

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 października 2009 roku

Sąd Okręgowy w Piotrkowie Tryb. Wydział II Cywilny Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący SSA Arkadiusz Lisiecki (spr.)
SSA Marianna Cichocka
Sędziowie SSA Stanisław Łęgosz
Justyna Dolata

Protokolant po rozpoznaniu w dniu 5 października 2009 roku w Piotrkowie Trybunalskim
na rozprawie sprawy ze skargi Przedsiębiorstwa Budowlano - Montażowego
"FLISBUD" Stanisław Flis

przeciwko zamawiającemu Starostwu Powiatowemu - Powiatowi

w Tomaszowie Mazowieckim

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 29 lipca 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 898/09

oddala skargę.

Aa oryginał właściwe podpisy

Sygn.aktII Ca 511/09

Uzasadnienie

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe "FLISBUD" Stanisław Flis w Janowie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Starostwo Powiatowe, Powiat w Tomaszowie Mazowieckim protestu z dnia 15 czerwca 2009 r. oddaliła odwołanie, kosztami postępowania obciążyła Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe "FLISBUD" Stanisław Flis w Janowie.

Na podstawie dokumentacji postępowania i pism między stronami, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej (w skrócie KIO) ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący postawił i podtrzymał w odwołaniu zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania w związku z nie uzupełnieniem brakujących w ofercie referencji.

Odwołujący złożył w terminie ofertę, która nie zawierała dokumentu potwierdzającego, że wykazane w ofercie roboty zostały wykonane należycie. Dokument ten był żądany przez zamawiającego w ogłoszeniu zamieszczonym 1 kwietnia 2009 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 57407 - sekcja III ustęp nienumerowany po ustępie 15 lit. B pkt 1 oraz w ust. 6 lit. B pkt 1 specyfikacji, na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp i zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poi. 1155). Jak wynika z rubryki 2 protokołu postępowania sporządzonego przez zamawiającego na druku ZP-2 wartość przedmiotu zamówienia wynosi 17 938 584,74 zł netto co stanowi równowartość 4 626 804,76 euro czyli jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (5150 000 euro).

Ze względu na brak w ofercie wymaganego dokumentu, 02.06. 2009 r. zamawiający wezwał wykonawcę (odwołującego) do uzupełnienia referencji potwierdzających należyte wykonanie wykazanej roboty budowlanej i wyznaczył termin na uczynienie tego do 04.06.2009 r. do godziny 15:00. Na końcu wezwania zamawiający zamieścił adnotację, cyt.: „Nieuzupełnienie dokumentów w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego grozi utratą wadium”. Również zamawiający przytoczył w piśmie (trafnie) podstawę prawną wezwania - art. 26 ust. 3 Pzp.

Do upływu terminu przewidzianego na uzupełnienie dokumentu, wykonawca (odwołujący) nie zareagował w żaden sposób. Jak wynika z oświadczenia zamawiającego złożonego ustnie podczas rozprawy, po upływie terminu złożenia uzupełnienia, 05.06.2009 r. zamawiający zatelefonował do wykonawcy (odwołującego) z pytaniem dlaczego wykonawca nie uzupełnił dokumentu. Zamawiający usłyszał odpowiedź od pana Stanisława Flisa, że wykonawca nie posiada tego dokumentu i rozważa zasadność wniesienia protestu na zbyt krótki termin uzupełnienia dokumentu.

Zamawiający uznał, że wykonawca (odwołujący) nie uzupełnił w wymaganym terminie żadanego dokumentu i wobec tego wykluczył wykonawcę (odwołującego) z postępowania. Konsekwencją tego było zastosowanie art. 46 ust. 4a Pzp i zatrzymanie wadium wraz z odsetkami, gdyż wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Skład orzekający KIO stwierdził, że kwestia problemu dokonania przez zamawiającego analizy czy przedmiotowe zaniechanie wykonawcy (odwołującego) wynikało z przyczyn leżących bądź nieleżących po jego stronie nie była rozpatrywana, ze względu na unormowanie art. 184 ust. 1a Pzp oraz ze względu na zakres merytoryczny odwołań.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający wyznaczył na uzupełnienie zbyt krótki termin, co mogło wypaczyć obowiązek zamawiającego do umożliwienia wykonawcom złożenia uzupełnienia brakującego dokumentu określony w art. 26 ust. 3 Pzp.

