

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 kwietnia 2008 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział V Cywilny - Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący SSO Maria Dudziuk
SO Oskar Rudziński
Sędziowie: SO Ksenia Sobolewska - Filcek
apl. rade. Justyna Bojarska

23 05. 2008

NEŁO

po rozpoznaniu w dniu 9 kwietnia 2008 r. w Warszawie
na rozprawie

Protokolant:

sprawy ze skargi wykonawcy Telekomunikacji Polskiej S.A. w Warszawie

przy udziale zamawiającego Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa

oraz zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:
Konsorcjum firm: Crowley Data Poland Sp. z o.o. w Warszawie, ATM S.A. w Warszawie oraz ComArch
S.A. w Krakowie i Konsorcjum firm: Exatel S.A. w Warszawie oraz Telekomunikacja Kolejowa Sp. z o.o.
w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych

z dnia 24 stycznia 2008r., sygn. akt KIO/UZP 108/07

1. oddala skargę,
2. zasądza od Telekomunikacji Polskiej S.A. w Warszawie na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Konsorcjum firm: Crowley Data Poland Sp. z o.o. w Warszawie, ATM SA w Warszawie i ComArch S.A. w Warszawie oraz Konsorcjum firm: Exatel S.A. w Warszawie i Telekomunikacji Kolejowej Sp. z o.o. w Warszawie kwoty po 1200, 00 zł. (tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu przed

Sądem Okręgowym

Na oryginale właściwe podpisy

REFERFI/r stażysta

Karrmla\BetKcw.ska

VCa 423/08

UZASADNIENIE

W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, toczącego się na skutek ogłoszenia przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, przetargu nieograniczonego na zakup usług telekomunikacyjnych, przesyłu danych z usługami dodatkowymi oraz zestawienie łączny teletransmisyjnych, jeden z oferentów - Telekomunikacja Polska S.A. w Warszawie - wniósł protest od czynności zamawiającego z dnia 11 grudnia 2007r. polegającej na wykluczeniu tego oferenta z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U.04.19.177 ze zmianami, zwana dalej: p.z.p.) w związku z zaniechaniem wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą. W uzasadnieniu protestu oferent wskazał, że złożona przez niego oferta jest zabezpieczona wadium, w tym na przedłużony okres związania ofertą to jest do 1 stycznia 2008r. Co prawda oryginał wadium został złożony w siedzibie zamawiającego w dniu 11 grudnia 2007r., a więc po upływie terminu wyznaczonego przez niego w tym celu, jednak okoliczność powyższa nie ma znaczenia, ponieważ decydujący jest fakt wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą a nie fakt doręczenia jego oryginału zamawiającemu. Ocenę powyższą protestujący uzasadnił treścią art. 70⁴ § 1 k.c., z którego wynika, że nie jest wymagane fizyczne przekazanie zamawiającemu dokumentu gwarancji, a jedynie „ustanowienie odpowiedniego zabezpieczenia zapłaty określonej sumy pieniędzy”. Protestujący wskazał także, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie określa sposobu „ponownego” wniesienia wadium. Dlatego w tej sprawie zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu cywilnego. Natomiast termin wyznaczony przez zamawiającego miał znaczenie jedynie instrukcyjne, którego uchybienie nie pociąga za sobą żadnych skutków prawnych tym bardziej, że przesłanki wykluczenia określone w art. 14 ust 4 p.z.p. dotyczą wyłącznie wniesienia wadium, a nie jego faktycznego doręczenia zamawiającemu.

Na skutek protestu oferenta od czynności z dnia 11 grudnia 2007r., a następnie odwołania od czynności oddalenia protestu przez zamawiającego, w którym to odwołaniu powtórzone zostały argumenty i zarzuty przytoczone w proteście, wyrokiem z dnia 24 stycznia 2008r. Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oddaliła odwołanie.

