew został zrealizowany o godz. 7.57.

Pismem z dnia 09.01.2019 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do naruszenia wskazanego w punkcie 2.1. informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej (czyli punkty 1 strona 2 tej uchwały). Zamawiający wskazał, cyt.: „iż Urząd Zamówień Publicznych Departament Kontroli Zamówień Publicznych działający z upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych błędnie dokonał ustaleń w sprawie, albowiem niezasadnie oparł swoje twierdzenia na dokumencie dołączonym do wniosku o wszczęcie postępowania, gdyż przedmiotowy dokument nie ma waloru dowodowego, tym bardziej, iż kontrolowana transakcja miała miejsce w Banku Spółdzielczym w Zambrowie, nie zaś w Mońkach, a z informacji z Banku Spółdzielczego w Zambrowie, (pismo z dnia 11 czerwca 2018 roku) w sposób jednoznaczny wynika, iż przelew został zrealizowany o godzinie 7:57 w dniu 25 maja 2015 roku, tj. ponad dwie godziny, przed terminem otwarcia ofert ”

W ocenie zamawiającego przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przeprowadzone w sposób zgodny z przepisami obowiązującymi w okresie udzielania zamówienia.

Zamawiający wskazał, że w granicach ówczesnie obowiązującej ustawy prawo zamówień publicznych brak było definicji legalnej wadium, a ustawa wskazywała tylko formy jego wnoszenia. Przez wadium należy rozumieć w ocenie zamawiającego, cyt: „określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od której wniesienia zamawiający uzależnia dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu przetargowym”. Jednocześnie zamawiający zaznaczył, że wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert, a wraz z ofertą ma obowiązek przedstawić dokument potwierdzający jego wniesienie. Zamawiający uznał, iż przedmiotowa sytuacja miała miejsce również i w tej sprawie, bowiem wykonawca wpłacił na konto wskazane w siwz kwotę wymaganego wadium i przedstawił dokument z banku potwierdzający wniesienie wadium, co doprowadziło do tego, że w terminie składania ofert do dyspozycji zamawiającego zostały pozostawione środki pieniężne, przez co został osiągnięty cel, któremu służy wadium. Powyższe prowadzi wg zamawiającego do wniosku: „że poprzez uiszczenie wymaganej kwoty uiszczył w istocie wadium i nie może być mowy o nie spełnieniu tego warunku specyfikacji. Za formę należy zaś zgodnie ust. 6 art. 45 ustawy prawo zamówień publicznych uznać pieniądź, a nie drogę, którą wadium wpłynęło na wskazane konto”.

Odnosząc się do naruszenia wskazanego w punkcie 2.1. informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej zamawiający uznał: „Organ błędnie ustalił zaistniały stan faktyczny sprawy, a już na pewno przy założeniu, iż takich naruszeń się nie dopuścił, to w sposób błędny określił, iż wskazane naruszenie miało wpływ na wynik postępowania przetargowego, albowiem przepis art. 24 ust. 2 PZP dotyczący wykluczenia wykonawcy dotyczy przypadku niewniesienia wadium, a nie jego wniesienia inaczej niż to przewidziano w art. 45 ust. 7 PZP. Liczy się ostateczny efekt: wadium zostało wniesione w pieniądzu /a więc formie zgodnej z art. 45 ust. 6 PZP/i znalazło się na rachunku bankowym zamawiającego, a co za tym, idzie zamawiający nie miał możliwości wykluczenia wykonawcy, i tym samym brak jest jakichkolwiek naruszeń w tym zakresie”.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził co następuje:

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, należy stwierdzić, że stanowisko prezentowane przez zamawiającego w odniesieniu do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 2 w zw. z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp wskazanego w pkt 2.1. Informacji o wyniku kontroli nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej części zastrzeżeń zamawiający uznał, że Urząd Zamówień Publicznych „błędnie dokonał ustaleń w sprawie, albowiem niezasadnie oparł swoje twierdzenia na dokumencie dołączonym do wniosku o wszczęcie postępowania, gdyż przedmiotowy dokument nie ma waloru dowodowego, tym bardziej, iż kontrolowana transakcja miała miejsce w Banku Spółdzielczym w Zambrowie, nie zaś w Mońkach, a z informacji z Banku Spółdzielczego w Zambrowie, (pismo z dnia 11 czerwca 2018 roku) w sposób jednoznaczny wynika, iż przelew został zrealizowany o godzinie 7:57 w dniu 25 maja 2015 roku, tj. ponad dwie godziny, przed terminem otwarcia ofert”.

