

POSTANOWENIE
z dnia 14 października 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 14 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **D-Link Polska Sp. z o.o., 00-850 Warszawa, ul. Waliców 11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, 00-175 Warszawa, Al. Jana Pawła II 70** protestu z dnia 8 września 2008r.

przy udziale **Asseco Poland S.A 35-307 Rzeszów, ul. Armii Krajowej 80** oraz **Sygnity S.A, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża D-Link Polska Sp. z o.o., 00-850 Warszawa, ul. Waliców 11

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 **D-Link Polska Sp. z o.o., 00-850 Warszawa, ul. Waliców 11,**

- 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 złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **D-Link Polska Sp. z o.o., 00-850 Warszawa, ul. Waliców 11.**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09.08.2008r. pod poz. 2008/S 154 – 208163.

Zamawiającym jest Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Al. Jana Pawła II 70, Warszawa zwany dalej "Zamawiającym".

Przedmiotem zamówienia prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego jest "Rozbudowa przełączników sieciowych w centralnych serwerowniach oraz dostawa routerów i przełączników sieciowych do modernizacji infrastruktury teleinformatycznej ARiMR wraz z odbiorem dotychczas eksploatowanych przez Agencję części urządzeń".

Pismem z dnia 08.09.2008r. D-Link (Polska) Sp. z o.o. ul. Waliców 11, 00-850 Warszawa zwany dalej "Odwołującym" złożył protest do Zamawiającego na decyzję wykluczenia z postępowania, zarzucając naruszenie art.7 ust.1 w związku z art. 26 ust. 3 i art. 50 ustawy z dnia 29.01.2004r. (j.t. Dz.U. 2007r. Nr 223, poz.1655) zwanej dalej "ustawą Pzp", przez co

uniemożliwił zakwalifikowanie się do dalszego postępowania, a w konsekwencji złożenia oferty i pozyskania zamówienia.

W złożonym proteście Odwołujący domagał się :

1. unieważnienia decyzji o wykluczeniu,

2

2. powtórzenia czynności badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie w postępowaniu,
3. ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wraz z określeniem jednakowego terminu do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń,
4. ponownej kwalifikacji wykonawców, którzy złożyli kompletne wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący przedstawił następującą argumentację faktyczno - prawną.

Odwołujący mając na uwadze, że nigdy nie otrzymał od Zamawiającego faxu z dnia 21.09.2008r. z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stwierdza, że podejmowane przez Zamawiającego wobec niego czynności, naruszają podstawowe zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący dopiero faktycznie w dniu 25.09.2008r. o godz. 14.30 otrzymał za pośrednictwem operatora pocztowego, wezwanie do uzupełnienia dokumentów w terminie do dnia 26.09.2008r. W związku z tym, w tym samym dniu, Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o wydłużenie terminu. Z kolei Zamawiający nie udzielił na to pismo Odwołującego odpowiedzi. Dopiero pismem z dnia 01.09.2008r., doręczonym w dniu 02.09.2008r. zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu z postępowania z tego powodu. Sam Zamawiający przyznał, że pozostali wykonawcy pismo otrzymali w dniu 21.08.2008r. czyli już z tego wynika, nierówne traktowanie wykonawcy, gdzie jedni wykonawcy na usunięcie braków otrzymują kilka dni, a Odwołujący otrzymuje kilkanaście godzin.

Zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający pismem z dnia 10.09.2008r. przekazał kopie protestu wykonawcom, wzywając ich do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym.

Do postępowania protestacyjnego na podstawie art. 181 ust. 4 ustawy Pzp przystąpili następujący wykonawcy:

1. Sygnity S.A. Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa pismem z dnia 11.09.2008r. zgodnie z art. 181 ust. 5 ustawy Pzp wnosząc o oddalenie protestu oraz wskazując na swój interes prawny w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.
2. ABG Spółka Akcyjna Al. Jerozolimskie 123 A, 02-017 Warszawa pismem z dnia 12.09.2008r. zgodnie z art. 181 ust. 5 ustawy Pzp wnosząc o oddalenie protestu oraz wskazując na swój interes prawny w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

3

Zamawiający pismem z dnia 15.09.2008r. zawiadomił na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp Odwołującego o odrzuceniu protestu, jako wniesionego po terminie.