Skład orzekający KIO stwierdził, że zamawiający może oczekiwać, iż wykonawca składając ofertę dysponuje wszystkimi koniecznymi dokumentami do złożenia oferty. W związku z tym wyznaczenie dosyć krótkiego, dwudniowego terminu na uzupełnienie dokumentów nie powinno być uznane za zbyt krótkie, wypaczające sens art. 26 ust. 3 Pzp. Jednak w art. 26 ust. 3 Pzp została również dopuszczona możliwość uzupełnienia dokumentów przez składanie dokumentów o innej niż pierwotnie treści, czyli dokumentów, którymi nie dysponuje wykonawca w chwili składania oferty, a nawet w chwili gdy dojdzie do niego żądanie uzupełnienia dokumentów. Wynika to z obowiązku zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli dokumentów potwierdzających - lub złożyli niewłaściwe dokumenty potwierdzające - spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przy czym złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty mogą nosić różne daty, jednak powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane świadczenia wymagań zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (art. 26 ust. 3 in fine Pzp). Zaniechanie wezwania wykonawcy, który nie złożył przedmiotowych dokumentów do ich uzupełnienia lub ustanowienie nierealnego terminu na uzupełnienie byłoby naruszeniem art. 26 ust. 3 Pzp, a co za tym idzie naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw.

z art. 22 ust. 1 Pzp.

Jednak wykonawca (odwołujący) nie zareagował przed upływem terminu na złożenie uzupełnienia dokumentu (od 02 do 04.06.2009 r.) i dopiero kilka dni później - 08.06.2009 r. wykonawca złożył protest na wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów.

Ustawodawca nie ustanowił normatywnego terminu na uzupełnienie dokumentów, dlatego każdorazowo zamawiający musi samodzielnie podejmować decyzję o długości tego terminu. Jednak zdaniem sądu orzekającego KIO ustanowienie w rozpoznawanej sytuacji w zasadzie dwudniowego terminu na uzupełnienie dokumentów, nawet w przypadku konieczności wykreowania nowego dokumentu, nie może być uznane za ustanowienie zbyt krótkiego terminu sprzecznego z funkcją art. 26 ust. 3 Pzp. Tym bardziej, że sam wykonawca nie próbował reagować przed upływem terminu na uzupełnienie dokumentu i nie zasygnalizował swoich zastrzeżeń co do długości wyznaczonego terminu na uzupełnienia dokumentów.

Sąd orzekający KIO stwierdził, że w praktyce wykonawcy stosując się do unormowania art. 26 ust. 3 Pzp wzywają jednokrotnie wykonawców do złożenia uzupełnień oferty w zakresie określonych dokumentów, oświadczeń czy pełnomocnictw. Praktyka ta wykształciła się ze względu na trzy główne przesłanki. Pierwsza przyczyna to konieczna szybkość postępowania w sprawach zamówień publicznych i w związku z tym zasadne jest wykonywanie przez zamawiających tylko czynności niezbędnych, ale wszystkich, do przeprowadzenia postępowania - czyli np. jednokrotne wezwanie do uzupełnienia dokumentów w określonym zakresie. Drugim powodem wykształcenia się takiej praktyki jest to, że aby wykazać prowadzenie postępowania zgodnie z należytą starannością należy dowieść, że zamawiający dokonał czynności żądania uzupełnienia ofert, czyli dokonał tej czynności jednokrotnie. Wreszcie trzecią okolicznością wpływającą na taką praktykę jest samo orzecznictwo, a w tym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyrokach nie można nakazać zamawiającemu dokonania czynności ponad czynności prawnie uzasadnione. Orzeczenia mogą zapadać tylko w granicach nakazania jednokrotnego żądania uzupełnienia dokumentów, gdyż żaden przepis nie uprawnia do nakazania zamawiającemu następnego żądania uzupełnienia dokumentów. Ponadto, w praktyce, tylko jednokrotne stosowanie do jednego zdarzenia art. 26 ust. 3 Pzp wynika z powszechnie przyjętego poglądu, że przepis ten stanowi wyjątek w stosunku do reguły, iż całość oferty powinna być złożona

przed upływem terminu składania ofert i późniejszej jej niezmienności, za wyjątkiem okoliczności unormowanych w art. 87 ust. 2 Pzp.

Dlatego też sugestia odwołującego, że zamawiający jest obowiązany, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, ponownie wystąpić o uzupełnienie dokumentu, o którego uzupełnienie już raz wystąpił na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nie mogła zostać uwzględniona przez sąd orzekający Izby.

