Sygn. akt III Ca 389/11

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 lipca 2011 r.

Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, Wydział III Cywilny Odwoławczy w składzie następującym:

Przewodniczący - Sędzia SO Agnieszka Skrzekut (sprawozdawca)

Sędzia SO Ewa Adamczyk
Sędzia SR del. Magdalena Penar

Protokolant: insp. Jadwiga Sarota

po rozpoznaniu w dniu 19 lipca 2011 r. w Nowym Sączu

na rozprawie

sprawy ze skargi Zamawiającego Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gorlice

przy uczestnictwie Wykonawcy Zygmunta Pyzika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Pyzik" Usługi Budownictwo Handel Zygmunt Pyzik w Moszczenicy

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie z dnia 25 maja 2011 r., sygn. akt KI0/1032/11

1. **oddala skargę;**

2. **zasądza od Zamawiającego Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gorlice na rzecz Wykonawcy Zygmunta Pyzika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Pyzik" Usługi Budownictwo Handel Zygmunt Pyzik w Moszczenicy kwotę 7 200 zł tytułem kosztów postępowania.**

Sygn. akt III Ca 389/11

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 25 maja 2011r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy Zygmunta Pyzika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PYZIK" Usługi Budownictwo Handel (dalej: Odwołujący) od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe (dalej: Zamawiający) w przedmiocie ofert i nakazała Zamawiającemu

unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie oraz ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego po uprzednim wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa) co do spełnienia wymogu doświadczenia zawodowego opisanego w pkt 5.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt 1). Nadto obciążyła Zamawiającego kosztami postępowania w zakres których zaliczyła kwotę 10 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania (pkt 2).

Podłożem do wskazanego rozstrzygnięcia był następujący stan faktyczny:

Zamawiający ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego - przebudowę drogi leśnej na odcinku Szymbark- Morskie Oko o długości 1600 m. Przedmiot zamówienia miał być realizowany na podstawie przedmiotu robót stanowiącego załącznik nr 7 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej:SIWZ).

Zgodnie z pkt 5.2 SIWZ od potencjalnych wykonawców w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego wymagano: zrealizowania minimum 2 przedsięwzięć zrealizowanych w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadającym swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. w zakresie remontu lub budowy dróg o wartości minimum 100 000 zł netto każde oraz przedstawienia dokumentów (np. referencji), w ilości minimum dwóch od poprzednich Zamawiających potwierdzających, że w/w prace zostały wykonane z należytą starannością.

Odwołujący stosownie do powyższego wymogu załączył do swej oferty Wykaz, w którym przedstawił następujące roboty:

Budowa centrum wsi wraz z remontem budynku remizy OSP w miejscowości Koszyce Wielkie, wartość całkowita 791 979, 90 zł dla Urzędu Gminy Tarnów;

Prace ogólnobudowlane dotyczące odbudowy zniszczonej nawierzchni placu wokół szkoły i parkingu przy szkole w Siarach, wartość całkowita 208 492, 05 zł zł dla Urzędu Gminy Sękowa;

Zagospodarowanie przestrzeni publicznej miejscowości Turza ze szczególnym uwzględnieniem funkcji społeczno- kulturowych, wartość całkowita 164 172, 62 zł dla Parafii Rzymskokatolickiej w Turzy.

Do wykazu tego odwołujący załączył odpowiednie referencje.

Pismem z dnia 10 maja 2011r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia w terminie 3 dni treści oferty w powyższym zakresie. Wskazał, że wskazane w ofercie referencje nie odpowiadają swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Żądał dostarczenia stosownych referencji i uprzedził, że niezłożenie wyjaśnień uniemożliwi dokonanie oceny oferty, co skutkować będzie jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Przy piśmie z dnia 13 maja 2011r. Odwołujący dołączył brakujące referencje. Nadto złożył nowy wykaz z wykonanych robót. W wykazie tym przedstawił następujące roboty:

Budowa drogi dojazdowej do Pawilonu Handlowego przy ul. Kolejowej w Sanoku, wartość całkowita 349 079, 09 zł dla Urzędu Gminy w Jaśle;

Budowa wewnętrznej drogi dojazdowej z chodnikiem i miejscami postojowymi oraz przebudowa kolidującej infrastruktury przy ul. Piotra Skargi i ul. Farnej w Jaśle, wartość całkowita 131 769, 00 zł dla Bogdana Kozaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo- Usługowa Bogdan Kozak.

Pismem z dnia 13 maja 2011r. Zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy. Zamawiający wskazał, że ani referencje odwołującego złożone w ofercie ani w piśmie z dnia 13 maja 2011 r. nie spełniają wymogów określonych w pkt 5.2 SIWZ.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba uznała odwołanie za skuteczne.

