

Sygn, akt XIX Ga 302/09

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 czerwca 2009 r.

Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący:
Sędziowie:

SSO Maria Kuźmicka-Maciąg
SSO Grażyna Jeziorowska (spr.)
SSO Krystyna Pościszevska-Rąbka

Protokolant: sekr.sądowy Agnieszka Szwedura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2009 r. w Katowicach

sprawy z odwołań i a Przedsiębiorstwa Budowlanego „DOMBUD” Spółki
Akcyjnej w Katowicach

przeciwko Gminie Mikołów

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi Gminy Mikołów

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych
w Warszawie

z dnia 17 kwietnia 2009

sygn. akt KiO/IJZP 427/09

- 1, oddala skargę;
2. zasądza od skarżącego Gminy Mikołów na rzecz uczestnika postępowania

Przedsiębiorstwa Budowlanego „DOMBUD” Spółki Akcyjnej
w Katowicach kwotę 3.617/kftr^-^siące sześćset siedemnaście złotych
tytułem kosztów P° siępoy^^oNa redpter

! p-

■ .j- tó*. ■ /-J

Z U OtłKjju- K'; 7 Gj.NALIM
f.vri L-ij zam
& cjk, R ifc-A H 2
ibel

Sygiu aktXIX Ga 202/09

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Budowa budynku Domku Parkowego z rozbiorą istniejącego Domku Harcerskiego wraz z wewnętrzną instalacją sanitarną, elektryczną oraz remontem przyłącza energetycznego w Mikołowie przy Pl. Harcerskim I Przedsiębiorstwo Budowlane DOMU UD SA w Katowicach wniosło w dniu 19 marca 2009 r. protest zaskarżając czynność zamawiającego Gminy Mikołów polegającą na wykluczeniu protestującego z postępowania aa podstawie art.24 list,2 i 3 oraz wyboru oferty Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTERIN” i PRIM SA jako oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art.91 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tekst jednolity nr 223 poz.1655 ze zmianami),

W uzasadnieniu zaskarżonej protestem decyzji zamawiający wskazał, że posiada dowody świadczące o prawidłowym wezwaniu wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane DOMBUD SA w Katowicach do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp). Czynność wykluczenia protestującego y postępowania była konsekwencją nieuzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art.24 ust. 2 pkt.3 ustawy Tzp. Zaś czynność odrzucenia oferty - której wykonawca nie oprotestował - była wynikiem wykluczenia wykonawcy z postępowania, zgodnie z art.24 ust.4 cyt. ustawy. Czynność wyboru olerły wspólnej PW MONTERIN i PRIM SA została wykonana zgodnie z kryteriami wyboru ofert zamieszczonymi w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Od rozstrzygnięcia zamawiającego w przedmiocie protestu wykonawca wniósł odwołanie podtrzymując wszystkie twierdzenia zawane w proteście, iż ilie otrzymał wezwania do uzupełnienia dokumentów, na które powołuje się zamawiający ani w formie faksu ani w formie pisemnej oraz że uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie stanowiłoby dla

niego żadnej trudności i gdyby wezwanie zamawiającego otrzymał wypełniłby je niezwłocznie.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o wykluczeniu odwołującego jako podjętej bez doręczenia odwołującemu w formie przewidzianej w pkt.10 SIWZ, art.27 ustawy Pzp wymaganych prawem wezwań do złożenia oświadczeń lub dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp

cwenLualnie

" do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów w trybie art.26 ust.4 ustawy;

lub d) złożenia wyjaśnień w trybie art.87 ust.1 ustawy, jeżeli uzupełnienie dokumentów w trybie art.26 ust3 zostałyby uznane za niewystarczające;

- dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w związku z tym, że nie podlega on wykluczeniu;
- wybór oferty odwołującego w związku z tym, że nie podlega wykluczeniu i złożył ofertę najkorzystniejszą pod względem ceny;

* orzeczenie zwrotu odwołującemu uzasadnionych kosztów postępowania.

Wyrokiem z dnia 17 kwietnia 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie nakazując unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazując unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i nakazując wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a także nakazując ponowne badanie, ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty.

Kosztami postępowania obciążony został zamawiający.

W pisemnych motywach uzasadnienia Krajowa Izba Odwoławcza przywołując treść art.27 ust.1, 23 ustawy Pzp oraz art. 14 ustawy Pzp, art.61§1 kx. wskazała, że wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego za pomocą Faksu w dniu 03.03.2009 r, zgodnie z pkt.10 STWZ nie stanowi o doręczeniu wezwania do uzupełnienia dokumentu.

Zarówno wydruk z faksu z którego wynika, iż rezultat przesyłki był pomyślny na co wskazuje zapis na wydruku „Ok” oraz, wydruk 2 centrali dla nr 405 nie za dowodami doręczenia. Dokumenty te w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej stanowią wiarygodny dowód nadania dokumentu.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący wykazał (ręczny wykaz otrzymanych w dniu 02., 03.03.2009 r. faksów), że nie otrzymał pisma z dnia 02.03.2009 r. wzywającego do uzupełnienia dokumentów.