Zdaniem Krajowej Izby, wprowadzie zawarty w piśmie z dnia 22 listopada 2007r. warunek, by dokument potwierdzający przedłożenie wadium złożony został w oryginale najpóźniej do dnia 30 listopada 2007r. w zakresie, w jakim nakazuje przedłożenie wcześniej, niż wynika to z ze złożonych gwarancji wadium, nie mieści się w treści art. 181 ust 2a p.z.p., niemniej wadium ma zabezpieczać cały okres związania ofertą, zatem odwołujący się winien był przedłużyć ważność wadium poprzez złożenie stosownego dokumentu, bądź wniesienie wadium w pieniądzu, nie później niż w ostatnim dniu terminu ważności dotychczasowego zabezpieczenia wadium - w tym przypadku w dniu 3 grudnia 2007r. Twierdzenie odwołującego się, że nie był zobowiązany przedłożyć dokumentu stanowiącego dowód posiadania wadium w całym okresie związania ofertą Krajowa Izba Odwoławcza uznała za bezpodstawne, ponieważ zamawiającemu nie wolno domniemywać faktów, które mogłyby okazać się korzystne dla wykonawców, ani twierdzić na podstawie innych dokumentów, niż załączone do oferty, że wykonawca ma prawo uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać zamawiającemu, że przedłużył ważność wadium, a zamawiający, w braku dowodu na powyższą okoliczność - uznać, że oferta nie jest zabezpieczona wadium. W sprawie tej zastosowanie znajduje bowiem art. 45 p.z.p., wyraźnie i odmiennie, niż przepisy Kodeksu cywilnego, wskazujący, że wadium ma być wniesione, a nie, jak twierdzi odwołujący się - ustanowione. Zamawiający nie naruszył więc art. 24 ust 2 pkt 4 p.z.p., ani art. 7 ust 1 p.z.p.

W skardze od powyższego orzeczenia, wniesionej w dniu 2 lutego 2008 roku, oferent Telekomunikacja Polska S.A. w Warszawie, zaskarżając je w całości i zarzucając mu: naruszenie prawa materialnego, tj.: art. 24 ust 2 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 7 ust 1 p.z.p. poprzez błędną wykładnię i w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie skutkujące wykluczeniem skarżącego, pomimo że jego oferta była zabezpieczona wadium na wydłużony okres oraz art. 70⁴ § 1 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. poprzez błędną wykładnię i w konsekwencji niezastosowanie w stanie faktycznym tej sprawy, a także naruszenie prawa procesowego, to jest art. 190 ust 2 p.z.p. w stopniu mającym wpływ na wynik sprawy, wniósł o zmianę tego orzeczenia i uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia skarżącego z postępowania oraz zwrot kosztów postępowania przez Krajową Izbą Odwoławczą. Wskazał także, że w wypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą i stanowić podstawę zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Zarzucane

naruszenie przepisów prawa materialnego i procesowego pozbawiło więc skarżącego możliwości realizacji zamówienia, na skutek czego doznał on uszczerbku.

Zamawiający, Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, wniosł o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania.

Do stanowiska zamawiającego przyłączyli się zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: Konsorcjum firm: Crowley Data Poland Sp. z o.o. w Warszawie, ATM S.A. w Warszawie oraz ComArch S.A. w Krakowie i Konsorcjum firm: Exatel S.A. w Warszawie oraz Telekomunikacja Kolejowa Sp. z o.o. w Warszawie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie, a zaskarżone orzeczenie odpowiada prawu, choć Sąd Okręgowy nie podziela wszystkich wywodów zawartych w jego uzasadnieniu.

