

WYROK

z dnia 29 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Izabela Kuciak

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe "FLISBUD" Stanisław Flis ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, 23-300 Janów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Starostwo Powiatowe, Powiat w Tomaszowie Mazowieckim ul. Św. Antoniego 26, 97-200 Tomaszów Mazowiecki** protestu z dnia **15 czerwca 2009 r.**

orzeka:

1. Oddała odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe "FLISBUD" Stanisław Flis ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, 23-300 Janów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe "FLISBUD" Stanisław Flis ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, 23-300 Janów**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe "FLISBUD" Stanisław Flis ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, 23-300 Janów**.

Uzasadnienie

Zamawiający Powiat Tomaszowski, Tomaszów Mazowiecki wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na postępowanie na „Budowę nowego obiektu Starostwa Powiatowego”.

01.04. 2009 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 57407.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101), zwanej dalej w skrócie Pzp.

02.06. 2009 r. zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów do 04.06. 2009 r. wykonawcę Stanisław Flis Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe FLISBUD, Janów Lubelski.

01-30.06. 2009 r. zwolnienie lekarskie Pana Stanisława Flisa.

08.06. 2009 r. wykonawca FLISBUD złożył protest nr 1 na przedłużenie terminu uzupełnienia dokumentów.

10.06. 2009 r. zamawiający wystąpił do gwaranta z żądaniem zapłaty wadium 420 000 zł.

12.06. 2009 r. (pismo z **09.06.2009 r.**) zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz powiadomił o wykluczeniu wykonawcy FLISBUD i zatrzymaniu jego wadium w kwocie 420 000 zł z powodu zaniechania uzupełnienia w wyznaczonym terminie referencji – upływ terminu związania ofertą i ważności wadium: sobota 13.06.2009 r.

15.06. 2009 r. zamawiający oddalił protest nr 1 na ustanowienie zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów.

15.06. 2009 r. wykonawca Stanisław Flis Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe FLISBUD, Janów Lubelski złożył protest nr 2 na:

- 1) wykluczenie z postępowania w związku z nie uzupełnieniem brakujących w ofercie referencji;
- 2) zatrzymanie wadium.

Czynności Zamawiającego naruszają przepisy art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 46 ust. 4a Pzp oraz art. 5 Kc. w zw. z art. 14 Pzp.

Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia protestującego z postępowania z powodu nie uzupełnienia w terminie brakujących dokumentów;
- 2) odwołanie wszelkich czynności związanych z zatrzymaniem wadium.

Po pierwsze. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie załączonych do oferty przetargowej (referencji) jest zarówno na dzień wykluczenia nas z postępowania jak i w chwili obecnej nieskuteczne (nieprawomocne). Na czynność tę został **09.06.2009 r.** złożony protest, w którym protestujący domaga się przedłużenia terminu do uzupełnienia dokumentu, gdyż wyznaczony przez zamawiającego termin – niespełna dwa dni – był nierealny do zachowania. Dokument pochodzi od podmiotu trzeciego – inwestora, na rzecz którego była

realizowana budowa, dlatego protestujący stanowczo przeciw temu terminowi oponuje jednoznacznie wskazując, że gdyby termin na uzupełnienie był dłuższy wówczas mógłby złożyć właściwy dokument.

Protest z dnia 09.06.2009 r. nie został jeszcze rozstrzygnięty. Termin rozstrzygnięcia mija w dniu **19.06.2009 r.** Zatem dopiero w dniu **20.06.2009 r.** można będzie stwierdzić, czy wezwanie do uzupełnienia było skuteczne czy nie. Wykluczenie, nie mówiąc już o zatrzymaniu wadium, przed tym terminem jest przedwczesne.

Po drugie. Zamawiający zatrzymał wadium bez postępowania wyjaśniającego, czy nie złożenie przez protestującego dokumentów nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie, czy też z powodów od niego niezależnych. Przepis art. 46 ust. 4a Pzp wyraźnie zabrania zamawiającemu zatrzymania wadium jeśli wykonawca udowodni, że jego zaniechanie wynika z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy.

