

Sygn. akt: KIO/UZP 36/09

POSTANOWIENIE
z dnia 22 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ ~~rozprawie~~^{*} w dniu ~~w dniach~~^{*} 22 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **FUJITSU-SIEMENS COMPUTERS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Flisa 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polską Grupę Energetyczną S.A. z siedzibą w Lublinie, ul. Garbarska 21A** protestu ~~/protestów~~^{*} z dnia **23 grudnia 2008 r.**

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, xxx – po stronie zamawiającego^{*}.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża FUJITSU-SIEMENS COMPUTERS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Flisa 4 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero

- groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **FUJITSU-SIEMENS COMPUTERS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Flisa 4;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **FUJITSU-SIEMENS COMPUTERS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Flisa 4** na rzecz **Polską Grupę Energetyczną S.A. z siedzibą w Lublinie, ul. Garbarska 21A**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika;
 - 3) dokonać wpłaty kwoty xxx (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **FUJITSU-SIEMENS COMPUTERS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Flisa 4.**

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

Postępowanie o zamówienie publiczne sektorowe w trybie przetargu ograniczonego na zakup licencji stanowiskowych oraz serwerowych w ramach programu Microsoft Enterprise Agreement na okres trzech lat zostało wszczęte przez Polską Grupę Energetyczną S.A. z siedzibą w Lublinie, ul. Garbarska 110 ogłoszeniem o zamówieniu publicznym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 sierpnia 2008r. za numerem 2008/S 152-205379.

W dniu 5 listopada 2008r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty firmy FUJITSU-Siemens Computers sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Flisa 4-zwaną dalej Odwołującym Wybór oferty najkorzystniejszej stał się ostateczny z dniem 29 listopada 2008r. W dniu 16 grudnia 2008r. Zamawiający wezwał Odwołującego do podpisania umowy, doręczonym w dniu 19 grudnia 2008r., w terminie 7 dni od daty otrzymania pisma pod rygorem zatrzymania wadium oraz wybrania kolejnej oferty spośród ofert złożonych lub unieważnienia postępowania oraz do przygotowania dla każdego z podmiotów wymienionych w rozdziale I specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) podpisanych projektów umowy, uwzględniających rozliczenia oraz rodzaje i ilość oprogramowania, a także wartość dla każdego z podmiotów.

Z tą czynnością nie zgodził się Odwołujący i w dniu 23 grudnia 2008r. złożył protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058 – dalej ustawy) tj. zasady przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz art. 9 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasady pisemności postępowania w związku z art. 139 ust. 2 ustawy, a z treści

uzasadnienia wynika, że także art. 16 ust. 1 ustawy tj. prowadzenia postępowania przez Zamawiającego i art. 355 § 1 kc w związku z art. 14 ustawy poprzez niezachowanie należytej staranności tj. nie przedstawienie bieżącej listy podmiotów, z którymi ma być zawarta umowa oraz sposobu umocowania osób, które będą podpisywać umowę. Odwołujący wniósł o uchylenie czynności objętej wezwaniem i stworzenie warunków materialno-technicznych do prawidłowego podpisania i zawarcia umów w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony. Wskazał, że jest żywo i zainteresowany zawarciem umów w sposób zgodny z przepisami prawa.

