

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 lutego 2011 r

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy

Przewodniczący: SSO Maria Kozubska Maciaga (spr)

Sędziowie: SSO Krystyna Faściszewska - Rąba

SSO Blanka Zorębska

Protokolant: sekr. sądowy Iwona Zdebel

na rozprawie w dniu 27 stycznia 2011 r. rozpoznał sprawę z odwołania
KONSORCJUM FIRM:

*-ECM Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
-Ukrstalkonstrukcja O.S.A w Kijowie*

*-Raczkiewicz Chenczke Consultants Danuta Mirosława Raczkiewicz-
Chenczke Warszawa*

przeciwko

*Górnośląskiemu Towarzystwu Lotniczemu Spółce Akcyjnej w Katowicach
o udzielenie zamówienia publicznego*

na skutek skargi odwołującego

KONSORCJUM FIRM:

*-ECM Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
-Ukrstalkonstrukcja O.S.A w Kijowie*

*-Raczkiewicz Chenczke Consultants Danuta Mirosława Raczkiewicz-
Chenczke Warszawa*

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień
Publicznych w Warszawie
z dnia 22 października 2010 r. sygn. akt KIO 2225/10

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zatrzymania wadium,
2. zasądza od zamawiającego na rzecz skarżącego kwotę 15.000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego oraz kwotę 13.600,00 zł (trzyście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

Sygn. akt XIX Ga 545/10

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie wyrokiem z dnia 22 października 2010r., sygn. akt KIO 2225/10 oddaliła odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a to ECM Group Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, UKRSTALKONSTRUKCJA O.S.A. w Kijowie, Ukraina oraz Danuty Mirosławy Raczkiewicz - Chenczke, wniesione wobec czynności Zamawiającego - Górnośląskiego Towarzystwa Lotniczego Spółki Akcyjnej w Katowicach, polegającej na zatrzymaniu wadium Odwołującego w kwocie 200.000 zł w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi Inżyniera w ramach projektu „Port Lotniczy w Katowicach - rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej”.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia przede wszystkim wskazano, iż czynność zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 ze zm.), dalej jako Pzp, jest czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem przepis art. 189 ust. 2 pkt. 1 Pzp w niniejszej sprawie nie ma zastosowania.

W toku postępowania ustalono, że wnoszący odwołanie wykonawca został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niezłożenia dokumentów potwierdzających, że usługi wskazane w wykazie osób zostały wykonane prawidłowo, do czego został zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający za takie dokumenty potwierdzające nie uznał bowiem oświadczenia trzech ekspertów. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż zarówno czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów, jak również czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania nie zostały w terminie zaskarżone, tym samym decyzją Zamawiającego stała się ostateczna, a jej zasadność nie podlega badaniu przez Izbę. Nie jest zatem możliwe rozstrzyganie ani w przedmiocie rodzaju dokumentów,

mających potwierdzać należyte wykonanie usług w zakresie wymaganym w punkcie 9.1.3. specyfikacji ani w przedmiocie zasadności tego warunku. Izba podkreśliła, iż ustawa w art. 180 ust. 1-4 Pzp określa termin, w jakim możliwe jest skuteczne wniesienie odwołania na daną czynność, zaś uchybienie terminowi w każdym przypadku skutkuje odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Jak podkreśliła Izba w uzasadnieniu rozstrzygnięcia, w świetle art. 179 ust. 1 Pzp, nie ulega wątpliwości, iż czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania podlegała zaskarżeniu. W odniesieniu do zarzutu bezpodstawnego zatrzymania wadium, Izba stwierdziła, iż wobec jednoznacznego brzmienia przepisu art. 46 ust. 4a Pzp, wykonawca winien udowodnić, iż niedostarczenie przez wykonawcę dokumentów wymaganych przez Zamawiającego wynikało z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy, czego w ocenie Izby wykonawca nie uczynił. Wykonawca przede wszystkim nie udowodnił, że podjął działania zmierzające do uzyskania dokumentu referencyjnego (potwierdzającego należyte wykonanie usługi), jednak próby nie

powiodły się bądź, że zwracał się do Zamawiającego o przedłużenie wyznaczonego terminu. Nadto podkreślono, iż żądanie dokumentów referencyjnych na podstawie art. 138c ust. 1 pkt. 2 Pzp nie wyłącza zastosowania art. 46 ust. 4a Pzp.

O kosztach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku postępowania oraz przy uwzględnieniu § 3 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41, poz. 238).