O dokonaniu czynności zatrzymania wadium protestujący dowiedział się w dniu **12.06.2009 r.** Dokument, którego żądał zamawiający został wystawiony przez Lubelskie Hospicjum dla Dzieci im. Małego Księcia. Wykonawca nie miał możliwości uzupełnienia dokumentu w terminie do **04.06.2009 r.**, gdyż nie posiadał tego dokumentu. Oryginał został zagubiony i w związku z tym wykonawca musiał wystąpić o kserokopię do inwestora. Niestety z przyczyn niezależnych nie zdołał uzyskać dokumentu w terminie.

Ponadto protestujący podnosi, że w dniach 2-5 czerwca 2009 r. przebywał na zwolnieniu lekarskim (kserokopia w załączeniu) i nie miał możliwości składania jakichkolwiek oświadczeń wobec osób trzecich, w tym chociażby zredagowania pisma do zamawiającego czy też potwierdzenia za zgodność z oryginałem uzyskanych w końcu referencji.

W związku z powyższym nawet gdyby przyjąć, że nie doszło do uzupełnienia w terminie dokumentu – to nastąpiło to z przyczyn nie leżących po stronie protestującego.

Po trzecie. Zamawiający zatrzymał wadium z naruszeniem art. 46 ust. 4a Pzp, wbrew celowościowej wykładni tego przepisu. Intencje ustawodawcy w odniesieniu do ww. regulacji zostały jasno określone w uzasadnieniu do projektu ustawy zmieniającej Prawo zamówień publicznych z dniem 24 października 2008 r., tj. ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Zawarto w nim następujące stwierdzenia: „Istotna z punktu widzenia ochrony interesów zamawiającego jest propozycja zawarta w art. 46 ust. 4a. Wprowadza ona sankcję utraty wadium dla wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Obecna regulacja sprzyja sytuacji, w której grupa będących w porozumieniu wykonawców może powodować, że zamówienie jest udzielane temu spośród nich, który

zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń, a następnie, już po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu, podlegając jedynie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3. Mając to na uwadze, celowe jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3, z sytuacją wykonawcy, który uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przyczyni się to do zracjonalizowania wydatkowania środków publicznych.”.

Ratio legis unormowania zawartego w art. 46 ust. 4a Pzp jest nadzwyczaj czytelne. Chodzi o ukrócenie praktyk „ustawiania” przetargów i celowego „wykluczania się” z przetargu firmy z najniższą ceną tylko dlatego, że dogadała się ona z innym wykonawcą, który podzielił się z nią „górką”, przy założeniu że nieuczciwa firma stawiała się najczęściej podwykonawcą na budowie. W rozpoznawanej sprawie z takim przypadkiem nie mamy do czynienia, a protestujący padł ofiarą niefortunnej redakcji przepisów, które miały dotyczyć zupełnie innej sytuacji, niż ta w której znalazł się protestujący. Niemniej nie można zapominać, że każdy przepis ma swój cel, a wykorzystywanie go przy innych stanach faktycznych jest równoznaczne z jego naruszeniem lub przynajmniej pogwałceniem art. 5 Kc. w zw. z art. 14 Pzp.

Fakty są bowiem takie, że:

- 1) protestujący nie był w porozumieniu z wykonawcą, który zaoferował najniższą cenę (GETMAR Usługi Remontowo Budowlane), a właśnie ten wykonawca został wybrany;
- 2) protestujący miał czwartą w kolejności cenę, a wykonawcy będący pomiędzy nim a wybraną firmą, tj. EZBUD i BUDIMEX-DROMEX nie zostali wykluczeni, co dodatkowo uwiarygodnia, że nie mogło być żadnego porozumienia;
- 3) protestujący wyraził gotowość uzupełnienia dokumentu w przypadku wydłużenia mu terminu na dokonanie tej czynności, na dowód czego wniósł protest z dnia **09.06.2009 r.**; po co protestujący zachowywałby się w ten sposób, gdyby był w porozumieniu z innymi wykonawcami?; ponadto gdyby zamawiający przedłużył termin wówczas uciałyby wszelkie ewentualne podejrzenia;
- 4) przepis art. 46 ust. 4a Pzp ma zrównywać sytuację wykonawcy, który nie przedstawił dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, z sytuacją wykonawcy, który uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; protestujący nie miał możliwości zawarcia umowy.