W związku z powyższym należy wskazać, że zgodnie z art. 163 ust. 3 ustawy Pzp, Prezes Urzędu prowadząc postępowanie wyjaśniające lub kontrolę ustala stan faktyczny sprawy na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów. W przedmiotowej sprawie jako dowód został przyjęty dokument przedłożony przez wnioskodawcę, tj. Komendanta Wojewódzkiego Policji w Białymstoku.

Jednocześnie w piśmie zawierającym zastrzeżenia do przedmiotowego naruszenia, zamawiający wskazał pismo z dnia 11 czerwca 2018 r. z Banku Spółdzielczego w Zambrowie, z którego nie wynika kiedy wadium zostało zaksięgowane na rachunku zamawiającego.

Odnosząc się do powyższego, należy stwierdzić, iż zamawiający naruszył treść art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Natomiast 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. Wniesienie wadium jest bowiem 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. Przepisy ustawy Pzp w tym zakresie nie wiążą żadnego skutku prawnego z załączeniem do złożonej oferty dowodu zlecenia dokonania przelewu kwoty wadium. Złożenie dyspozycji przelewu przez wykonawcę nie zabezpiecza więc w sposób należyty interesu zamawiającego. Zamawiający w sytuacji wystąpienia okoliczności przewidzianych w ustawie Pzp, nie dysponowałby kwotą wadium oraz nie mógłby skutecznie

zaspokoić swoich roszczeń. Czynność stanowiąca polecenie wykonania przelewu nie może być więc utożsamiana z pojęciem wniesienia wadium w pieniądzu.

W przedmiotowym postępowaniu wadium zostało wpłacone przelewem na rachunek bankowy zamawiającego. Zgodnie z przekazaną przez zamawiającego treścią siwz (rozdział VI): „za termin wniesienia wadium w formie przelewu pieniężnego przyjmuje się termin uznania na rachunku zamawiającego”. Powyższe znajduje poparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, odnoszącym się do uznawania skuteczności wnoszenia wadium w formie przelewu pieniężnego, m.in. w wyroku z dnia 30 grudnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1591/09): „(...) wykonanie dyspozycji przelewu, czego potwierdzeniem jest „potwierdzenie przelewu”, nie jest wystarczające do uznania wniesienia wadium. Tak długo, jak długo zamawiający nie może dysponować żądaną kwotą, nie można uznać, że wadium w formie pieniądza zostało wniesione. W przypadku wadium wnoszonego w formie pieniądza jest ono wniesione w chwili uznania rachunku zamawiającego odpowiednią kwotą (...)”, w wyroku z dnia 16 sierpnia 2010 r. (sygn. akt: KIO 1633/10): „Izba stoi na stanowisku, iż wniesienie wadium jest skuteczne tylko w przypadku uznania rachunku bankowego zamawiającego należną kwotą wadium (...). Pełna kwota wadium musi znaleźć się na rachunku zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Jeśli tak się nie stanie, wykonawca powinien podlegać wykluczeniu”, oraz w wyroku z dnia 15 czerwca 2010 r. (sygn. akt: KIO 1079/10): „(...) zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy wadium powinno być wniesione przed upływem terminu składania ofert. Termin ten, powszechnie w doktrynie i orzecznictwie, uważa się za zachowany, gdy wadium wniesione w pieniądzu, zgodnie z art. 45 ust. 7 ustawy zostanie wpłacone przelewem na rachunek bankowy zamawiającego i znajdzie się na tym rachunku przed upływem terminu składania ofert”.

