

WYROK
z dnia 5 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Małgorzata Rakowska
Stanisław Sadowy
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wspólnie ubiegających się o zamówienie Exatel S.A. ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa oraz Telekomunikację Kolejową S.A. ul. Kijowska 10/12, 03-743 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Mazowiecki Oddział Regionalny Al. Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa** protestu z dnia 27 grudnia 2007 r.

przy udziale **Telekomunikacji Polskiej S.A. ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **wspólnie ubiegających się o zamówienie Exatel S.A. ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa oraz Telekomunikację Kolejową S.A. ul. Kijowska 10/12, 03-743 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wspólnie ubiegających się o zamówienie Exatel S.A.**

**ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa oraz Telekomunikację Kolejową S.A.
ul. Kijowska 10/12, 03-743 Warszawa;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wspólnie ubiegających się o zamówienie Exatel S.A. ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa oraz Telekomunikacji Kolejowej S.A. ul. Kijowska 10/12, 03-743 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych”, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655). Postępowanie to zostało jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 19 października 2007 r. pod numerem 2007/S 202-245546.

Informacja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana Odwołującemu faksem 19 grudnia 2007 r. Odwołujący został wykluczony z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji tego wykluczenia jego oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przyczyną wykluczenia było niezłożenie w terminie, tj. do 18 grudnia 2007 r. godz. 10.00 (termin składania ofert), wadium.

W związku z powyższym wykluczeniem 27 grudnia 2007 r. Odwołujący złożył protest, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 w zw. z art. 38 ust. 5, art. 41 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych „oraz innych wymienionych w proteście”.

Zdaniem Odwołującego wykluczenie go z postępowania było niesłuszne, ponieważ wniósł on wadium – z informacji banku Odwołującego wynika, iż zlecona kwota została przekazana 18 grudnia 2007 r. podczas porannej sesji, ok. godz. 7.00. Przelew został dokonany systemem ELIXIR, który jest międzybankowym systemem pośredniczącym w elektronicznej wymianie komunikatów o zleceniach płatniczych oraz wierzytelnościach, w którym zlecenia wystawiane do zaksięgowania na rachunkach banków są rezultatem kompensaty wzajemnych należności i zobowiązań banków wynikających z indywidualnych zleceń

klientów. Zgodnie z harmonogramem sesji ELIXIR określonej przez Krajową Izbę Rozrachunkową koniec pierwszej sesji i przekazanie wyników do banków następuje o godz. 7.30, zatem do godziny 10.00 wadium powinno się już znajdować na koncie Zamawiającego, a kwota ta (jak wynika z wewnętrznych uregulowań banku Zamawiającego) powinna była być zaksięgowana na koncie Zamawiającego — przed godz. 10.00 i z datą faktycznego wpłynięcia kwoty wadium na rachunek Zamawiającego. Zatem oferta była zabezpieczona wadium przez cały okres związania nią.

Odwołujący podniósł też argument, iż ciężar udowodnienia, że wadium nie wpłynęło, spoczywa na Zamawiającym, zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, a twierdzenia Zamawiającego nie są poparte żadnym dowodem.

Ponieważ czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest tylko czynnością wtórną w stosunku do wykluczenia, w przypadku uznania, iż nie zachodzą podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania, nie będzie także podstaw odrzucenia jego oferty.

Oprócz tego, że wykluczenie Odwołującego jest błędne, Odwołujący stwierdził, iż postępowanie powinno zostać unieważnione jako obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, ponieważ:

1. zgodnie z art. 40 ust. 1 jedną z informacji, która musi zamieścić Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu jest adres strony internetowej, na której zostanie opublikowana specyfikacja istotnych warunków zamówienia – oznacza to, iż treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia nie mogą zawierać różnych treści,

2. zgodnie z art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może dotyczyć warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert – natomiast kryteria podane w ogłoszeniu z 13 września 2007 r. są inne, niż te, którymi kierował się Zamawiający. Zmiana kryteriów oceny ofert w trakcie postępowania jest także niezgodna z zasadą wyrażoną art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

(Z obu tych zarzutów Odwołujący wycofał się podczas rozprawy jako niezasadnych).

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej

lub ewentualnie

2. unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 w zw. z art. 38 ust. 5 i 41 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dnia 3 stycznia 2008 r. Zamawiający oddalił protest w całości uzasadniając to tym, iż:

1. posiada pismo ze swojego banku, w którym stwierdzono, iż do 18 grudnia 2007 r., do godz. 10.46 nie wpłynęło wadium Odwołującego – a więc dysponuje dowodem na poparcie swoich twierdzeń,
2. protest dotyczący treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest spóźniony, ponieważ powinien być wniesiony odpowiednio w ciągu 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej,
3. Odwołujący nie wskazał, które postanowienia – warunki udziału w postępowaniu zostały zmienione, natomiast zmiana kryteriów oceny ofert nie nastąpiła, a przywołane ogłoszenie z 13 września 2007 r. dotyczyło innego postępowania, unieważnionego 3 października 2007 r.

Na powyższe oddalenie protestu Odwołujący wniósł 8 stycznia 2008 r. (data stempla pocztowego) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (data wpływu 11 stycznia 2008 r.). W odwołaniu Odwołujący podtrzymał i rozwinął argumenty podniesione w proteście dotyczące prawidłowości wniesienia wadium oraz dodatkowo wskazał, iż Zamawiający w wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 3 grudnia 2007 r. zmodyfikował warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania łączami do realizacji zamówienia.

Dnia 4 lutego 2008 r. do odwołania przystąpiła, po stronie Zamawiającego, TelekomunikacjaPolska S.A.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy stwierdzić, że Odwołujący wykazał swój interes prawny w składaniu środków ochrony prawnej, o którym to interesie stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu poszczególnych zarzutów stwierdzić należy co następuje.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba nie stwierdziła naruszenia tego przepisu.