Wszystkie powody przemawiają za tym, że zamawiający zatrzymał protestującemu wadium pomimo że ten nie zasługiwał na taką sankcję wbrew art. 46 ust. 4a Pzp. Instytucja wadium, na gruncie nauki prawa cywilnego, jest swoistego rodzaju zabezpieczeniem przed nieuczciwymi uczestnikami przetargu oraz zryczałtowanym odszkodowaniem na rzecz organizatora na wypadek gdyby uczestnik uchylał się od zawarcia umowy pomimo wygrania przetargu. Taki przypadek nie zachodzi okolicznościach omawianego stanu faktycznego.

Protestujący stwierdził, że zamawiający, zatrzymując wadium protestującego postępuje w sposób oczywiście sprzeczny z wszelkimi standardami cywilistyki. Pod przykrywką zastosowania art. 46 ust. 4a Pzp zmierza wyłącznie do bezpodstawnego wzbogacenia kosztem protestującego. Ponadto osoby, które dokonują tak oczywiście bezprawnych czynności, niezależnie od tego czy samodzielnie, czy za namową pseudo doradców narażają się na odpowiedzialność karną z art. 286 § 1 i art. 297 § 1 Kk.

W związku z tym protestujący żąda unieważnienia czynności wykluczenia protestującego z postępowania z powodu nie złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów (referencji) oraz protestujący żąda unieważnienia wszelkich czynności podjętych w celu zatrzymania wniesionego wadium.

Załącznik – Kserokopia zwolnienia lekarskiego.

16.06. 2009 r. protestujący złożył pismo w sprawie oddalenia protestu nr 1.

29.06. 2009 r. zamawiający oddalił protest, jako w całości jako nieuzasadniony.

W dniu 2 czerwca 2009 r. zamawiający (Powiat Tomaszowski) zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę PBM FLISBUD Stanisław Flis do dostarczenia referencji potwierdzających należyte wykonanie i określających dane techniczne obiektu, m.in. powierzchnię użytkową.

Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wyznaczył termin do dostarczenia dokumentów do dnia 04.06.2009 r. do godz. 15:00. Do wyznaczonego terminu wykonawca nie dostarczył wymaganych dokumentów.

Zamawiający w pkt 8 specyfikacji zawarł informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami i o sposobie przekazywania oświadczeń i dokumentów oraz wskazał osoby uprawnione do porozumiewania się z wykonawcami. Nie złożenie oświadczeń i dokumentów, o których mowa pkt 8 specyfikacji powoduje obligatoryjne wykluczenie wykonawcy z postępowania przetargowego. Również 04.06.2009 r. zamawiający – na podstawie art. 181 ust 2a Pzp – wystąpił do wykonawców z wnioskiem o przedłużenie do 24.06.2009 r. terminu ważności wadium, wygasającego **13.06.2009 r.** Do wyznaczonego terminu na wyrażenie zgody na przedłużenie ważności wadium tj. 08.06.2009 r. do godz. 12:00, zamawiający nie otrzymał od wykonawców zgody na przedłużenie terminu