W odniesieniu do zarzutu zamawiającego, że Urząd Zamówień Publicznych cyt.: „(...) błędnie ustalił zaistniały stan faktyczny sprawy, a już na pewno przy założeniu, iż takich naruszeń się nie dopuścił, to w sposób błędny określił, iż wskazane naruszenie miało wpływ na wynik postępowania przetargowego, albowiem przepis aft. 24 ust. 2 PZP dotyczący wykluczenia wykonawcy dotyczy przypadku niewniesienia wadium, a nie jego wniesienia inaczej niż to przewidziano w art. 45 ust. 7 PZP (...)” należy wskazać, że konsekwencje niewniesienia wadium określa art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wniesli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Z przepisu tego wynika więc, że sankcja wykluczenia wykonawcy z postępowania jest związana m.in. z niewniesieniem wadium przed upływem terminu

składania ofert. Pojęcie wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert, w sytuacji gdy wadium jest wnoszone w pieniądzu przelewem zostało doprecyzowane przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która podkreśla, że „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 p.z.p, w tym zakresie nie wiążą żadnego skutku prawnego z załączeniem do złożonej oferty dowodu zlecenia dokonania przelewu kwoty wadium (m.in. wyrok z dnia 12 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 2796/11). Dodatkowo wskazuje się, że „wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem "Wpłacać na rachunek" jest równoznaczne z koniecznością zaksięgowania środków pieniężnych na wskazanym rachunku. Wydanie dyspozycji dokonania wpłaty nie jest "wpłatą" w rozumieniu przepisu art. 45 ust. 7 p.z.p., lecz jedynie podjęciem kroków zmierzających do dokonania takiej wpłaty (wyrok z dnia 29 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1766/12). Istotne jest więc, aby zamawiający już od chwili składania ofert mógł skutecznie rozporządzać zabezpieczeniem wadium i ewentualnie zaspokoić z niego swoje roszczenia wynikające z przepisów. Co więcej, termin wniesienia wadium to nie tylko data dzienna, ale także godzina i minuta, co potwierdza wyrok z dnia 12 listopada 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1411/09, cyt.: „Termin wniesienie - zgodnie z art, 45 p.z.p. - oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek Zamawiającego. Przy wniesieniu wadium liczy się nie data, ale konkretna chwila (godzina, minuta). Dla skutku w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niewniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert bez znaczenia pozostaje kwestia zawinienia czy też przyczyny takiego stanu rzeczy: „To wykonawcy ponoszą wszelkie ryzyko związane ze skutecznością dostarczenia zamawiającemu wadium i konsekwencje jego ewentualnego braku przed terminem składania ofert. Zastosowanie przesłanki wykluczenia wykonawcy zawartej w przepisie (art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p.) jest tu niejako "automatyczne", uzależnione od wystąpienia wskazanych tam okoliczności, które nie są dodatkowo powiązane z jakimkolwiek stopniem zawinienia ich wystąpienia (wyrok z dnia 13 września 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1868/10).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych potrzymał stanowisko zawarte w pkt 2.1. Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, oraz podał, że w związku z nieuwzględnieniem ww. zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie wykazanego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt

2 w zw. z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, przekazane one zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:

Na podstawie przedstawionej dokumentacji, w tym Protokołu kontroli i Informacji o wyniku kontroli doraźnej, Izba stwierdziła, że w trakcie kontroli ustalono i przedstawiono stan faktyczny sprawy prawidłowo. Izba, w tym miejscu, w uzupełnieniu stanu faktycznego wskazuje, że termin składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Budowa sieci wodociągowej na terenie gminy Trzcianne* wyznaczony został na 25 maja 2015 roku godzina 10:00 (ogłoszenie o zamówieniu, Sekcja IV pkt IV.4.4) oraz termin otwarcia ofert wyznaczony został na 25 maja 2015 roku godzina 10:15 (specyfikacja istotnych warunków zamówienia, rozdział XI).

