

WYROK
z dnia 12 września 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2012 roku przez wykonawcę **D..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi D..... P..... z siedzibą w Perzowie**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Powiat Kępiński**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę D..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi D..... P..... z siedzibą w Perzowie i**
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę, tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kaliszu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 31 sierpnia 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wpłynęło odwołanie złożone przez **wykonawcę D..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi D..... P..... z siedzibą w Perzowie.**

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na:

1. wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, przez nieuwzględnienie dokumentów złożonych przez wykonawcę w trybie art. 26 pkt 3 ustawy Pzp i stwierdzenie przez Zamawiającego niezłożenia tych dokumentów w terminie,
2. prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców.

zarzucając naruszenie przepisu art. 26 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 57 § 1 i 5 ustawy z dnia 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.), zwanego dalej „kpa”.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania; nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Nr 2 tj. Zakładu Produkcyjno - Usługowo - Handlowego T..... H..... z siedzibą w Bralinie; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w niniejszej sprawie według norm przepisanych, oraz kosztów zastępstwa adwokackiego w postępowaniu według norm przepisanych.

Odwołanie złożone zostało w terminie określonym w art. 182 ustawy Pzp, z zachowaniem wymogu przesłania kopii odwołania Zamawiającemu zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy, co nastąpiło w dniu 30 sierpnia 2012 roku.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że pismem z dnia 28 sierpnia 2012 roku, przesłanym faksem wykonawcy dnia 29 sierpnia 2012 roku, zawiadomiono go o wyborze najkorzystniejszej w ocenie Komisji Przetargowej oferty w prowadzonym postępowaniu. W wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wybrana została najkorzystniejsza z dwóch ofert, oferta Nr 2 Zakładu Produkcyjno - Usługowo - Handlowego

T..... H.....i w Nowej Wsi Książęcej. Cena oferty brutto opiewała na kwotę 34.277,00 zł. Kryteriom wyboru oferty była wyłącznie cena.

Do przetargu startowało dwóch wykonawców - wskazany wyżej Zakład Produkcyjno - Usługowo - Handlowego T..... H..... w Nowej Wsi Książęcej, z ofertą w kwocie brutto 34.277,00 zł, oraz Odwołujący z ofertą na kwotę brutto 24.661,50 zł. Oferta Odwołującego biorąc od uwagę kryterium ceny - przyjęte w przetargu, była niewątpliwie korzystniejszą od drugiej konkurencyjnej.

Z pisma o wyborze oferty najkorzystniejszej ponadto wynikało, iż Odwołujący został wykluczony z przetargu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Jak wynika z treści uzasadnienia zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy, stanowiło ono konsekwencję następujących czynności.

Wykonawca składając ofertę do przetargu zgodnie z jego wymogami załączył komplet dokumentacji, przez omyłkę jednak załączył dwukrotnie dokumentację potwierdzającą dysponowanie przez niego samochodem o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 tony, w miejsce dokumentacji dotyczącej tego samochodu, oraz samochodu o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 16 ton. Na dzień składania oferty, złożonej w terminie ustawowym, wykonawca dysponował jednak wymaganymi pojazdami, w tym o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 16 ton, co potwierdzają dokumenty złożone w efekcie na wezwanie organu dnia 20.08.2012 roku.