ważności wadium. Dnia 09.06.2009 r. do siedziby zamawiającego wpłynął protest wykonawcy FLISBUD, którym protestujący wnosił o przedłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi na powyższe. Zamawiający pisemnie stwierdził, iż termin, o którego wydłużenie wnosił wykonawca, jest w pełni wystarczający na uzupełnienie powyższych dokumentów, a dodatkowo zamawiający nie posiada prawnych kompetencji zezwalających na przedłużenie powyższego terminu, gdyż mogłoby to prowadzić w konsekwencji do przewlekłości postępowania przetargowego. 10.06.2009 r. zamawiający skutecznie wezwał pozostałych wykonawców do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Do 12.06.2009 r. do zamawiającego nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do protestu od pozostałych wykonawców. Z uwagi na fakt, iż wykonawca FLISBUD, do wyznaczonego terminu, nie złożył wymaganych dokumentów, a dodatkowo termin ważności wadium złożonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej wygasł 13.06.2009 r. (sobota), zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 i art. 46 ust. 4a Pzp wykluczył wykonawcę z udziału w postępowaniu i wszczął procedury mające na celu zatrzymanie wadium. W związku z tym, iż wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie ważności wadium. Zamawiający, po wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp oraz zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp, wystosował żądanie zapłaty wadium do 13 czerwca 2009 r., czyli przed utratą terminu ważności gwarancji.

03.07. 2009 r. wykonawca FLISBUD wniósł odwołanie.

Odwołujący zarzuca, że zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 46 ust. 4a Pzp i art. 5 i art. 70 Kc w zw. z art. 14 Pzp oraz inne wskazane w uzasadnieniu protestu i odwołania.

Odwołujący wnosi o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert.

1. W dniu 15.06.2009 r. odwołujący wniósł protest, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu, że bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu nie uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz nie otrzymania zgody na przedłużenie terminu ważności wadium. Zamawiający nie przeprowadził prawidłowo procedury uzupełnienia brakujących dokumentów, przez co nie mógł zastosować art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, który zawiera wyraźne zastrzeżenie, że wykluczenie może się odbyć dopiero po uprzednim, bezskutecznym wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Skoro natomiast wezwanie było wadliwe, to w konsekwencji również wykluczenie w trybie ww. regulacji nie może się ostać.

Dowód kopia protestu z dnia 15.06.2009 r.

2. 29.06.2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu tej decyzji podniósł, że Odwołujący nie uzupełnił w terminie brakującego dokumentu, a zamawiający nie miał podstaw wydłużyć wyznaczonego terminu na uzupełnienie dokumentów, aby nie przewlekać postępowania. Jednocześnie zamawiający wskazał, że odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie ważności wadium.

Dowód kopia rozstrzygnięcia protestu z dnia 29.06.2009 r.

3. Wobec oddalenia protestu w całości podtrzymujemy swoje stanowisko wyrażone w proteście, w szczególności zarzuty i żądania w nim przedstawione.

Odwołujący nie zgadza się z zamawiającym, że wykluczenie jest poprawne, zamawiający wadliwie wykonał dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż wyznaczony przez niego termin na uzupełnienie brakującego dokumentu był nierealny, a zatem ta czynność jest nieważna z mocy art. 58 § 1 Kc. Skoro nie nastąpiło skuteczne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, to w konsekwencji wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może się ostać. W ślad za tym uznać należy, że zamawiający bezprawnie zatrzymał wadium.

Natomiast biorąc pod uwagę, że zamawiający zatrzymał bezpodstawnie wadium odwołującego, to jego wezwanie do przedłużenia ważności wadium było wręcz śmieszne. Po pierwsze – byłoby to już drugie wadium w tym samym przetargu; po drugie – jeśli zamawiający zatrzymał wadium, to znaczy że je posiadał, a więc nie potrzebna mu była kolejna kwota 420 000 złotych.

Skutkiem działań zamawiającego jest uszczerbek majątkowy po stronie odwołującego w kwocie 420 000 zł, co jest równoznaczne z naruszeniem interesu prawnego w rozumieniu art. 179 Pzp (por. wyrok KIO z 27 kwietnia 2009 r., sygn. KIO/UZP 488/09).

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

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

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, poz. 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 (5 150 000 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 żądanego 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 Izby stwierdza, 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 odwołania.

Odwołujący zarzuca, 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 Izby stwierdza, 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, wypaczającego 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 składu orzekającego Izby 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 uzupełnienie dokumentów.

Skład orzekający Izby stwierdza, 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 może zostać uwzględniona przez skład orzekający Izby.

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

W postępowaniu zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 3 ani art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....