Izba podkreśla w tym miejscu, że przedstawione przez Zamawiającego za pismem z dnia 9 stycznia 2019 roku zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej następczej (dalej: „zastrzeżenia”) odnosiły się tylko do informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 3 stycznia 2019 roku w odniesieniu do wskazanego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 2 w zw. z art. 45 ust. 3 Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania przez zaniechanie wykluczenia *wykonawcy konsorcjum firm: XXXXX*, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, w związku z czym, jego oferta w momencie otwarcia ofert nie była zabezpieczona należną kwotą wadium.

Izba podziela i przyjmuje za własne ustalenia Prezesa UZP uzasadniające stwierdzone, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania pn.: „Budowa sieci wodociągowej na terenie gminy Trzcianne”, przeprowadzonego przez Gminę Trzcianne.

Zgodnie z postanowieniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13 *Opinia KIO w sprawie zastrzeżeń*

zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności (tak samo Wojewódzki Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 23 lipca 2014 roku w sprawie sygn. akt V SA/Wa 1048/14).

W ocenie Izby, zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej następczej nie są zasadne i nie mogły zostać uwzględnione przez Izbę. Za zasadną Izba uznała argumentację i stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w Informacji o wyniku kontroli następczej doraźnej z dnia 3 stycznia 2019 roku oraz w piśmie z dnia 25 stycznia 2019 roku skierowanym do Zamawiającego i w tym zakresie przyjmuje je za własne.

Jednocześnie mając na uwadze, że stanowisko Izby wyrażone w uchwale dotyczy oceny zasadności przedstawionych przez Zamawiającego zastrzeżeń Izba wskazuje, że w pierwszej kolejności należy podkreślić wynikające z przepisów ograniczenie co do możliwości skutecznego wniesienia wadium w postępowaniu tj. do upływu terminu składania ofert. Zgodnie z obowiązującym w czasie prowadzenia przedmiotowego postępowania art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Zamawiający obowiązany był do wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. Przepis ten w sposób jednoznaczny zakreślał granicę czasową dla skutecznego wniesienia wadium w postępowaniu, które gwarantowałyby niewykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Termin składania ofert to dzień i godzina, które Zamawiający również obowiązany jest podać w dokumentacji postępowania tj. w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SWIZ) oraz w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym data i godzina składania ofert nie jest dowolna, co charakteryzuje postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem data i godzina składania ofert wyznacza swego rodzaju „granicę” dla określonych ustawą czynności jakie dla skuteczności działania wykonawcy winien on podjąć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Taką czynnością jaka musi zostać dokonana przed upływem terminu składania ofert jest wniesienie wadium (art. 45 ust. 3 ustawy), w przypadku, gdy wadium wnoszone jest w pieniądzu (art. 45 ust. 6 pkt 1 ustawy) wykonawca wpłaca na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego (art. 45 ust. 7 ustawy). Podkreślić należy, że wniesienie wadium w pieniądzu jest skuteczne dopiero wtedy, gdy pozostaje w dyspozycji Zamawiającego, a za skuteczne wniesienie wadium uważa się moment obciążenia rachunku Zamawiającego. Tym samym w ocenie Izby uznanie rachunku Zamawiającego kwotą wadium należy uznać za skuteczne wniesienie wadium – wadium musi być na rachunku bankowym Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert.