W trakcie badania oferty Odwołującego stwierdzono brak dokumentu potwierdzającego, iż wykonawca dysponuje sprzętem do usuwania pojazdów o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 16 t - w ilości co najmniej 1 szt., wyposażonego w wciągarkę odpowiednio przystosowaną i spełniającą warunki techniczne dla pojazdów specjalnych pomocy drogowej. W konsekwencji takich ustaleń Zamawiający pismem z dnia 16.08.2012 r. (Nr OR.272.9.2012), w oparciu o art. 26 pkt 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do przesłania dokumentów potwierdzających w/w warunek. Pismo wysłane zostało do wykonawcy dnia 16.08.2012 r. (czwartek), o godzinie 13:34. W dacie tej wykonawca przebywał poza firmą, do której powrót możliwy był dopiero w dniu 20.08.2012 r. (poniedziałek). Jak wynikało z pisma wzywającego, wykonawca zobowiązany został do dostarczenia pisemnie faksem Zamawiającemu wymaganych dokumentów do dnia 20.08.2012 r. (poniedziałek), przy czym organ określił dodatkowo godzinę doręczenia ich na nie później niż do godz. 11:00, oraz niezwłocznie pocztą. W dniu 17.08.2012 r. (piątek) rano, wykonawca odbył rozmowę telefoniczną z urzędnikiem Zamawiającego p. G..... M..... informując ją, iż przebywa na urlopie, z którego wróci w poniedziałek 20.08 i niezwłocznie dostarczy żądane dokumenty. W rozmowie tej nie ustalono godziny. W dniu 20.08.2012 r. rano faksem pracownik wykonawcy wysłał do Zamawiającego pisemną prośbę o przedłużenie o jeden dzień terminu na dostarczenie żądanych dokumentów. Na pismo to nie uzyskano ze strony Zamawiającego żadnej odpowiedzi. Uznając jednak za wiążące ustalenia podjęte w rozmowie telefonicznej z urzędnikiem

Zamawiającego, wykonawca w dniu 20.08 2012 r. o godzinie 12:45 wysłał żądane dokumenty faksem i telefonicznie potwierdził ich otrzymanie przez pracownika p. M..... Oryginały złożone zostały przez niego osobiście w dniu 21.08.2012 r.

Mimo ustaleń i okoliczności faktycznych wskazanych wyżej, w szczególności ustaleń z urzędnikiem Zamawiającego, oraz minimalnym opóźnieniem w stosunku do terminu godzinowego określonego przez Zamawiającego w wezwaniu, ten uznał, iż wykonawca nie uzupełnił w terminie żądanej od niego dokumentacji. W konsekwencji uznano, iż wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, co spowodowało jego wykluczenie na podstawie art 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucenie oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, iż decyzją taką został naruszony jego interes prawny, bowiem brak było podstaw prawnych dla tak ściśle określonego (co do godziny) terminu zobowiązania do uzupełnienia nałożonego przez Zamawiającego, a ponadto uzyskał on zapewnienie pracownika urzędu Zamawiającego, iż przesłane w tym dniu dokumenty, mimo złożenia ich po godzinie wskazanej w wezwaniu, zostaną rozpatrzone. Błędne jest również stanowisko Zamawiającego, w którym stwierdza, iż wykonawca nie wykazał należytej staranności w dbaniu o własne interesy. Czynności podejmowane przez wykonawcę od momentu poinformowania go o wezwaniu (16.08.2012 r.), do momentu jego faktycznego wykonania wyraźnie wskazują na duży zakres starań Odwołującego i jego zaangażowanie w przedmiotową sprawę. Również interes publiczny został takim rozstrzygnięciem naruszony, bowiem wybrano ofertę niewątpliwie mniej korzystną cenowo, a wyłącznie cena stanowiła kryterium dokonywanej przez Komisję Przetargową oceny ofert.

*Zgodnie z treścią art. 26 ust 3 ustawy Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia **w wyznaczonym terminie**, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Ustawa nie precyzuje w żaden sposób terminu wskazanego w tym przepisie, mimo iż w wielu innych sytuacjach nię normowanych termin ten jest określany ściśle w dniach.*

W ocenie Odwołującego w takiej sytuacji organ mogąc ustalić dowolnie termin w dniach na uzupełnienie braków w dokumentacji przez wykonawcę, nie miał jednak delegacji ustawowej na dokonywanie zawężającej interpretacji terminu przez określenie godziny, co mimo to uczynił. Z uwagi na to, iż ustawa Prawo zamówień publicznych w ogóle nie definiuje pojęcia „terminu”, zastosowanie winny znaleźć ogólne przepisy ustawy kpa. Zgodnie bowiem z normą ujętą w art. 57 § 1 Jeżeli początkiem terminu określonego w dniach jest pewne zdarzenie, przy obliczaniu tego

terminu nie uwzględnia się dnia, w którym zdarzenie nastąpiło. Upływ ostatniego z wyznaczonej liczby dni uważa się za koniec terminu.