Wskazała, że ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że brak było podstaw do odrzucenia oferty i wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący w swym wykazie przedstawił co prawda nie tylko prace zbieżne z przedmiotem zamówienia czyli z przebudową drogi leśnej, ale również inne - nieprzydatne do przedstawienia doświadczenia i wiedzy do budowy takiej drogi, nie mniej jednak okoliczność ta nie mogła zdyskwalifikować jego oferty.

Zdaniem Izby spośród wymienionych przez Odwołującego prac, do prac odpowiadających rodzajowo przedmiotowi zamówienia należy zaliczyć m.in.: budowę dróg dojazdowych, parkingów, placów z nawierzchni brukowej itd., które to prace co do ich charakteru w znaczeniu ich przydatności do oceny wiedzy i doświadczenia w zakresie remontu dróg leśnych nie powinny budzić wątpliwości Zamawiającego. Mógł on natomiast mieć wątpliwość co do udziału wartościowego prac odnoszących się do remontu dróg. W takiej zaś sytuacji powinien wystąpić do Odwołującego z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 4 ustawy.

Co do wezwania zastosowanego przez Zamawiającego do wyjaśnienia oferty, izba uznała zaś, że było ono niejednoznaczne i nie nadawało się do wykonania. Nie zawierało ono podstawy prawnej oraz było sprzeczne w swej treści. Zamawiający żądał wyjaśnienia treści oferty, co kwalifikowałoby wezwanie do dyspozycji zawartych w art. 26 ust. 4 ustawy, a z drugiej strony w tym samym celu żądał nowych dokumentów tj. referencji, które to służą potwierdzeniu należnego wykonania umowy a nie zakresu, rodzaju, ilości i innych cech opisujących zrealizowane zamówienie.

Mając to na uwadze Izba uznała, że oferta odwołującego będzie przedmiotem oceny w ponownym badaniu a zamawiający wezwie jedynie Odwołującego do wyjaśnienia czy udziały robót odpowiadających rodzajowo przedmiotowi zamówienia w poszczególnych robotach budowlanych ujętych w wykazach miały wymaganą wartość co najmniej 100 000 zł.

Powyższy wyrok zaskarżył w całości skargą Zamawiający, zarzucając mu naruszenie:

- art. 180 ust. 5 ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie wskutek uznania, że uczestnik prawidłowo zawiadomił skarżącego o wniesieniu odwołania;

- art. 7 ust. 1 i art. 89 ustawy poprzez uznanie, że Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę uczestnika postępowania.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i odrzucenie odwołania, a ewentualnie o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu sprecyzował, że Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania faxem w godzinach wieczornych (około godz. 20.00) w dniu 18.05.2011r. co uniemożliwiło Zamawiającemu zapoznanie się z jego treścią przed upływem terminu wskazanego do wniesienia odwołania, a który to upływał w tymże dniu. Zamawiający, co jest faktem powszechnie znanym, urzęduje bowiem w godz. od 7.00 do 15.00, a zatem wiadomość o odwołaniu powziął dnia następnego.

Co do naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ustawy skarżący podniósł, że

odwołujący powinien do znajdującej się w załączniku do SIWZ tabeli wpisać rodzaje robót odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia oraz podać wartości tego typu robót.

Uczestnik tymczasem wpisał do tabeli nie tylko nazwę zadania, które obejmowało roboty odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia ale także inne roboty. Wskazał przy tym łączną wartość zadania bez określenia, wartości robót odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. W tym stanie rzeczy wykaz robót w połączeniu z referencjami nie pozwalał na należytą ocenę jego oferty. Zdaniem Skarżącego to na odwołującym leżał ciężar spełnienia przedmiotowych wymogów w sposób nie nasuwający żadnych wątpliwości, a Zamawiający nie mógł domniemywać, że miało to miejsce.

Co do wezwania wskazał, że w zakresie w jakim dotyczyło ono wyjaśnienia złożonej oferty jako treści wynikała z tego, że wskazane w ofercie referencje nie odpowiadały swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, co uniemożliwiało ustalenie, czy poszczególne prace składające się na wykonanie roboty spełniają wymóg wartości robót określonych w SIWZ. Co do części w jakiej treść ta odnosiła się do przedłożenia stosownych referencji, wskazał natomiast, że wezwanie miało na celu umożliwić Odwołującemu przedstawienie dodatkowych dokumentów, które pozwoliłyby mu określić wartość prac, jeśli nie był on w stanie podać tej wartości samodzielnie. Takie wezwanie Zamawiającego do jednoczesnego złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów oferty zdaniem skarżącego było zaś dozwolone w świetle art. 26 ust. 3 i 4 ustawy.