Według Zamawiającego podstawą odrzucenia protestu jest art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym protest wnosi się na czynności podejmowane w toku postępowania przez Zamawiającego w terminie 7 dni. Skoro o czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący został powiadomiony w dniu 25.08.2008r., to termin ten upłynął w dniu 01.09.2008r.

Z ostrożności procesowej Zamawiający odniósł się do zarzutów zawartych w proteście. Po pierwsze odpowiadając na zarzut nierównego traktowania to wskazał, że w tym samym dniu kolejno wezwał trzech wykonawców do uzupełnienia dokumentów to jest: D-Link (Polska) Sp. z o.o., Sygnity S.A., NextiraOne Polska Sp. z o.o. śaden, oprócz protestującego nie kwestionował otrzymania faxu oraz nie wnosił o wydłużenie wyznaczonego terminu na uzupełnienie brakujących dokumentów.

Według Zamawiającego, nie ma on uprawnienia do przedłużenia terminu wezwania, ponieważ po pierwsze stanowiło by to kolejne wezwanie, a po drugie stanowiło to by

uprzywilejowanie Odwołującego wobec pozostałych wykonawców.

Poza tym Zamawiający wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu znane były od 06.08.2008r. to jest od dnia ukazania się ogłoszenia. Natomiast składający protest nie dołączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumentów o charakterze podstawowym, to jest takich jak: wypisy z KRK, zaświadczenia z US, zaświadczenie z ZUS lub KRUS, wykaz wykonanych usług oraz wykaz osób posiadających uprawnienia CCIE lub równoważne. Odwołujący jako podmiot profesjonalny, powinien spodziewać się wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Pismem z dnia 18.09.2008r. Odwołujący na podstawie art. 184 ustawy Pzp wniósł odwołanie wnosząc i wywodząc jak w proteście.

Odwołujący podniósł, argumentację formalno - prawną na wykazanie nierównego traktowania wykonawców, wobec skutecznego wezwania poszczególnych wykonawców w różnych terminach. Zakwestionował prawo do wyznaczania terminu bez uwzględnienia możliwości realnych uzupełnienia brakujących dokumentów. Nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciu protestu, że podstawą do zaskarżenia czynności Zamawiającego było otrzymanie w dniu 25.08.2008r, wezwania do usunięcia brakujących dokumentów. Zdaniem Odwołującego skoro w dniu 25.08.2008r, złożył do Zamawiającego wniosek o przedłużenie terminu, to spełnił wymogi starannego zachowania i miał prawo w dobrej wierze oczekiwać na decyzję w tym zakresie Zamawiającego. Natomiast dopiero decyzja Zamawiającego o wykluczeniu jego z postępowania stanowiła początek biegu terminu do wniesienia protestu na czynność Zamawiającego stanowiącą

4

odpowiedź na jego wniosek z dnia 25.08.2008r. o przedłużenie terminu na złożenie brakujących dokumentów i oświadczeń.

Pismem z dnia 24.09.2008r. ABG Spółka Akcyjna na podstawie art. 184 ust. 4 ustawy Pzp przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i wskazując na swój interes prawny w przystąpieniu, gdyż uwzględnienie zarzutów mogłoby uniemożliwić ABG uzyskanie zamówienia.

Pismem z dnia 02.10.2008r. Sygnity Spółka Akcyjna przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie, ewentualnie odrzucenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Na podstawie przedłożonej do akt sprawy dokumentacji przetargowej ustalono, co następuje:

Zamawiający pismem z dnia 20.08.2008r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, które zgodnie z Ogłoszeniem o zamówieniu powinny być załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W piśmie tym Zamawiający wymienił dokumenty, które powinny być dostarczone, wymienając je w sześciu pozycjach pisma.

Zamawiający określił termin wykonania wezwania na dzień 26 sierpnia 2008r.