W dniu 2 stycznia 2009r. Zamawiający rozstrzygnął protest i oddalił go w całości. Podniósł, że dokonał czynności prawidłowo i zgodnie z przepisami prawa. Zamawiający stwierdził, że przekazał Odwołującemu wszelkie informacje związane z podziałem ilości licencji wraz z danymi kontaktowymi i teleadresowymi spółek, z którymi miały zostać zawarte przyszłe umowy. Dane te zostały przekazane panom Zbigniewowi P. i Piotrowi K., jednak Odwołujący w odpowiedzi nie podjął żadnych działań i unikał z Zamawiającym kontaktu. Wskazał także, iż w dniu 12 grudnia 2008r. doszło do spotkania trójstronnego pomiędzy Zamawiającym, Odwołującymi i spółką Microsoft Polska w sprawie podpisania umów, ale obecny przedstawiciel Odwołującego stwierdził, że nie jest osobą decyzyjną w zakresie podpisania umów, z czego Zamawiający wywiódł, że Odwołujący nie ma zamiaru zawarcia umów. Zamawiający uznał, że nie naruszył art. 9 ust. 1 ustawy, gdyż w formie innej niż pisemna utrzymywano tylko kontakty robocze, które miały służyć przyspieszeniu procedur związanych z podpisaniem umów, również Odwołujący w tym zakresie kontaktował się z Zamawiającym w taki sam sposób. W dniu 12 stycznia 2009r. Odwołujący wniósł odwołanie podtrzymując dotychczasowe zarzut i rozszerzając je o zarzut naruszenia art. 46 ust. 5 ustawy oraz wniósł o unieważnienie czynności polegającej na wezwaniu do zawarcia w terminie 7 dni umów w sprawie realizacji zamówienia, pod rygorem zatrzymania wadium oraz wybrania kolejnej oferty spośród ofert złożonych lub unieważnienia postępowania, z jednoczesnym zobowiązaniem do przygotowania i podpisania umów z każdym z podmiotów wymienionych w rozdziale I siwz, obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem przedłożonym na rozprawie. Nie zgodził się ze stanowiskiem, że obowiązek przygotowania umów ciążył na Odwołującym, gdyż nie wynika to z postanowień siwz w zakresie formalności jakie powinny być dokonane przed podpisaniem umowy, Zamawiający tylko raz w dniu 19 grudnia 2008r. wzywał do podpisania umowy, Odwołując nie uchyła się od zawarcia umów, więc nie ma podstaw do zatrzymania wadium.

Zarówno protest jak i odwołanie zostały podpisane przez wiceprezesa Zarządu Odwołującego i prokurenta ujawnionych w odpisie z KRS załączonym do odwołania, zgodnie

ze wskazaną tam reprezentacją Kopia odwołania została Zamawiającemu przekazana w dniu 12 stycznia 2009r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

W dokumentacji postępowania znajdują się 33 pełnomocnictwa dla Zamawiającego, działającego jako Zamawiający wspólnie prowadzący postępowanie, które w swojej treści nie obejmują upoważnienia do podpisania umów o zamówienie publiczne, natomiast dotyczą poszczególnych etapów postępowania do wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania, w tym także do reprezentowania Zamawiających w postępowaniach protestacyjnych, odwoławczych i skargowych. Zamawiający prowadzi postępowanie w imieniu własnym oraz na rzecz i w imieniu spółek : Elektrociepłownia Gorzów S.A. z siedzibą Gorzowie Wielkopolskim, Elektrociepłownia Lublin-Wrotków sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, Elektrociepłownia Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, PSE-Electra S.A. z siedziba w Warszawie, Lubzel Dystrybucja sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, Lubelskie Zakłady Energetyczne S.A. z siedzibą w Lublinie, ŁZE Dystrybucja sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, PGE Dystrybucja Rzeszów sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, Zakład Energetyczny Łódź-Teren S.A. z siedzibą w Łodzi, ZEB Dystrybucja sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, Zakłady Energetyczne Okręgu Radomsko-Kieleckiego Dystrybucja sp. z o.o. z siedzibą w Skarżysku Kamiennej, Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz S.A. z siedziba w Bydgoszczy, Zespół Elektrowni Dolna Odra S.A. z siedziba w Nowym Czarnowie, Zakład Energetyczny Warszawa-Teren S.A. z siedzibą w Warszawie, ZKE Dystrybucja sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, Zamojska Korporacja Energetyczna S.A. z siedzibą w Zamościu, Polskie Sieci Elektroenergetyczne – Info sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polskie Sieci Elektroenergetyczne – Wschód S.A. z siedzibą w Radomiu, Polskie Sieci Elektroenergetyczne – Zachód S.A. z siedzibą w Poznaniu, Polskie Sieci Elektroenergetyczne – Południe S.A. z siedzibą w Katowicach, Polskie Sieci Elektroenergetyczne – Centrum S.A. z siedzibą w Warszawie, Polskie Sieci Elektroenergetyczne – Północ S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, EPC S.A. z siedzibą w Warszawie, BOT Kopalnia Węgla Brunatnego S.A. z siedzibą w Rogowcu, BOT Górnictwo i Energetyka S.A. z siedzibą w Łodzi, BOT Elektrownia Turów S.A. z siedzibą w Bogatyni, ZEW-T Dystrybucja sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zakład Energetyczny Białystok S.A. z siedzibą w Białymstoku, MEGAZEC sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, BOT Kopalnia Węgla Brunatnego Turów S.A. z siedzibą w Bogatyni, BOT Elektrownia Opole S.A. z siedzibą w Brzeziu k. Opola, BOT Elektrownia Bełchatów S.A. z siedzibą w Rogowcu, Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie. Wszyscy ci Zamawiający zostali określani w rozdziale I do siwz przez podanie danych adresowych oraz danych dotyczących zarejestrowania spółek w KRS. W pkt 4 tegoż rozdziału Zamawiający zawarł postanowienie, że z wykonawcą, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert,