Izba podkreśla, że w ramach prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego podstawowym aktem prawnym regulującym prawa i obowiązki Zamawiającego i wykonawców są przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i właśnie na podstawie tych przepisów – w szczególności wskazanych powyżej – obowiązek wniesienia wadium w taki sposób, by środki pieniężne zostały zaksięgowane na rachunku bankowym Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert można wywieść z tych przepisów. Zaznaczenia wymaga, że ustawodawca posłużył się sformułowaniem "wplaca się przelewem na rachunek", co w ocenie Izby nierozdzielnie związane jest z koniecznością zaksięgowania środków pieniężnych na wskazanym rachunku. Tym samym, dopiero odpowiednia kwota znajdująca się na rachunku Zamawiającego tytułem wadium przesądza o jego wniesieniu, a skuteczne wniesienie wadium nastąpi wtedy, gdy kwota wadium na rachunku Zamawiającego zostanie uznana przed upływem terminu składania ofert. Prawidłowość tej konstrukcji znajduje uzasadnienie w regulacjach ustawy Prawo Bankowe (Dz. U. z 2015 roku poz. 128 ze zmianami), gdzie w sposób jednoznaczny wskazano, że 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 (art. 63 c ustawy Prawo bankowe). Tym samym wykonanie przez wykonawcę dyspozycji dokonania polecenia przelewu nie może być utożsamiane z wpłaceniem przelewem na rachunek bankowy kwoty wadium. 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 zatem równoznaczna z dokonaniem wykonaniem wpłaty. Choć przepisy ustawy nie zwierały definicji legalnej wadium to postanowienia dotyczące wadium wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały uregulowane częściowo. W pozostałym zakresie (nieuregulowanym ustawą), Zamawiający i wykonawcy zobowiązani byli korzystać z regulacji zawartych w przepisach Kodeksu cywilnego czemu dał wyraz Sąd Najwyższy wskazując, że Prawo zamówień publicznych „stanowi część prawa cywilnego, na co wskazuje odesłanie do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego (art. 14 p.z.p.) do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej, a zatem jest ustawą szczególną w stosunku do ogólnych norm Kodeksu cywilnego.” Odesłanie do przepisów Kodeksu cywilnego wyrażone w art. 14 ustawy Pzp stanowi o szerokim zakresie stosowania Kodeksu cywilnego dla tych czynności, przez co należy rozumieć wszelkie czynności faktyczne i prawne podejmowane przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie

zamówienia. W Kodeksie cywilnym w art. 70⁴ § 1 k.c., wskazano, że wadium stanowi wpłacona organizatorowi przetargu albo aukcji – pod rygorem niedopuszczenia do aukcji lub przetargu - określona suma pieniężna albo ustanowienie odpowiedniego zabezpieczenia zapłaty tej sumy.

W podsumowaniu powyższego Izba wskazuje za wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 21 maja 2010 roku, sygn. akt IX Ca 297/10: *„zgodnie z utrwalonym orzecznictwem termin "wniesienie-zgodnie z art. 45 Pzp- oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek zamawiającego. Przy wniesieniu wadium liczy się nie data, ale konkretna chwila (godzina, minuta). Przy czym należy odróżnić fakt wniesienia wadium od udokumentowania jego wniesienia. Zamawiający winien mieć pewność, że wadium zostało wniesione w chwili otwarcia ofert, czyli, aby istniała możliwość sprawdzenia stanu konta przez zamawiającego. Inaczej rzecz ujmując, należy stwierdzić, że słowo wniesienie oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek zamawiającego /por. wyrok KIO z 5 lutego 2008r., KIO/UZP 31/08, LEX nr 393443, wyrok z 5 lutego 2009r., KIO/UZP 113/09, LEX nr 487669 i wyrok KIO z 12 listopada 2009r., KIO/UZP 1411/09, LEX nr 533234/.”* oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Elblągu z dnia 26 lutego 2015 roku sygn. akt I Ca 235/14: *„Wniesienie wadium w pieniądzu jest skuteczne tylko w przypadku uznania rachunku bankowego zamawiającego żadaną kwotą wadium (zob. wyroki (...): z dnia 19 marca 2008r., KIO/UZP (...); z dnia 8 stycznia 2010r., KIO/UZP (...); z dnia 13 września 2010r., KIO/UZP (...); z dnia 23 stycznia 2012r., KIO (...), www.uzp.gov.pl).”*