Według oświadczenia Zamawiającego na posiedzeniu, wysłał on w dniu 21.08.2008r. pismo do Odwołującego faxem na nr 022 58 39 276, który odpowiadał numerowi faxu, podanemu przez Odwołującego, we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający również o podobnej treści wezwania do uzupełnienia dokumentów wysłał do innych wykonawców (Sygnity, NextiraOne).

5

Na posiedzeniu, Odwołujący potwierdził, że podany przez Zamawiającego nr faxu jest jego

numerem, ale zaprzeczył, że otrzymał kiedykolwiek sporne pismo z dnia 20.08.2008r. na numer faxu podany we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Natomiast Odwołujący potwierdził otrzymanie wezwania z dnia 20.08.2008r. w dniu 25.08.2008r. drogą pocztową.

W aktach dokumentacji przetargowej znajduje się pismo z dnia 25.08.2008r. pod nazwą Wniosek, skierowany do Zamawiającego od Odwołującego, podpisany przez pana Michała D. ustanowionego do przedmiotowego postępowania pełnomocnika.

Z treści pisma wynika między innymi, że pismo Zamawiającego z dnia 20.08.2008r. zostało doręczone w dniu 25.08.2008r., że Odwołujący wnosi o przedłużenie terminu uzupełnienia dokumentów o 30 dni to jest do 26.09.2008r., że nie jest w stanie wykonać wezwania Zamawiającego w ciągu jednego dnia oraz, że pełnomocnicy Odwołującego musieli pilnie wyjechać w celach służbowych poza granice kraju na dwa tygodnie i nie ma kto reprezentować firmy.

Na podstawie dokumentacji przetargowej ustalono również, że Zamawiający nie udzielił odpowiedzi Odwołującemu, w tym nie podjął decyzji o przedłużeniu terminu na uzupełnienie dokumentów przez Odwołującego.

Odwołujący nie złożył do dnia 26.08.2008r. brakujących dokumentów, a Zamawiający pismem z dnia 01.09.2008r. wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Na powyższą czynność Zamawiającego, Odwołujący złożył protest, wnosząc między innymi o unieważnienie wykluczenia jego z postępowania, który to protest Zamawiający odrzucił, a następnie złożył odwołanie, o którego odrzucenie wnioskuje Zamawiający.

Skład orzekający zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wzywa do uzupełnienia brakujących dokumentów i oświadczeń, wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wyznaczając w tym celu termin do wykonania uzupełnienia.

6

Takiej czynności w przedmiotowym postępowaniu podjął się Zamawiający wobec Odwołującego wyznaczając mu termin na uzupełnienie dokumentów do dnia 26.08.2008r.

Odwołujący nie wykonał wezwania, a tylko złożył pismo do Zamawiającego o odroczenie terminu wezwania.

Tym samym w ocenie Izby Odwołujący świadomie naraził się na ryzyko wykluczenia jego z postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie wykonując polecenia Zamawiającego.

Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to Zamawiający wyznacza termin na uzupełnienie i nie podlega on negocjacji na skutek wniosku wykonawcy. Termin pozostaje w dyspozycji Zamawiającego i dopóki Zamawiający nie zmieni terminu, wykonawca ma obowiązek przestrzegać terminu, a nie zachowując go musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami swojego zaniechania. Milczenie Zamawiającego nie może być uznane za zgodę na przedłużenie terminu.

Natomiast, jeżeli wykonawca czuł się dyskryminowany wyznaczonym terminem, to powinien na tę czynność złożyć protest i termin na złożenie protestu biegł od dnia 25.08.2008r., kiedy to dowiedział się o wyznaczonym terminie na uzupełnienie. Odwołujący w takiej sytuacji powinien był wykazać, że został nierówno potraktowany, gdyż innym wykonawcom wyznaczono dłuższe terminy, oraz powołać się na okoliczności obiektywne powodujące, że termin określony przez Zamawiającego jest niemożliwy do dotrzymania przez przeciętnego wykonawcę biorącego udział w postępowaniu.

Siedem dni na złożenie protestu minęło w dniu 01.09.2008r. Tak więc protest złożony w dniu 08.09.2008r. jest protestem złożonym po terminie i podlega odrzuceniu na podstawie art.

180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że protest został wniesiony z uchybieniem terminu.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

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

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejsze 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*

8