Od opisanego wyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej skargę do Sądu Okręgowego wniosli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, reprezentowani przez lidera konsorcjum ECM Group Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zaskarżając go w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucili:

1. naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść
orzeczenia, tj. art. 179, 180 ust. 1 i 3, art. 182 ust. 1 pkt. 1, art. 190
ust. 1 i 7 oraz art. 191 ust. 2 w zw. z art. 46 ust. 1 i 4a Pzp, polegające
na nierozpoznanii przez Izbę całości przesłanek zatrzymania
wadium;
2. naruszenie prawa materialnego przez jego błędną wykładnię i
niewłaściwe zastosowanie, tj. błędną wykładnię art. 46 ust. 4a Pzp,
polegającą na uznaniu, że wadium wykonawcy podlega zatrzymaniu
w okolicznościach niniejszej sprawy.

Wskazując na powyższe uchybienia, skarżący wniosli o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i rozpatrzenie przez Sąd sprawy co do istoty, zgodnie z art. 198f ust. 2 zd. 2 Pzp, a w konsekwencji nakazanie unieważnienia czynności zatrzymania wadium skarżącego, a nadto obciążenie przeciwnika skargi kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym oraz przed Krajową Izbą Odwoławczą wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu skargi podniesiono, że wykonawca złożył żądane przez zamawiającego dokumenty, a jedynie nie zostały one uznane przez zamawiającego za odpowiadające jego wymaganiom. Ponadto sam wymóg żądania dołączenia do wykazu osób dokumentów potwierdzających należyte wykonanie przez nich usług składających się na ich doświadczenie zawodowe jest bezprawny. Skarżący kwestionował również stanowisko KIO, że skoro skarżący został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu nieprzedłożenia dokumentów na wezwanie i nie złożył odwołania, to nie można orzekać o prawidłowości uzupełnienia dokumentów. Zdaniem skarżącego jego wykluczenie nastąpiło na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, a nie z uwagi na brak przedłożenia dokumentów, chociaż może to prowadzić do wniosku, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skoro więc przyczyną wykluczenia i zatrzymania wadium była ta sama okoliczność, to nie można było uznać, że ocena tej okoliczności została ostatecznie przesądzona. Z ostatecznością wykluczenia skarżący się godził, niezależnie od jego zasadności, gdyż nie miał możliwości wyeliminowania wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wnosil o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania.

Podnosił, że skarżący uchybił obowiązkowi przedłożenia prawidłowych dokumentów. Oświadczenia Jana Gajewskiego, Stanisława Soska i Macieja Macionczyka były ich własnymi oświadczeniami, które nie mogły korzystać z waloru obiektywności i bezstronności. Zamawiający wymagał dokumentu potwierdzającego

należyte wykonanie zamówienia. Nadto skarżący nie udowodnił, że niezłożenie dokumentów wynikało z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy.

Wreszcie podkreślał, że weryfikacja kwalifikacji i doświadczenia zawodowego poszczególnych ekspertów do wykonania przedmiotowego zamówienia miała kluczowe znaczenie dla oceny ofert wykonawców. Celem zamawiającego było wybranie Zespołu Inżyniera kontraktu, w skład którego weszliby eksperci o najwyższych kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym. Żądanie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wcześniejszych usług w sposób należyty odnosiło się bezpośrednio do przedmiotu zamówienia i pozostawało w zgodzie z art. 138 „c” ust.1 pkt.2 ustawy Pzp.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył co następuje:

Skarga wykonawcy podlega uwzględnieniu w kierunku przez niego wskazywanym, co skutkowało zmianą zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający - Gómośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi Inżyniera w ramach projektu „Port Lotniczy w Katowicach - rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej”.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazane zostały warunki udziału w postępowaniu, w szczególności dotyczące zdolności technicznej. Wśród tych warunków znajdował się wymóg dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - ekspertami, którzy mieliby pełnić wyraźnie określone funkcje: Inżynier Rezydent, inspektorzy nadzoru w specjalnościach budowa dróg i lotnisk, sanitarny, elektryczny oraz ekspert ds. rozliczeń finansowych

i raportowania, ekspert do zamówień publicznych i ekspert ds. działań informacyjnych i promujących.

W celu potwierdzenia spełnienia warunków wykonawca zobowiązany był do złożenia wykazu wykonanych przez siebie usług w zakresie określonym w SIWZ oraz dołączyć dokumenty potwierdzające, że usługi te wykonane zostały należyście.

