

Sygn. akt KIO/UZP 108/07

WYROK
z dnia 24 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sadowy Stanisław
Członkowie: Rakowska Małgorzata
Wiśniewska Agnieszka
Protokolant: Nowicka Dorota

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu /~~w dniach~~* 24.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Telekomunikacja Polska S.A., 00-014 Warszawa, ul. Moniuszki 1 A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, 00-014 Warszawa, Al. Jana Pawła II 70** protestu /~~protestów~~* z dnia 17.12.2007 r.

przy udziale **Konsorcjum: Crowley Data Poland Sp. z o.o. z Warszawy, ATM S.A., ComArch S.A** oraz **Konsorcjum: EXATEL S.A. z Warszawy, Telekomunikacja Kolejowa Sp. z o.o. z Warszawy** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 . Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Telekomunikacja Polska S.A., 00-014 Warszawa, ul. Moniuszki 1 A**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery zł) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Telekomunikacja Polska S.A., 00-014 Warszawa, ul. Moniuszki 1 A**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć zł) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Telekomunikacja Polska S.A., 00-014 Warszawa, ul. Moniuszki 1 A**

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

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie działając w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”, wszczęło w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup usług telekomunikacyjnych, przesyłu danych z usługami dodatkowymi oraz zestawienie łączy teletransmisyjnych” - nr sprawy: BZP-2610-25/2007.

W dniu 11.12.2007 r. Zamawiający zawiadomił Telekomunikację Polską S.A. z siedzibą w Warszawie, zwaną dalej „Odwołującym” o wykluczeniu ww. wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. W zawiadomieniu tym Zamawiający podał, iż wykluczenia dokonał na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, z powodu nie wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą. Ponadto wskazał, iż pismem z dnia 22.11.2007 r. wezwał wykonawców, w tym również Odwołującego, do przedłużenia ważności wadium wniesionego w formie gwarancji o okres zawieszenia biegu terminu związania

ofertą, tj. o okres 30 dni, czyli do dnia 01.01.2008 r. lub złożenia nowego wadium, pod rygorem wykluczenia z postępowania. Ponadto, w zawiadomieniu tym Zamawiający podał, iż – jak wskazał w ww. wezwaniu z dnia 11.12.2007 r., oryginał przedłużenia ważności wadium lub nowego wadium należało złożyć najpóźniej ostatniego dnia obowiązywania wadium, tj. do dnia 30.11.2007 r. w Kancelarii głównej Zamawiającego, przy ul. Żelaznej w Warszawie.

Wobec wyżej wymienionej czynności wykluczenia, Odwołujący wniósł w dniu 17.12.2007 r. protest. W proteście tym zawarł zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, iż - zdaniem Odwołującego – oferta którą złożył, zabezpieczona była wadium na wydłużony okres związania ofertą.

Jednocześnie, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł w proteście, w szczególności, iż – w jego ocenie – oferta, którą złożył jest zabezpieczona wadium, w tym na przedłużony okres związania ofertą do dnia 01.01.2008 r., aczkolwiek oryginał wadium został złożony w siedzibie Zamawiającego w dniu 11.12.2007 r., a więc po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego. Okoliczność ta, zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie nie ma znaczenia, decydujący bowiem jest fakt wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą, a nie fakt doręczenia jego oryginału Zamawiającemu. W ocenie Odwołującego, obowiązek przekazania dokumentu wadium nie wynika z przepisów prawa, a jego oferta jest i była nieprzerwanie zabezpieczona wadium, zaś uprawnienia Zamawiającego oraz jego interes przejawiające się w możliwości zatrzymania wadium, w przypadku nie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez wykonawcę, którego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, nie zostały naruszone.

Na skutek wezwania skierowanego przez Zamawiającego do wykonawców, w dniu 21.12.2007 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpili, po stronie Zamawiającego, następujący wykonawcy:

- Konsorcjum firm: Exatel SA (Lider) i Telekomunikacja Kolejowa Sp. z o.o. - siedzibą w Warszawie oraz
- Konsorcjum firm: Crowley Data Poland Sp. z o.o. z s. w Warszawie (Lider), ATM S.A. z s. w Warszawie, Comarch S.A. z s. w Krakowie.