Kolejną szczególną okoliczność jaka kształtowana jest przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a na którą niewątpliwie należy zwrócić uwagę, to termin związania ofertą. Ma on to szczególne znaczenie, że upływ terminu składania ofert stanowi jednocześnie początek terminu związania ofertą, a oferta musi być zabezpieczona wadium przez cały okres jej związania. Wadium zabezpiecza ofertę od chwili upływu terminu składania ofert, tym samym Zamawiający musi mieć możliwość dysponowania wadium, a to oznacza, że wadium wniesione w pieniądzu przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego musi być uznane na rachunku bankowym Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego termin składania ofert wyznaczony został na 25 maja 2015 roku godzina 10:00, natomiast w oparciu o zgromadzony w kontroli materiał ustalić można w sposób niebudzący wątpliwości, że dokonano przelewu (tak też w piśmie z dnia 11 czerwca 2019 roku przedstawionym przez Zamawiającego „obciążenia rachunku”) o godzinie 7:57 w dniu 25 maja 2015 roku;

jak również to, że kwota wadium została zaksięgowana na rachunku Zamawiającego o godzinie 12:10 w dniu 25 maja 2015 roku (pismo z dnia 27 lutego 2018 roku przy wniosku z dnia 11 maja 2018 roku o przeprowadzenie kontroli doraźnej). Z powyższego wynika, że z upływem terminu składania ofert 25 maja 2015 roku godzina 10:00 na koncie Zamawiającego nie została zaksięgowana kwota wadium, kwota ta została zaksięgowana na rachunku odbiorcy / Zamawiającego o godzinie 12:10.

Zaznaczenia wymaga, że Zamawiający w przedstawionych zastrzeżeniach nie kwestionował numerów rachunków jakie zostały przedstawione w ww. pismach, co pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że rachunki te, a w szczególności rachunek Zamawiającego był prawidłowy, również taki jak Zamawiający podał w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Argumentacja zawarta w zastrzeżeniach w odniesieniu do waloru dowodowego przedstawionych przez wnioskodawcę dokumentów / informacji z banku z uwagi na siedzibę Banku (Mońki a nie Zambrów) Izba uznała za niezasadną. Natomiast przy braku kwestionowania numerów kont wykonawcy i Zamawiającego, które zostały podane w pismach załączonych do wniosku ale również w pismach przedstawionych przez Zamawiającego, stanowisko Zamawiającego nie jest oparte o żaden faktyczny argument. Zamawiający nie przedstawił informacji z banku dotyczącej działań na koncie Zamawiającego, z której wynikałyby inne informacje, niż z pism załączonych do wniosku, tj. takie, które potwierdzałyby zaksięgowanie kwoty wadium na koncie Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Jednocześnie w przedstawionych zastrzeżeniach Zamawiający nie zakwestionował godziny zaksięgowania kwoty wadium na koncie Zamawiającego. Zaznaczyć również należy, że Zamawiający w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zaznaczył: „Przy czym za termin wniesienia wadium w formie przelewu pieniężnego przyjmuje się termin uznania na rachunku zamawiającego”, ale składając zastrzeżenia Zamawiający pominął poczynione przez siebie regulacje, a które to regulacje były zgodne z obowiązującym prawem i były ugruntowane w orzecznictwie sądów powszechnych oraz Izby, co zostało wykazane wyżej.

Szczególny charakter przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych powoduje, że postępowania o udzielenie zamówienia prowadzone w tym trybie ustawowym muszą być poddane reżimowi ustawy, który w bardzo wielu przypadkach tworzy szczególne procedury, instytucje, terminy – tak jak w tym przypadku konieczność wniesienia wadium przed terminem składania ofert – oraz jednocześnie doznaje szczególnych uregulowań i wiążących się z tymi uregulowaniami skutkami.

Na Zamawiającym ciążył ustawowy obowiązek wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy wykonawcy *konsorcjum firm: XXXXX*, ponieważ oferta tego wykonawcy nie została zabezpieczona wadium w ustawowym terminie. Postępowanie Zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy nie może być nigdy utożsamiane z niepotrzebnym formalizmem, do jakiego referował w zastrzeżeniach Zamawiający. Niewątpliwie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie to szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania zgodnego z postanowieniami ustawy, poszanowania zasad wynikających z ustawy oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych, a co w efekcie pozwoli na przejrzystość postępowania i transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....