

WYROK

z dnia 3 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów WAPNOPOL Sp. z o.o. ul. Młodzieżowa 3/32, 09-100 Płońsk oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów ERBEDIM Sp. z o.o. ul. Żelazna 3, 97-300 Piotrków Trybunalski

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie
ul. Kruczkowskiego 3, 00-380 Warszawa**

protestu z dnia 13 października 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów WAPNOPOL Sp. z o.o. ul. Młodzieżowa 3/32, 09-100 Płońsk oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów ERBEDIM Sp. z o.o. ul. Żelazna 3, 97-300 Piotrków Trybunalski i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów WAPNOPOL Sp. z o.o. ul. Młodzieżowa 3-32, 09-100 Płońsk oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów ERBEDIM Sp. z o.o. ul. Żelazna 3, 97-300 Piotrków Trybunalski,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów WAPNOPOL Sp. z o.o. ul. Młodzieżowa 3/32, 09-100 Płońsk oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów ERBEDIM Sp. z o.o. ul. Żelazna 3, 97-300 Piotrków Trybunalski** na rzecz **Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie ul. Kruczkowskiego 3, 00-380 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów WAPNOPOL Sp. z o.o. ul. Młodzieżowa 3-32, 09-100 Płońsk oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów ERBEDIM Sp. z o.o. ul. Żelazna 3, 97-300 Piotrków Trybunalski.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 617 relacji: Przasnysz-Ciechanów, na całej długości, tj. na odcinku od km 0+000 do km 23+885* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 czerwca 2009 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2009/S 129-188042. Zamawiający określił wartość zamówienia na 75.327.070 złotych, tj. 19.428.714,76 euro.

Zamawiający, powołując się na warunek udziału w postępowaniu określony w punkcie 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pismem z 24 września 2009 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia oraz zakresu wykonywanych przez nich czynności ze względu na to, iż nie wykazano dysponowania kierownikiem budowy o wymaganym doświadczeniu na 2 zamówieniach odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia – dla osoby wskazanej na stanowisko kierownika wykazano jedynie funkcję zastępcy kierownika budowy. W dokumentacji postępowania znajduje się wydruk z faksu potwierdzający nadanie do Odwołującego (na numer faksu wskazany w ofercie) 24 września 2009 r. dwóch stron (bez wydruku widoku pierwszej strony nadanego pisma) oraz zwrotka Poczty Polskiej potwierdzająca nadanie listu 24 września 2009 r. i jego odbiór 28 września 2009 r.

6 października 2009 r. Odwołujący otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na niezłożenie w wymaganych terminie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku określonego w punktach 3.2 i 3.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na tę czynność 13 października 2009 r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne

jego wykluczenie z postępowania, a w konsekwencji stworzenie możliwości zatrzymania wniesionego przez niego wadium oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wyznaczenie nierealnego terminu na ponowne złożenie wymaganych w przedmiotowym wezwaniu dokumentów.

Zdaniem Odwołującego czynność wykluczenia została dokonana z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który uniemożliwia wykluczenie wykonawcy z postępowania bez uprzedniego, zgodnego z obowiązującymi zasadami, wezwania go do ponownego złożenia brakujących bądź zawierających błędy dokumentów, a takiego wezwania Zamawiający zaniechał, bowiem za wypełnienie tego obowiązku nie można uznać doręczenia Odwołującemu 28 września 2009 r. pisma zobowiązującego do dostarczenia Zamawiającemu jeszcze tego samego dnia, potwierdzonego za zgodność z oryginałem brakującego dokumentu. Odwołujący wysłał Zamawiającemu brakujący dokument pocztą w tym samym dniu, w którym otrzymał wezwanie, zatem zachował należyta staranność wymagana przepisem art. 355 ustawy Kodeks cywilny. Nie mógł on wysłać dokumentu faksem bądź pocztą elektroniczną, gdyż naruszałoby to zasadę pisemności (art. 9 w zw. z art. 82 ustawy Prawo zamówień publicznych – pisemność pod rygorem nieważności), a dokument wysłany faksem bądź pocztą elektroniczną nie może być uznany za kopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Tym samym nie dano Odwołującemu rzeczywistej możliwości ponownego złożenia dokumentu, tym bardziej, że skutkiem może być zatrzymanie wadium Odwołującego w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe oznacza więc konieczność dokonania przez Zamawiającego powtórzenia oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wezwanie go do złożenia brakującego dokumentu z wyznaczeniem realnego terminu na dokonanie tej czynności tj. minimum 3 dni od doręczenia wezwania. W przeciwnym razie doszłoby do naruszenia zasady określonej w przepisie art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. niezastosowanie się do obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Ze względu na to, że składając Odwołujący złożył najdroższą, siódmą w kolejności ofertę, wystarczającym spełnieniem żądań byłoby również uznanie, iż w przedmiotowej sprawie nie zachodzi przesłanka zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający oddalił protest 22 października 2009 r. stwierdzając, iż Odwołujący został wykluczony zasadnie, został bowiem wezwany do uzupełnienia dokumentów w wyznaczonym terminie 28 września 2009 r. Odwołujący w wyznaczonym dniu żądanych dokumentów nie uzupełnił, przesyłkę doręczono dopiero 5 października 2009 r. Zatem Odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co skutkować musi jego wykluczeniem. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wyznaczenie nierealnego terminu na uzupełnienie jest zarzutem spóźnionym i niezasadnym. Odwołujący, kwestionując zbyt krótki termin na uzupełnienie dokumentów, mógł wnieść protest na czynności Zamawiającego w terminie wskazanym w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli 10 dni od dnia, w którym powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, czyli, jeśli nawet otrzymał wezwanie 28 września 2009 r., najpóźniej 8 października 2009 r. Zatem niniejszy protest w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznać należy za spóźniony.