Oprócz tego wykonawcę obciążono również obowiązkiem złożenia m. in. referencji (dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług) dla osób - ekspertów wymienionych w wykazie osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował, a które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Bezpomnym pozostawało, że wykonawca: Konsorcjum firm: ECM Group sp. z o.o. Warszawie (lider), Ukrstalkonstrukcja O.S.A na Ukrainie i Raczkowicz Chenczke Consultants z Warszawy składając ofertę nie dołączył do niej referencji dla ekspertów, uczynił to dopiero po wezwaniu przez wykonawcę do złożenia brakujących dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania informując go w dniu 21 września 2010 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu jego oferty.

Skarżące Konsorcjum od czynności zamawiającego nie wniosło odwołania, uznając, że nie ma możliwości skutecznego wyeliminowania wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Nie skarżyło też czynności wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Zamawiający w dniu 4 października 2010 r. zwrócił się do wystawcy gwarancji

wadialnej złożonej przez skarżącego z żądaniem wypłaty wadium powołując się na przepis art.46 ust.4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tę czynność zamawiającego Konsorcjum zaskarżyło odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej, a organ ten odwołanie oddalił z motywacją opisaną we wstępnej części nin. uzasadnienia.

Sąd Okręgowy nie podziela w pełni poglądu wyrażonego przez KIO, że o prawidłowości zastosowania przez zamawiającego sankcji określonej w art.46 ust.4a Pzp w okolicznościach rozpoznawanej sprawy decydują wyłącznie dwie przesłanki: wystosowanie przez zamawiającego wezwania o którym mowa w art.26 ust.3 Pzp oraz

nieudowodnienie przez wykonawcę, że nieuzupełnienie dokumentów nastąpiło bez jego winy.

Przepis art.46 ust.4a Pzp mówiący, że „zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art.26 ust.3 nie złożył dokumentów lub oświadczeń o których mowa w art.25 ust.1, chyba, że udowodni, iż wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”, ma charakter restrykcyjny, stąd niedopuszczalna jest jego wykładnia rozszerzająca.

Sankcja w postaci zatrzymania wadium może być - zdaniem Sądu Okręgowego - zastosowana tylko wówczas, gdy wykonawca - w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego - nie złożył dokumentów wskazanych w Rozporządzeniu 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) wydane na podstawie art.25 ust.2 Pzp.

Stąd też dla oceny zaistnienia warunków do zatrzymania wadium niezbędne jest ustalenie, nie tylko wystosowania przez zamawiającego wezwania, ale też faktu niezadośćuczynienia temu wezwaniu przez wykonawcę tj. niezłożenia dokumentów.

Złożenie dokumentów, które w ocenie zamawiającego nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie spełniają - w ocenie Sądu Okręgowego orzekającego w nin. sprawie - ustawowej przesłanki zezwalającej na zatrzymanie wadium.

Wątpliwości budzi także, objęcie tą sankcją sytuacji, gdy np. nie złożone zostały przez wykonawcę dokumenty nie wymienione w §1 ust.2 pkt.5, 5a czy 6 cyt. wyżej Rozporządzenia, a których zamawiający mógł żądać na podstawie szczególnego upoważnienia wynikającego z treści art.138 „c” ust.1 pkt.2 Pzp.

Wskazany przepis zezwala zamawiającemu prowadzącemu postępowanie co do udzielenia zamówienia sektorowego - na żądanie przedstawienia także innych niż określone w przepisach cyt. Rozporządzenia - dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków.

Nie ma racji skarżący, że żądanie przez zamawiającego sektorowego również innych dokumentów niż wymienione w Rozporządzeniu wykonawczym jest

bezprawne, gdyż prawo zamawiającego w tym zakresie znajduje prawne uzasadnienie właśnie w treści art. 138 „c” ust.1 pkt.2 Pzp.

Literalna wykładnia przepisu art.46 ust.4a Pzp wskazuje, że sankcja w nim przewidziana dotyczy niezłożenia dokumentów i oświadczeń o których mowa w art.25 ust.1.

Ustawodawca nie zastrzegł sankcji zatrzymania wadium w sposób ogólny - np. przez użycie sformułowania „dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i wymagań zamawiającego”, ale go uszczegółowił.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Sąd Okręgowy uznał, że nie zasły przesłanki do zatrzymania wadium skarżącego na podstawie art.46 ust.4a Pzp, co uzasadnia zmianę wyroku KIO poprzez nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności zatrzymania wadium.

Orzekając jak w sentencji Sąd Okręgowy oparł się na przepisie art. 198 „f” ust.2 Pzp, a w zakresie kosztów postępowania skargowego - art. 198 „f” pkt.5 Pzp zasądzając je na rzecz wygrywającego spór skarżącego.