każdy z Zamawiających indywidualnie podpisze Umowę w sprawie zamówienia publicznego według wzoru określonego w załączniku nr IV do siwz, na warunkach określonych w przedmiotowym postępowaniu (z wyłączeniem Zamojskiej Korporacji Energetycznej S.A. oraz Lubelskich Zakładów Energetycznych S.A. – na produkty zamówione dla tych spółek umowy podpiszą odpowiednio ZKE Dystrybucja sp. z o.o. oraz LUBZEL Dystrybucja sp. z o.o. w ramach podpisanych pomiędzy powyższymi spółkami umów w dziedzinie informatyki. W rozdziale IV określono terminy wykonania zamówienia uwzględniając dwa terminy realizacji. W ramach tych grup wskazano, że spółki zobowiązane będą do dokonania niezbędnych rozliczeń za okres „luki czasowej” zgodnie z Załącznikiem II do siwz oraz że dla spółek posiadających aktywne umowy ustanowiona zostanie rekompensata za odpowiedni okres zgodnie z załącznikiem nr II do siwz. Zgodnie z rozdziałem V pkt 4 siwz postępowanie było prowadzone w formie pisemnej, przy czym Zamawiający dopuścił formę komunikacji faksowej oraz drogą elektroniczną z obowiązkiem potwierdzenia otrzymania. Postanowienia rozdziału XII – Formalności po wyborze najkorzystniejszej oferty – nie przewidywały określenia, która ze stron Odwołujący czy Zamawiający mają na podstawie załącznika nr IV do siwz opracować poszczególne projekty umów ze wszystkim Zamawiającymi.

W dniu 27 listopada 2008r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego e-mailem o podanie:

- nr MBSA umowy z MS,
- nr umowy Enterprice,
- NIP zakładu, na który ma być rejestracja,
- dane osoby pierwszego kontaktu – firma, imię, nazwisko, pełny adres, telefon, faks, nip zakładu pracy,
- dane osoby do powiadomień on-line,
- raportu ilościowego aktualnie posiadanych licencji, w każdej z jednostek grupy.

Na to pismo Zamawiający w dniu 1 grudnia 2008r. odpowiedział, że listę kontaktową spółek wraz z rozbiem licencji prześle w następnym dniu, do końca dnia.