Uczestnik, jeśli twierdził, że załączone do oferty referencje zawierają roboty odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, mógł złożyć wyjaśnienia , określając rodzaj tych robót oraz ich wartość lub przedłożyć dodatkowe dokumenty, tak aby zamawiający mógł ocenić czy uczestnik spełnia wymagania SIWZ. Jeśli zaś uznał, że załączone referencje są niewystarczające, mógł złożyć nowy wykaz robót i związane z nim referencje.

Zdaniem skarżącego to Wykonawca powinien określić, które roboty składające się na zamówienie odpowiadają rodzajem i wartością robotom będącym przedmiotem zamówienia. Zaniechanie w tym zakresie zaś powoduje, że nie został spełniony warunek określony w pkt 5.2 SIWZ. Podobnie warunku tego nie spełniają referencje przedłożone przez Odwołującego w trybie uzupełnienia oferty. Z referencji tych nie wynika jaki zakres robot obejmowała budowa drogi oraz jaka była wartość tych prac.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest niezasadna, a podniesione w niej zarzuty nie mogą zostać uwzględnione.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest prawidłowy i odpowiada prawu.

Żadnych skutków nie może odnieść w szczególności zarzut naruszenia art. 180 ust. 5 ustawy.

Zgodnie z brzmieniem tego przepisu odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocąjednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2.

W ocenie Sądu Okręgowego kopia odwołania została przesłana zgodnie z wymogami w/w przepisu. Została ona wysłana faksem w dniu 18.05.2011r. tj. w dniu którego końcem upływał zakreślony termin.

Uznać bowiem należy, iż skutecznie dokonane doręczenie treści oświadczenia woli do Zamawiającego, np. drogą faksową, nawet po godzinach pracy, wyczerpuje hipotezę „możliwości" zapoznania się z jego treścią i tym samym przesądza o dniu jego wykonania. Terminy do wnoszenia środków ochrony prawnej - początek ich biegu czy upływ okresu na wniesienie - oznacza się zgodnie z przepisami ustawy w pełnych dniach (art. 180 ust. 2 i art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 111 § 1 kc). Przyjmuje się więc, iż na skutek decyzji lub faktycznych działań zamawiających czy wykonawców, terminy te nie mogą być ograniczane do części dnia.

Należy w tym miejscu zauważyć, iż godziny pracy Urzędu nie stanowiły dla Zamawiającego przeszkody w wysłaniu również drogą faksu informacji do Wykonawcy o wynikach badania i oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej. Miało to miejsce w dniu 13.05.2011r. po godzinie 16.00 tj. zarówno po godzinach swojego urzędowania, jak i po godzinach pracy biura Wykonawcy. Słusznie podnosi zatem Wykonawca, iż termin do wniesienia odwołania, przy przyjęciu argumentacji skarżącego za trafną, upływałby dopiero w dacie 19.05.2011r.

Co więcej, jak wynika protokołu z posiedzenia przed Izbą, którego to skarżący w żaden sposób nie kwestionował, skarżący sam przyznał, że w zakresie upływu terminu do złożenia odwołania obowiązują przepisy kc, gdzie upływ terminu oznaczonego w dniach następuje z upływem dnia oznaczonego na upływ terminu.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że brak było podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przedstawiony zarzut.

Również bezpodstawnie skarżący wskazywał na naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 ustawy, które to miałoby prowadzić do takiego skutku.

Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko Izby, że niedokładności oferty złożonej przez Wykonawcę nie były tego rodzaju aby można było stwierdzić, że oferta ta w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt nie odpowiada treści pkt 5. 2 SIWZ.

Zgodnie z przedmiotowym zapisem SIWZ od potencjalnych wykonawców w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego wymagano: zrealizowania minimum 2 przedsięwzięć zrealizowanych w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadającym swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. w zakresie remontu lub budowy dróg o wartości minimum 100 000 zł netto każde oraz przedstawienia dokumentacji (np. referencje), w ilości minimum dwóch od poprzednich Zamawiających potwierdzających, że w/w prace zostały wykonane z należytą starannością.

Nie nasuwa zaś wątpliwości, że w ramach przedsięwzięć wskazanych przez wykonawcę w ofercie a także jej uzupełnieniu mieściły się m.in. prace odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Na uzasadnienie swej argumentacji skarżący wskazuje, że to na wykonawcy spoczywał ciężar takiego sformułowania oferty, aby nie zachodziły żadne wątpliwości co do tego, że opisany wymóg został spełniony, a co miałoby miejsce gdyby wykonawca wyodrębnił prace spełniające wskazane wymogi oraz określił ich wartość.