Skoro zatem zamawiający z faktu niewykonania wezwania dokonuje wykluczenia Cwałującego z postępowania, to powinien dysponować dowodem na fakt otrzymania wezwania przez odwołującego. Takim dowodem w myśl art.27 i.1.2 ustawy Pzp jest potwierdzenie odwołującego faktu otrzymania wezwania, czego zamawiający nie uzyskał i nie wymagał od odwołującego. W tej sytuacji za zasadny Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzut naruszenia art.24 ust.2 pkt.3 w zw. z art.26 ust.3 ustawy Pzp. co skutkuje konsekwentnie naruszeniem art.7 ust. i 3 ustawy Pzp,

Oceniając pozostałe twierdzenia zamawiającego uzasadniające wykluczenie Odwołującego z postępowania w postaci negatywnego raportu transmisji faksu od wykonawcy PW Mason Sp, z o.o. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że dowody te są również wyłącznie dowodami nadania a nie odebrania faksów,

Zakwestionowała też przywołane przez zamawiającego orzeczenie ZA 2 dnia 15.01.2007 r. o sygn. akt UZP/20- 12d)7, gdyż dotyczyło ono zupełnie innego stanu faktycznego sprawy,

W przedmiotowej sprawie fax wykonawcy był sprawny, zaś w sprawie objętej opisanym orzeczeniem fax wykonawcy nie był sprawny,

Przedmiotowy wyrok został zaskarżony przez zamawiającego w całości, który wyrokowi zarzucił naruszenie prawa materialnego a to przepis art.27 ust.1 ustawy - Pnwo zamówień publicznych poprzez jego błędną wykładnię, iż wydruk z faksu zamawiającego oraz raport z centrali telefonicznej, mogą służyć jedynie do wykazania czynności nadania przez zamawiającego pisma faksem a nie jego doręczenia i błędne przyjęcie, że brak jest dowodu na doręczenie pisma odwołującemu.

Zdaniem skarżącego, raport z faksu potwierdzający wysłanie pisma faksem, a ponadto zawierający adnotację o pozytywnym wyniku transmisji stwarza domniemanie, że strona przeciwna miała możliwość zapoznania się z treścią przesłanego faksem pisma. Za dowód obalający takie domniemanie nie można uznać ręcznie sporządzonej ewidencji otrzymanych faksów, ponieważ takowa stanowi jedynie swego rodzaju oświadczenie pisemne drugiej strony.

Na uzasadnienie swojego stanowiska skarżący przywołał wyrok KIO z 25.04.2008 r, o sygn. akt KTO/UZP 340/08, wyrok Zespołu Arbitrów z 15.01.2007 r. sygn. akt UZP/ZO/012/07, postanowienie Zespołu Arbitrów z 29.09.2006 r. sygn. akt UZP/ZO/O-2538/Oi i wyrok SO w Warszawie o sygn. akt V Ca 1312/02

Ostatecznie skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości, oddalenie odwołania Przedsiębiorstwa Budowlanego DOMBUD SA jako

niezasadnego oraz, o obciążenie tegoż Przedsiębiorstwa kosztami postępowania skargowego oraz kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą,

Sąd Okręgowy zważył co następuje;

Skargę zamawiającego uznać należy za nieuzasadnioną,

Sąd Okręgowy w całości podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne dokonano przez Izbę.

Nie można bowiem podzielić zarzutu skarżącego co do nieprawidłowego ustalenia przez Izbę, że zamawiający nic udowodnił faktu doręczenia wykonawcy wezwania do uzupełnienia dokumentacji,

W niniejszej sprawie zamawiający na podstawie art.27 u.st.1 ustawy Pzp jako Sposób porozumiewania się z wykonawcami dopuścił formę faksową (pkt.10 SIWZ),

Prawidłowo zatem wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zamawiający posłużył się faksem.

Jako dowody wskazujące na wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów zamawiający wskazał na wydruk z faksu oraz raport z centrali telefonicznej zamawiającego,

Sąd Okręgowy w całości podziela stanowisko Izby, że dowody te w sytuacji, gdy wykonawca przeczy i akrowi otrzymania wezwania do uzupełnienia dokumentów są niewystarczające dla przyjęcia, iż wykonawca wezwanie zamawiającego otrzymał.

Nie powinno budzić wątpliwości, że wezwanie zamawiającego wzywające do uzupełnienia dokumentów musi dotrzeć do wykonawcy w taki sposób, by ten mógł zapoznać się z treścią tego wezwania. Tylko w ten sposób, wykonawca będzie mógł sprostać żądaniu zamawiającego i dostarczyć wskazane w wezwaniu dokumenty. Niemożność zapoznania się z treścią wezwania spowoduje w efekcie niemożność jego wykonania i w konsekwencji wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt/3 ustawy Tzp.

Podzielić należy stanowisko wyrażone przez SN w wyroku z dnia 18 marca 2008 r, w sprawie o sygn. akt IV CSK. 9/08 „... oświadczenie woli, które nie było złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Sam wydruk kontrolny potwierdzający wysłanie faksu z potwierdzeniem odebrania go przez adresata, nie jest dowodem pewnym, lecz tylko dowodem prima facie, że odbiorca mógł zapoznać się z zawartym w jego treści oświadczeniem woli. Powód pewny stanowi natomiast potwierdzoną przez odbiorcę kopię faksu...”.

Teoria doręczenia, według której dla przyjęcia, że oświadczenie woli złożone zostało innej osobie właściwa jest chwila dojścia treści oświadczenia do wiadomości tej osoby wynika z treści art.61 k.c., którego treść znajduje zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z mocy art. 14 ustawy Pzp,

W przedmiotowej sprawie zamawiający nie dysponował potwierdzeniem od wykonawcy otrzymania faksu.

Jego uprawnienie do żądania od wykonawcy potwierdzenia otrzymania faksu wynika z treści art.27 ust.2 ustawy Pzp. Skoro zamawiający nie zadbał o dowód doręczenia faksu w postaci potwierdzenia jego otrzymania to w sytuacji, gdy wykonawca przeczy, iż wezwanie otrzymał oraz okoliczności to wykazuje dokumentem przydatnym pozbawił się pewnego dowodu doręczenia.

tej sytuacji zarzuty skargi uznać należało za nieuzasadnione i w konsekwencji skargę oddalić na podstawie art. 198 §12 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 198 §5 ustawy Pzp. ... 3mjlwlc ~

- podpisy

"^GitSALE^