W dniu 2 grudnia 2008r. Zamawiający poinformował Zarządy spółek Grupy Kapitałowej PGE o wybranym wykonawcy, o obowiązku zawarcia umowy z tym wykonawcą, o tym, że wykonawca wybrany został zobowiązany do przygotowania ostatecznej treści umów oddzielnie dla każdej spółki biorącej udział w postępowaniu uwzględniają dedykowany danej spółce zakres zamówienia oraz kwestie dotyczące rekompensat i wynagrodzenia, a następnie do przedłożenia ich spółkom w celu weryfikacji i podpisania. Zarządy spółek Grupy Kapitałowej zostały także poinformowane o tym, że przedstawicielem wykonawcy wybranego jest Pan Zbigniew P., a umowę należy zawrzeć do dnia 29 grudnia 2008r. tj. w terminie związania ofertą.

W dniu 3 grudnia 2008r. Zamawiający przekazał Odwołującemu dane dotyczące rozbitcia licencji produktów na poszczególne spółki oraz dane kontaktowe osób, z którymi należy ustalać kwestię podpisywania umów.

W dniu 8 grudnia 2008r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z prośbą o informację o stanie zaawansowania prac nad umowami, bo powziął wiadomość, że z Odwołujący nie można się skontaktować oraz poprosił o przekazanie danych osób kontaktowych ze strony Odwołującego wraz z informacją w jaki sposób i kiedy będą zawierane umowy. W dniu 9 grudnia 2008r. ponowił swoją prośbę.

W dniu 10 grudnia 2009r. Odwołujący drogą elektroniczną odpowiedział na wcześniejszą korespondencję Zamawiającego wskazując, że prosi o przekazania edytowalnej wersji wzoru umowy – załącznika nr IV oraz załączników od 1 do 6 do siwz, a ponadto podniósł, że w jego dotychczasowej praktyce w przypadku postępowań prowadzonych w ramach ustawy, to Zamawiający zawsze przygotowywał tekst umowy literalnie zgodny ze wzorem umowy i przekazywał Wykonawcy do podpisania. Ponadto poinformował Zamawiającego, że weryfikuje we własnym zespole prawnym czy jakiegokolwiek inne działanie jest tu dopuszczalne. Zwrócił się także z prośbą o stosowanie formy pisemnej zapewniającej sprawną komunikację.

W dniu 16 grudnia 2008r. Zamawiający wezwał Odwołującego do zawarcia umów w terminie 7 dni od otrzymania przedmiotowego pisma wskazując na zobowiązanie Odwołującego do rozliczenia dotychczasowych umów oraz zobowiązań Odwołującego do przygotowania dla każdego Zamawiającego podpisanych przez Odwołującego projektów umów uwzględniających rozliczenia, rodzaje i ilość oprogramowania dla każdego Zamawiającego. Wskazał, że niezbędne informacje do tego celu Odwołujący otrzymał od Departamentu Teleinformatyki PGE S.A. i poinformował, że nie podpisanie umowy w wyznaczonym terminie spowoduje, że Zamawiający na podstawie art. 46 ust. 5 ustawy będzie uprawniony do zatrzymania wadium w wysokości 400 000 zł, oraz wybrania kolejnej oferty spośród pozostałych ofert, które wpłynęły w postępowaniu lub unieważnienia postępowania.

Wskazał, że nie otrzymał odpowiedzi od Odwołującego na wezwanie do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. W dniu 8 stycznia 2009r. Odwołujący złożył pismo zawierające oświadczenie o przedłużeniu terminu związania oferta do dnia 13 stycznia 2009r.

Izba zważyła, co następuje :

Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki z art. 187 ust. 4 ustawy skutkujące odrzuceniem odwołania, a konkretnie protest został wniesiony z uchybieniem 180 ust. 2 ustawy. Z tego względu Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy.