Rozstrzygnięciem protestu z dnia 21.12.2007 r. Zamawiający oddalił protest i w tej dacie przekazał treść rozstrzygnięcia Odwołującemu oraz wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wniósł w dniu 27.12.2007 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty zawarte w proteście: naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Jednocześnie wniósł

o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

W dniu 21.01.2008 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosiło Konsorcjum firm: Exatel SA (Lider) i Telekomunikacja Kolejowa Sp. z o.o., a w dniu 23.01.2008 r.- Konsorcjum firm: Crowley Data Poland Sp. z o.o. (Lider), ATM S.A., Comarch S.A.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie należało oddalić, bowiem nie potwierdziły się zarzuty w nim zawarte.

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

Zamawiający pismem z dnia 22.11.2007r. zasadnie wezwał wykonawców do przedłużenia ważności wadium, bądź złożenia nowego wadium, wypełniając tym dyrektywę art. 181 ust. 2a ustawy. Równocześnie zastrzegł, że nie spełnienie tego wymogu skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania o zamówienie. Warunkiem skuteczności przedłużenia wadium lub złożenia nowego wadium było, zgodnie z treścią pisma Zamawiającego, złożenie dowodu – dokumentu potwierdzającego fakt przedłużenia wadium lub wniesienia nowego wadium. Ustalono, iż Odwołujący zabezpieczył złożoną ofertę wadium w postaci gwarancji bankowej na okres od dnia 20.08.2007r. do 03.12.2007r.

Zamawiający w swoim piśmie zawarł ponadto warunek, że dokument potwierdzający przedłużenie wadium należy złożyć w formie oryginału najpóźniej do dnia 30.11. 2007r. w Kancelarii Głównej Zamawiającego. Taki warunek nie mieści się w treści art. 181 ust. 2 a pzp, to jest w takim zakresie w jaki nakazuje przedłużenie wadium wcześniej niż wynika to ze złożonych gwarancji wadium lub innych form zabezpieczenia wadium. Nie mniej jednak wadium ma zabezpieczać cały okres związania ofertą, zatem, w przypadku Odwołującego winien on przedłużyć ważność wadium poprzez złożenie stosownego dokumentu, bądź wniesienie wadium w pieniądzu, nie później niż w ostatnim dniu terminu ważności posiadanego przez Zamawiającego zabezpieczenia wadium, w tym przypadku w dniu 03.12.2007 r. Bezpodstawne jest twierdzenie Odwołującego, że w okresie tym nie był obowiązany przedłożyć dokumentu stanowiącego dowód posiadania wadium w całym okresie związania ofertą, w tym w przedłużonym okresie związania. Zamawiającemu nie wolno domniemywać faktów, które mogłyby się okazać korzystne dla wykonawców, ani twierdzić na podstawie innych dokumentów niż załączone do oferty, że wykonawca ma prawo uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego też względu to Odwołujący był obowiązany wykazać Zamawiającemu, że przedłużył ważność wadium. W braku takiego dowodu Zamawiający prawidłowo ustalił, że oferta Odwołującego

od dnia 04.12.2007r. nie jest zabezpieczona wadium. Ustawodawca w art. 45 pzp wyraźnie i odmiennie niż przepisy kodeksu cywilnego wskazuje, że wadium ma być wniesione, a nie jak twierdzi Odwołujący ustanowione. Przepisy kodeksu cywilnego zgodnie normą art. 14 pzp mogą być stosowane odpowiednio tylko wtedy gdy ustawa nie reguluje danej kwestii. W przypadku wadium fakt wnoszenia go do Zamawiającego wynika z ustawy pzp, a nie z Kodeksu cywilnego. Ciężar dowodowy zatem wykazania faktu, że Odwołujący zabezpieczył postępowanie wadium obciążał Odwołującego, gdyż to on wywodził z tego skutki prawnego (art. 6 kc). Należy stwierdzić, że Zamawiający zasadnie wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp.

Odwołujący nie wykazał także naruszenia art. 7 ust. 1 pzp, co w wyznaczonych protestem granicach zaskarżenia nie dało podstaw do uwzględnienia odwołania.

Podniesiony przez Odwołującego na rozprawie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pzp nie został podniesiony w proteście, jak również nie mieści się w kategorii zarzutów branych przez Izbę pod uwagę z urzędu art. 191 ust. 3 pzp, tym samym nie był przedmiotem rozpoznania.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp.

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*