Poza tym Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów faksem 24 września 2009 r.

Natomiast czynność zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych nie została dokonana, zatem protest w tym zakresie jest przedwczesny.

Od tego rozstrzygnięcia 30 października 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty protestu oraz wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i powtórzenie czynności badania i oceny ofert wraz z ponownym wezwaniem go do złożenia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy

Prawo zamówień publicznych i wyznaczenie mu terminu co najmniej 3 dni na dokonanie tej czynności od doręczenia wezwania lub uwzględnienie przedstawionych w proteście dowodów za wystarczające do zaniechania czynności zatrzymania jego wadium na podstawie przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, który nie ma zastosowania w sytuacji kiedy niezłożenie dokumentów wynika z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy.

W oparciu o powyższy stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy Izba zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż protest dotyczący wad wezwania do uzupełnienia dokumentów został złożony po terminie. Przepis art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Bezsporne jest, iż Odwołujący powziął taką wiadomość nie później niż 28 września 2009 r., a zatem od tego dnia biegnie ustawowy 10-dniowy termin. Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba zobowiązana jest odrzucić odwołanie, jeśli protest został wniesiony z uchybieniem terminów określonych w ustawie. Ponieważ jednak odrzuceniu nie podlega całe odwołanie, tj. niektóre z zarzutów podlegają rozpoznaniu, Izba orzeka wyrokiem co do meritum sprawy, a odrzucenie, w postaci nierozpatrywania zarzutu podlegającego odrzuceniu, odnosi wyłącznie do poszczególnych zarzutów.

W odniesieniu do zarzutu wykluczenia Odwołującego z postępowania Izba uznała, iż czynność ta została dokonana przez Zamawiającego prawidłowo. Odwołujący nie uzupełnił wymaganych dokumentów w wyznaczonym terminie, tj. do 28 września 2009 r., co jest bezsporne, a dochowanie wyznaczonego terminu stanowi, zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, warunek skutecznego uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący nie poinformował również Zamawiającego w stosownym terminie, tj. przed upływem terminu wyznaczonego na uzupełnienie dokumentów, że przedmiotowe pismo wzywające do uzupełnienia dokumentów otrzymał dopiero 28 września 2009 r. i w związku z tym dotrzymanie pierwotnie wyznaczonego terminu nie jest możliwe, nie poprosił także o zmianę tego terminu. (W tym przypadku korespondencja pomiędzy Stronami mogła odbywać się za pomocą faksu.) Informacja ta pojawiła się dopiero w proteście. Tak więc Zamawiający miał prawo trwać w przekonaniu, iż faks wysłany 24 września 2009 r. dotarł do adresata, a ten nie uzupełnił wskazanych dokumentów, co skutkuje wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, który nakazuje Zamawiającemu zatrzymać 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, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie, Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z wymogami wynikającymi z zasady demokratycznego państwa prawnego, a co zostało wprost wyrażone w art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Oznacza to, że organy takie mogą powstać tylko na podstawie prawnej, a normy prawne muszą określać ich kompetencje, zadania i tryb postępowania, wyznaczając tym samym granice ich działania, a organy te mogą działać tylko w tych wyznaczonych granicach. Krajowa Izba Odwoławcza jest organem powołanym do rozpatrywania odwołań będących jednym ze środków ochrony prawnej określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Jednak instytucja zatrzymania wadium, jakkolwiek przewidziana w powyższym przepisie ustawy Prawo zamówień publicznych i mająca za podstawę postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest związana z samym uzyskaniem zamówienia, zatem Izba nie ma podstaw prawnych do rozpoznawania sprawy w tym zakresie. Zdaniem Izby, może ona wydawać orzeczenia dotyczące nieprawidłowego zatrzymania wadium wyłącznie w przypadku, gdy są one związane z możliwością dalszego uczestniczenia wykonawców w postępowaniu, a tym samym ubiegania się o zamówienie.

W niniejszej sprawie ustalono, że wykonawca nie zostanie przywrócony do postępowania, zatem ewentualne zatrzymanie wadium, nawet jeśli naruszałoby przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest związane z możliwością uzyskania przez niego zamówienia, więc, zgodnie z art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest przedmiotem właściwym dla zastosowania środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Spór pomiędzy Stronami jest bowiem sporem o charakterze ściśle majątkowym, a zatem właściwym do rozstrzygania przez sądy powszechne. Tym bardziej, iż z przedstawionego przez Zamawiającego pisma gwaranta z 13 listopada 2009 r. wynika, iż odmówił on wypłaty wadium m.in. ze względu na nieważność samej gwarancji.

Za tym stanowiskiem przemawia także fakt, iż, kierując się dyspozycją art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż Izba może uwzględnić odwołanie tylko wówczas, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba, nawet w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości zatrzymania wadium przy braku wpływu tej czynności na wynik postępowania, nie mogłaby odwołania uwzględnić i nakazać zamawiającemu zwrotu wadium, a tym samym wykonawcy zostaliby pozbawieni możliwości ochrony swoich praw majątkowych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....