W pierwszej kolejności zachodzi konieczność ustalenia kręgu przepisów prawnych mających zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 7 sierpnia 2008r. Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.08.171.1058) do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym cytowaną ustawą. Ustawa ta weszła w życie w dniu 24 października 2008r. W przedmiotowym postępowaniu protest został wniesiony w dniu 23 grudnia 2008r., a więc po wejściu w życie ustawy z dnia 4 września 2008r. Zatem do odwołania z dnia 12 stycznia 2009r. będą mieć zastosowanie przepisy częściowo w brzmieniu znowelizowanym, a częściowo w brzmieniu dotychczasowym. Dla oceny terminowości wniesienia protestu ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy w brzmieniu znowelizowanym. Rację zatem należy przyznać Zamawiającemu, że początkiem biegu terminu do wniesienia protestu jest moment, w którym Odwołujący powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu. W przedmiotowej sprawie okolicznością stanowiącą podstawę do wniesienia protestu jest wyrażenie przez Zamawiającego Odwołującemu przekonania, iż obowiązek przygotowania projektów umów spoczywa na Odwołującym. Ta okoliczność budzi bowiem spór pomiędzy stronami. O tej okoliczności Odwołujący powziął wiadomość z korespondencji kierowanej drogą elektroniczną przez Zamawiającego do Odwołującego. Wskazać należy, że w rozdziale V pkt 4 siwz Zamawiający wskazał, że postępowanie miało być prowadzone w formie pisemnej, przy czym Zamawiający dopuścił formę komunikacji faksowej oraz drogą elektroniczną z obowiązkiem potwierdzenia otrzymania. Bezsporne jest, że obie strony wykorzystywały formę komunikacji elektronicznej: Odwołujący w e-mailach z dnia 27 listopada 2008r i 10 grudnia 2008r., zaś Zamawiający w e-mailach z dnia 1 grudnia 2008r., 3 grudnia 2008r., 9 grudnia 2008r. i 10 grudnia 2008r. Zatem powzięcie wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę protestu Odwołujący mógł powziąć ze wskazanej korespondencji e-mail. O tym, że Odwołujący uważa za niezgodne z ustawą działanie Zamawiającego polegające na żądaniu opracowania projektów umów świadczy zdanie użyte przez Odwołującego w e-mailu z dnia 10 grudnia 2008r. tj. „W naszej dotychczasowej praktyce w przypadku postępowań prowadzonych w ramach PZP to Zamawiający zawsze przygotowywał tekst umowy literalnie zgodny ze wzorem umowy i przekazywał Wykonawcy do podpisania – weryfikujemy w naszym zespole prawnym czy jakiegokolwiek inne działanie jest tu dopuszczalne”. Wskazuje ono, że najpóźniej z tą datą tj. 10 grudnia 2008r. Odwołujący już wiedział, że Zamawiający zamierza wyegzekwować od Odwołującego obowiązek przygotowania projektów umów, a więc od tej daty należy przyjąć istnienie po stronie Odwołującego świadomości o okolicznościach stanowiących podstawę protestu,

a zatem zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy termin na wniesienie protestu rozpoczął swój bieg w dniu 11 grudnia 2008r. i zakończył w dniu 20 grudnia 2008r. (w sobotę nie uznawaną za dzień ustawowo wolny od pracy). Wobec powyższych ustaleń Izba uznała protest wniesiony w dniu 23 grudnia 2008r. za wniesiony z uchybieniem terminu określonego w art. 180 ust. 2 ustawy i w konsekwencji na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy była zobligowana do odrzucenia odwołania. Na marginesie Izba wskazuje, że obowiązkiem Izby jest każdorazowo zbadanie przesłanek określonych w art. 187 ust. 4 ustawy, a więc nie zależnie od tego czy Zamawiający prawidłowo dostrzegł istnienie takiej podstawy lub jej braku, Izba i tak ma obowiązek tę okoliczność skontrolować. Podnoszony zatem przez Odwołującego argument, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający uznawał protest za wniesiony w terminie, gdyż rozstrzygnął go merytorycznie przez oddalenie, nie konwaliduje czynności Odwołującego dokonanej z uchybieniem terminowi zawitemu na wniesienie protestu.

Mając powyższe na uwadze Izba odrzuca odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Izba uznała za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika w kwocie 3 600 zł na podstawie przedłożonego rachunku stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.(Dz. U. nr 128 poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejsze wyrok/postanowienie* -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....