Wobec powyższych konstatacji sąd orzekający KIO nie mógł przychylić się do zarzutu, że zamawiający bezpodstawnie dokonał wykluczenia odwołującego z postępowania w związku z nie uzupełnieniem brakujących w ofercie referencji.

W ocenie KIO zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 3 ani art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Z tych względów KIO oddaliła odwołanie. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2009 r. wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „FLISBUD” Stanisław Flis.

Zaskarżył wyrok KIO w całości.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

I. obrazę przepisów prawa materialnego, a to:

art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowania wskutek przyjęcia, że zachodzą przesłanki do wykluczenia skarżącego z postępowania;

art. 26 ust. 3 ustawy poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie wskutek przyjęcia, że Zamawiający poprawnie wykonał dyspozycję tego przepisu, pomimo że przepis ten został naruszony w toku postępowania;

art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ustawy poprzez zaniechanie zastosowania w sytuacji gdy Zamawiający skorzystał z przysługującego mu prawa do wyznaczenia terminu na uzupełnienie dokumentów w sposób sprzeczny z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, mający na celu doprowadzenie do zatrzymania wadium skarżącego.

II. obrazę przepisów postępowania, a to art. 188 ust. 7 i art. 192 ust. 2 ustawy, poprzez sprzeczne ustalenia faktyczne w stosunku do zebranego w postępowaniu odwoławczym materiału dowodowego oraz zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co przejawia się w pominięciu istotnej dla sprawy okoliczności w postaci oceny prawidłowości wezwania skarżącego do uzupełnienia dokumentu w kontekście zastrzeżonej w tym wezwaniu formy uzupełnienia oraz przyjęciu, że skarżący nie sygnalizował swoich zastrzeżeń co do długości wyznaczonego mu terminu do uzupełnienia dokumentów.

Wskazując na powyższe zarzuty wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia skarżącego z postępowania i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów uiszczonego wpisu (4574 zł) i kosztów zastępstwa procesowego (3600 zł), zasądzenie od Zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów niniejszego procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

skarga nie jest zasadna.

Zarzut obraży art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) nie jest trafny. Z w/w przepisu wynika bowiem, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy między innymi nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy. Faktem niespornym jest, że skarżący składając swą ofertę nie załączył do niej dokumentu potwierdzającego, że wykazane w ofercie roboty wykonał należycie. Poza sporem jest także, że dokument ten był żądany przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, które było znane wykonawcy.

Ze względu na brak w ofercie wymaganego dokumentu zasadnie zamawiający w dniu 2.06.br. wezwał wykonawcę do jego złożenia w określonym terminie, na podstawie art. 26 ust 3 Pzp.

Zdaniem wykonawcy określony przez zamawiającego dwudniowy termin nie był terminem odpowiednim do złożenia brakującego terminu.

Stanowisko KIO przedstawione w uzasadnieniu, że termin dwudniowy do uzupełnienia dokumentów nie może być uznany za zbyt krótki Sąd Okręgowy podziela.

Dodatkowo zauważyć należy, że wyznaczony przez zamawiającego termin do uzupełnienia dokumentów, nie może być traktowany przez zamawiającego jako czas na podjęcie działań w celu pozyskania brakującego dokumentu. Dokument ten powinien być w posiadaniu wykonawcy, najpóźniej w dacie upływu terminu do składania ofert. Nie można czynić zamawiającemu w tej sytuacji zarzutu, że wyznaczył termin na uzupełnienie dokumentów w sposób sprzeczny z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, w celu zatrzymania wadium jakie wpłacił wykonawca.

W tym stanie rzeczy zarzutu skarżącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp oraz zarzutu obraży art. 5 k.c. z uwagi na powyższe nie można podzielić.

Nie ma również racji autor skargi, kiedy zarzuca KIO obrazę przepisów art. 188 ust. 7 i art. 192 ust. 2 Pzp. Wszystkie zaprezentowane w sprawie dowody zostały prawidłowo ocenione. Uzasadnienie wskazuje podstawę faktyczną rozstrzygnięcia, w tym fakty, które

KIO uznała za udowodnione, wskazuje dowody na podstawie których oparła swe ustalenia oraz wskazała podstawę prawną rozstrzygnięcia.

Z tych wszystkich względów skargę wniesioną przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „FLISBUD” Stanisław Flis jako nie zasadną Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 ust. 2 zdanie pierwsze oddalił .