Przyczyną wykluczenia skarżącego oferenta Telekomunikacji Polskiej S.A. w Warszawie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było niezłożenie, pomimo wezwania przez zamawiającego, oryginału przedłużenia ważności wadium w formie gwarancji o okres zawieszenia biegu terminu związania ofertą, to jest okres 30 dni, czyli do 1 stycznia 2008r. lub nowego wadium. Skarżący składając ofertę dołączył do niej oryginał gwarancji wadialnej nr 750/2007/FIN udzielonej mu w dniu 2 sierpnia 2007r. przez Societe Generale S.A. Oddział w Warszawie na okres od dnia 20 sierpnia 2007r. do 3 grudnia 2007r. natomiast aneks do powyższej gwarancji, datowany na 26 listopada 2007r. i przedłużający okres jej ważności do 4 stycznia 2008r., przedłożył zamawiającemu dopiero w dniu 12 grudnia 2007r. W ocenie Sądu Okręgowego, w sytuacji, gdy z treści specyfikacji wynikał obowiązek wniesienia wadium w sposób szczegółowo uregulowany, to jest w formie pieniądza na wskazane konto z odpowiednim dopiskiem na przelewie, a w innej formie - w Departamencie Finansowym w siedzibie zamawiającego, w oryginale, w postaci dokumentu potwierdzającego uzyskanie poręczenia bankowego lub poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej, albo poręczenia udzielonego przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, przy czym z treści tego dokumentu musi wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust 5 p.z.p., nie sposób podzielić poglądu skarżącego, że mógł on przedstawić dokument potwierdzający przedłużenie ważności wadium po upływie terminu wskazanego przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 22 listopada 2007r., jako że decydujące znaczenie winien mieć fakt wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą a nie fakt doręczenia oryginału dokumentu potwierdzającego jego wniesienie zamawiającemu. Wymogiem specyfikacji było bowiem wniesienie wadium w oryginale, w postaci dokumentu potwierdzającego fakt uzyskania poręczenia lub gwarancji, nie zaś samo ich uzyskanie przez oferenta. Sąd Okręgowy zważył także, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter daleko sformalizowany, co pozwala na uniknięcie dowolności ocen zamawiającego, a tym samym niejasności co do przyjętych przez niego zasad wydatkowania środków publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców (art. 7 ust 1 p.z.p.) wyklucza odstępstwa od reguły, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej (art. 9 ust 1 p.z.p.) oraz, że wniesienie wadium może być wykazane przez oferenta w sposób inny, niż wymieniony w art. 45 ust 6 p.z.p. oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie sposób przy tym podzielić oceny skarżącego, że wniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą rządzi się innymi regułami, niż wniesienie wadium przy składaniu oferty, skoro podstawa faktyczna i prawna obu czynności jest identyczna, a jedyna różnica, dotycząca zakresu obowiązków spoczywających na zamawiającym, wynika z okoliczności określonych w art. 181 ust 2a p.z.p. W ocenie Sądu Okręgowego treść tego ostatniego przepisu w sposób jednoznaczny wyklucza przyjęcie, w ślad za skarżącym, że wyznaczony oferentom w wezwaniu z dnia 22 listopada 2007r. termin wniesienia bądź przedłużenia wadium miał charakter jedynie instrukcyjny oraz przyjęcie, w ślad za Krajową Izbą Odwoławczą że termin ten nie wiązał skarżącego w sytuacji, gdy pierwotnie wniesione wadium było ważne do 3 grudnia 2007r. Zamawiający nie mógł bowiem różnicować treści wezwania wystosowanego do wszystkich oferentów w zależności od treści złożonych przez nich wcześniej dokumentów. Zgodnie z art. 181 ust 2a p.z.p. zamawiający

zobowiązany był w dowolnym czasie, jednak nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wezwać wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Decydujące znaczenie miał więc w tej sprawie termin związania ofertą a nie terminy ważności każdego z wadium wniesionych przez oferentów. Skoro skarżący nie złożył w dniu 30 listopada 2007r. oryginału dokumentu, z którego wynikałoby przedłużenie ważności wadium bądź złożenie nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą a jedynie uzyskał przedłużenie gwarancji wadialnej, o czym nie powiadomił jednak zamawiającego w wymaganym terminie, zamawiający prawidłowo uznał, że zachodzi podstawa do wykluczenia tego oferenta z uwagi na treść art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 181 ust 2a p.z.p. Bez znaczenia dla oceny prawidłowości działań zamawiającego jest przy tym okoliczność, że oferent w terminie późniejszym wymagany dokument przedstawił. Jak już bowiem wskazano powyżej, decydującym był w tej sprawie fakt nie wniesienia w terminie wadium na przedłużony okres związania ofertą a nie fakt uzyskania przez oferenta gwarancji wadialnej. W tym stanie rzeczy, w ocenie Sądu Okręgowego, uwzględnienie odwołania i skargi wniesionych w sprawie niniejszej skutkowałoby dopuszczeniem do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferenta, który jedynie posiadał zabezpieczenie wadialne, ale go nie wniósł w terminie. Zaskarżone orzeczenie nie narusza więc prawa materialnego, a w szczególności art. 24 ust 2 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 7 ust 1 p.z.p. oraz art. 70⁴ § 1 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p., ani też art. 190 ust 2 p.z.p. w sposób zarzucany w skardze.

Z tych wszystkich względów, uznając skargę za pozbawioną podstaw faktycznych i prawnych, Sąd Okręgowy orzekł, jak w sentencji na zasadzie art. 198 ust. 2 zd. pierwsze p.z.p. rozstrzygając o kosztach postępowania przed Sądem Okręgowym w oparciu o art. 99 k.p.c. oraz z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 p.z.p. i z art. 108 § 1 k.p.c., a także § 10 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.02.163.1349 ze zmianami).

Na oryginale właściwe podpisy Za zgodność

r - ■ - • * > \ ' / t x

□) * i

\ . ' A ' / . f

STAŻYSTA

REFERE

Kamila Bętkowska