Podkreślenia wymaga w pierwszej kolejności, że powyższe twierdzenia nie znajdują żadnej podstawy prawnej. Przeciwnie, ustawodawca uregulował sytuację, w której przedłożona oferta nasuwa wątpliwości, wskazując właściwy tryb postępowania. I tak, zgodnie w art. 26 ust. 4 ustawy wskazał, że w takim przypadku zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonych w ofercie oświadczeń lub dokumentów.

Podzielić należy stanowisko Izby co do tego, że przewidziany tu sposób sprecyzowania oferty nie może prowadzić do przedkładania nowych dokumentów. W szczególności brak jest podstaw do żądania w tym trybie złożenia nowych referencji, albowiem to pozostawałoby w sprzeczności z istotą przedmiotowego trybu,

który to ma na celu jedynie doprecyzowanie spełnienia warunków określonych w SIWZ. Domaganie się złożenia nowych referencji oznaczałoby zaś w istocie uznanie, że przedłożona oferta warunków tych nie spełnia.

Uwagę zwraca, że skarżący stanowiska tego ostatecznie nie kwestionuje, a jedynie nieskutecznie usiłuje tłumaczyć, że w istocie w wezwaniu o uzupełnienie chodziło o to, aby zamawiający wskazał prace odpowiadające przedmiotowi zamówienia z podaniem ich wartości lub w przypadku stwierdzenia, że załączone do oferty referencje są niewystarczające złożył nowy wykaz robót i związane z nim referencje.

Takie tłumaczenie uznać należy za nieskuteczne a to z dwóch przyczyn.

Po pierwsze zważyć należy, że z treści wezwania z dnia 10 maja 2011r. w żaden sposób nie wynika wskazywany przez skarżącego jego cel. Przeciwnie jego analiza pozwala twierdzić, że zamawiający uznał, że przedstawione w ofercie prace nie odpowiadają swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia co wymaga przedłożenia „stosownych", tj. innych referencji. Do tak zaś sformułowanego wezwania, w którym to nie podano żadnej podstawy prawnej, prawidłowo zatem ustosunkował się wykonawca, wskazując na inne przedsięwzięcia, w ramach których realizował m.in. prace odpowiadające przedmiotowi zamówienia.

Po drugie stwierdzić należy, jak prawidłowo wskazała Izba, że w zaistniałych okolicznościach skarżący na zasadzie art. 26 ust. 4 domagać się mógł jedynie wskazania jaką wartość w ramach wymienionych w ofercie przedsięwzięć miały te, które składały się na przedmiot zamówienia. Skarżący sam bowiem ostatecznie przyznał, że wśród prac wymienionych w ofercie znajdowały się te odpowiadające przedmiotowi zamówienia, a jedynie nie sposób było stwierdzić ich wartości.

Ciężarem wskazanych uchybień w zakresie wezwania o uzupełnienie oferty skarżący nie może obciążać wykonawcy, co bezpodstawnym czyni domaganie się przez niego oddalenia odwołania. Wzywając do złożenia jakichś dokumentów należy uzasadnić taką czynność. W takim uzasadnieniu musi się znaleźć wskazanie, które dokumenty (oświadczenia, pełnomocnictwa) należy uzupełnić, jakimi cechami muszą się te dokumenty charakteryzować i dlaczego zamawiający kwestionuje zawartość oferty. Wezwany wykonawca winien z samej treści wezwania uzyskać wiedzę, z jakich przyczyn zamawiający ocenia złożone przez niego dokumenty jako niewystarczające, aby mieć możliwość stosownej odpowiedzi i złożenia oświadczeń lub dokumentów odpowiadających wezwaniu zamawiającego, bądź wniesienia środka ochrony prawnej.

Na marginesie można też zauważyć, że już sam załącznik nr 3 do SIWZ, który to został przedłożony oferentom do wypełnienia mógł nasuwać wątpliwości. Zgodne z zasadami doświadczenia życiowego i logiki jest, że prace w zakresie remontu lub budowy dróg są zwykle realizowane w ramach jakiś większych przedsięwzięć, w których to obok takich prac, jak w niniejszym przypadku, realizowane są także inne prace. W tabeli przedstawionej w załączniku zamawiający tego zaś nie uwzględnił i umieścił w nim jedynie rubrykę - wartość całkowita robót. Spodziewać się zatem można, że oferent wypełniający taką tabelę, mógł mieć wątpliwości czy chodzi o wartość całego przedsięwzięcia, czy też wartość prac odpowiadających przedmiotowi zamówienia. W konsekwencji zaś takie wątpliwości miał także sam zamawiający odczytujący ofertę wykonawcy.

Z tych wszystkich przyczyn skarga jako niezasadna podlegała oddaleniu, o czym orzeczono jak w sentencji na zasadzie art. 198 f ust. 2 ustawy.

O koszach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 kpc oraz § 6 pkt 7 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. nr 163, poz.1349).

6