Termin, w którym należy wnieść wadium został dokładnie określony w art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: „wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert”.

Powszechnie przyjęte w doktrynie i orzecznictwie jest, iż słowo „wniesienie” oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek Zamawiającego. Pogląd ten podziela również Izba.

Zamawiający przedstawił pismo otrzymane od BGŻ S.A. IV Oddział Operacyjny w Warszawie z 18 grudnia 2007 r., w którym posiada rachunek, na który należało wnieść wadium, z informacją, iż „w dniu 18 grudnia 2007 r. do godziny 10.46 na rachunek wadium o numerze (...) nie wpłynęła kwota 30.000 PLN od firmy EXATEL S.A. tytułem: wpłata wadium, przetarg na zakup publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych.”

Odwołujący co prawda również przedstawił pisma ze swojego banku, jednak wynika z nich jedynie, iż „polecenie przelewu zostało zaksięgowane w dniu 17.12.2007 r. zgodnie ze złożoną przez Klienta dyspozycją. Reiffeisen Bank Polska S.A. nie ponosi odpowiedzialności za księgowania wykonywane w innych bankach” oraz iż, „kwota wpłynęła na wskazany w przelewie rachunek w dniu 18.12.2007 r. po I sesji ELIXIR”. Bank Odwołującego więc wcale nie potwierdza faktu, iż wadium wpłynęło na rachunek Zamawiającego do wymaganej godziny (stwierdzenie „po I sesji”, czyli po godz. 7.30 nie jest tożsame ze stwierdzeniem: „przed 10.00”) – wręcz wyraźnie podkreśla, iż nie ponosi za to odpowiedzialności.

Poza tym, jako że bank Zamawiającego jest bardziej miarodajny w tej kwestii (ponieważ to on prowadzi rachunek Zamawiającego), Izba uznała, iż jego informacja jest informacją wiarygodną. Zatem Zamawiający udowodnił, iż nie otrzymał wadium w wymaganym terminie. W związku z powyższym niezasadne jest także uznanie, iż Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

W stosunku do zarzutu, iż Zamawiający w wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 3 grudnia 2007 r. zmodyfikował warunki udziału w postępowaniu poprzez dodanie nowego warunku dotyczącego dysponowania łączami do realizacji zamówienia Izba uznała, iż w tym zakresie odwołanie podlega odrzuceniu, zgodnie z przepisami art. 187 ust. 4 pkt 2, 4, 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzut ten dotyczy bowiem czynności Zamawiającego dokonanej 3 grudnia 2007 r. – więc ujęcie go w odwołaniu z dnia 8 stycznia 2008 r. sprawia, iż zarzut ten został wniesiony po terminie, o którym mowa w art. 180 ust. 2 i art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Co więcej, zarzut ten został podniesiony przez Exatel S.A. w proteście z dnia 4 grudnia 2007 r., który został odrzucony przez Zamawiającego i od rozstrzygnięcia którego nie wniesiono odwołania – zarzut ten dotyczy więc czynności Zamawiającego dokonanej zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Po trzecie, odwołanie w tej części podlega odrzuceniu z tego powodu, iż nie został on ujęty w proteście, lecz pojawił się dopiero

w odwołaniu. Ogólnego stwierdzenia Odwołującego, iż „Zamawiający dokonał modyfikacji sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powstaje obowiązek unieważnienia przedmiotowego postępowania, zgodnie bowiem z art. 38 ust. 5 ustawy nie jest możliwe dokonanie modyfikacji SIWZ w tym zakresie” następującego po zarzucie zmiany kryteriów oceny ofert nie można bowiem uznać za zarzut, a raczej luźne zacytowanie przepisu i poglądu na temat jego interpretacji. Zauważył to zresztą Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu – gdyż nie był w stanie ustosunkować się do zarzutu, który nie odnosił się do żadnych czynności Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Izba, zgodnie z dyspozycją art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wzięła powyższy zarzut pod uwagę z urzędu, jako okoliczność potencjalnie skutkującą unieważnieniem postępowania, jednak w powyższym zakresie nie stwierdziła naruszenia art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego wymóg dysponowania łączami przez wykonawcę, który wygra przetarg nie jest nowym wymogiem, lecz można go wywieść z faktu, iż Zamawiający wymagał podania w ofercie ceny za abonament. Odwołujący był odmiennego zdania – uważał, że ten zapis we wzorze formularza oferty nie świadczy o tym, kto ma tymi łączami dysponować.

Niezależnie od twierzeń Stron Izba stwierdziła, co następuje. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawia różne wymogi dotyczące realizacji zamówienia – nie wszystkie z nich są warunkami udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu mają szczególne znaczenie w procedurze udzielania zamówienia, ponieważ ich spełnienie lub nie, niesie za sobą doniosłe skutki dla wykonawców – dlatego też są one w szczególny sposób traktowane w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz dyrektywach unijnych - przede wszystkim muszą być one wyraźnie określone przez zamawiających, co służy jawności i przejrzystości postępowania. Dlatego nie można uznać, iż wymóg, który nie został przez Zamawiającego wyraźnie określony jako warunek udziału w postępowaniu, jest warunkiem udziału w postępowaniu lub powoduje zmianę tych warunków. Natomiast, nawet jeżeli uznać ten wymóg za nieujęty wcześniej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to należy stwierdzić, iż zmienia on jedynie wymogi dotyczące wykonania zamówienia ujęte w opisie przedmiotu zamówienia lub warunkach umowy, a ich zmiana nie powoduje konieczności unieważnienia postępowania.

Ponieważ nie stwierdzono naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, nie stwierdzono tym samym naruszenia art. 7.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....