Podniesiono dodatkowo, iż Zamawiający - Zarząd Powiatu Kępińskiego działający w imieniu Starostwa Powiatowego w Kępnie, jako organ jednostki samorządu terytorialnego, urzęduje od poniedziałku do piątku w godzinach od 7:30 - 15:30, zaś biuro podawcze urzędu w godzinach od 7:30 - 16:30. Ponadto rozpatrzenie ofert przez Komisję Przetargową nie miało miejsca w dniu 20.08.2012 r., co ewentualnie uzasadniałoby konieczność tak zawężonego co do godziny terminu dla złożenia brakujących dokumentów.

Mając na uwadze powyższe okoliczności uznać należy, iż stanowisko Zamawiającego i sposób potraktowania wykonawcy nie znajdowało uzasadnienia ani faktycznego ani też prawnego, a zmierzało wyłącznie do wykluczenia oferującego z przetargu. Drugi z wykonawców jest świadczącym usługi w tym zakresie od wielu lat, propozycja jego w zakresie kryterium ceny - jedyne kryterium podlegające ocenie w zakresie wyboru oferty, była ewidentnie mniej korzystna niż propozycja Odwołującego się. Zgodnie z obowiązującym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej reguły jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentu (art. 26 ust. 3 ustawy), nie można traktować w sposób nadmiernie formalistyczny- jeżeli dokument uzupełniony przez wykonawcę budzi wątpliwości Zamawiającego, winien on wyjaśnić te wątpliwości, zaś każdy przypadek należy badać indywidualnie, mając na uwadze zachowanie zasady uczciwej konkurencji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 03.09.2009 r., KIO/UZP 1069/09, Lex Polonica nr 2342041, podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.09.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1143/09, Lex Polonica nr 2100672). Ponadto zwrócić uwagę należy na wskazywany przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej cel art. 26 ust. 3 ustawy, którym w jej ocenie jest umożliwienie wykonawcom takiego uzupełnienia dokumentów, które będą podstawą do podjęcia decyzji o ich nie wykluczaniu z udziału w postępowaniu. Celowościowa wykładnia tego przepisu jest zgodna z fundamentalnymi zasadami obowiązującymi w prawie zamówień publicznych, w szczególności z zasadą równego traktowania, unormowaną w art. 7 ust. 1 ustawy. (wyrok z dnia 18.11.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1206/08, KIO/UZP 1209/08, KIO/UZP 1210/08; Lex Polonica nr 2306923).

Podnieść ponadto należy, iż wykonawca odwołujący się poczynił znaczne inwestycje w celu możliwości przystąpienia do przetargu na usuwanie pojazdów z terenu powiatu kępińskiego oraz ich przechowywanie na parkingu strzeżonym na pakiet nr I, tj. zakupił wyposażenie pomocy drogowej za kwotę 75.276 zł brutto, a ponadto zawarł umowę na wykonanie zabudowy do holowania pojazdów ciężarowych, która jest obecnie w trakcie jej realizacji, a której wartość opiewa na kwotę ok 238.450 zł. Wobec powyższego uznać należy, iż przystąpienie wykonawcy do przetargu było celowe z uwagi na interes prowadzonej przez niego działalności. Z tego też powodu, mając na uwadze już poczynione inwestycje, stanowiące dla niego znaczne obciążenie

finansowe, dołożył wszelkich starań w celu ochrony interesów prowadzonej przez siebie działalności.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Odwołujący uznał, iż wniesienie odwołania stało się konieczne i w pełni uzasadnione.

W dniu 10 września 2012 roku Zamawiający wyjaśnił, że w trakcie badania oferty stwierdzono brak dokumentu potwierdzającego, że wykonawca dysponuje sprzętem do usuwania pojazdów o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 16 t – co najmniej 1 sztuka. Sprzęt ten powinien być wyposażony we wciągarkę odpowiednio przystosowaną i spełniającą warunki techniczne dla pojazdów specjalnych pomocy drogowej. Zamawiający pismem z dnia 16 sierpnia 2012 roku, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do przesłania dokumentów potwierdzających w/w warunek. Termin uzupełnienia dokumentów wyznaczono na dzień 20 sierpnia 2012 roku do godz. 11:00. Wykonawca w wyznaczonym terminie nie uzupełnił dokumentów. Wyznaczony termin był wystarczający. Wykonawca dostał wystarczającą ilość czasu, by zdobyć wymagane dokumenty, a mimo to nie dochował wyznaczonego terminu, tym bardziej, że termin ten pozostaje w dyspozycji Zamawiającego i dopóki ten nie zmieni go, wykonawca ma obowiązek przestrzegać wyznaczonego terminu, a nie zachowując go, musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami swojego zachowania. Wykonawca, który w odpowiedzi na wezwanie nie złożył wymaganych oświadczeń czy dokumentów w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron postępowania oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego przez Powiat Kępiński i dotyczy usuwania pojazdów z terenu powiatu kępińskiego oraz ich przechowywania na parkingu strzeżonym. W postępowaniu dopuszczono składanie ofert częściowych. Odwołanie wniesiono w pakiecie nr 1 - usuwanie pojazdów z terenu powiatu kępińskiego.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod

numerem 282722-2012 w dniu 2 sierpnia 2012 roku.

W SIWZ Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Dla potrzeb spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca musiał wykazać w zakresie pakietu I, że dysponuje sprzętem do usuwania pojazdów typu laweta o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 t (co najmniej 2 szt.); sprzętem do usuwania pojazdów o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 t (co najmniej 1 szt.); sprzętem do usuwania pojazdów o dopuszczalnej masie całkowitej od 3,5 t do powyżej 16 t (co najmniej 1 szt.). Sprzęt powinien być wyposażony we wciągarkę odpowiednio przystosowaną i spełniającą warunki techniczne dla pojazdów specjalnych pomocy drogowej. Ocena spełniania warunku dokonywana była na podstawie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i dokumentów składanych przez wykonawcę, w tym zgodnego z treścią załącznika nr 5a i 5b do SIWZ wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami.

Termin składania ofert ustalono na 10 sierpnia 2012 roku. W terminie złożono dwie oferty.

W dniu 16 sierpnia 2012 roku wykonawca Odwołujący się, w wyniku badania i oceny ofert, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwany został do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu tj. dokumentu potwierdzającego, iż wykonawca dysponuje sprzętem do usuwania pojazdów o dopuszczalnej masie całkowitej do powyżej 16 t - w ilości co najmniej 1 szt., wyposażonego we wciągarkę odpowiednio przystosowaną i spełniającą warunki techniczne dla pojazdów specjalnych pomocy drogowej. Termin na uzupełnienie pisemnie powyższego dokumentu wyznaczony został na dzień 20 sierpnia na godz. 11:00. W dniu 20 sierpnia 2012 roku, o godz. 08:38 Odwołujący za pomocą faksu poprosił o zmianę terminu dostarczenia dokumentów do dnia 21 sierpnia 2012 roku, odwołując się do rozmowy telefonicznej z 16 sierpnia 2012 roku, w której to poinformował o powrocie z urlopu w dniu 20 sierpnia 2012 roku.

W odpowiedzi na wezwanie w dniu 20 sierpnia 2011 roku o godz. 11:45 wykonawca przesłał za pomocą faksu niezbędne dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu zawierające umowę użyczenia pojazdu z dnia 8 sierpnia 2012 roku, z której wynika, że od dnia 22 sierpnia 2012 roku do dnia 22 sierpnia 2014 roku Odwołującemu użyczono pojazd Renault Magnum AE420. Dodatkowo wykonawca przekazał oryginały dokumentów do siedziby Zamawiającego w dniu 21 sierpnia 2012 roku.

Zamawiający rozstrzygając przedmiotowe postępowanie, uznał, iż wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i dokonał wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający zaznaczył, że wykonawca miał wystarczającą ilość czasu, by zdobyć wymagane dokumenty, a mimo to nie dochował

wyznaczonego terminu na uzupełnienie. Nie wykazał zatem należytej staranności w dbaniu o własne interesy.

Na powyższą czynność odwołanie wniósł wykonawca wykluczony z postępowania.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzutów i naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe wykluczenie Odwołującego się wykonawcy, w przypadku kiedy złożył on ofertę z najkorzystniejszą ceną. W przypadku potwierdzenia się zarzutu, Odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej w 1 części w postępowaniu w zakresie wyznaczonego kryterium wyboru ofert. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na początku rozważań odnoszących się do wskazanych w treści odwołania zarzutów, podnieść należy, iż zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w tym między innymi warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. W myśl § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U z 2009 roku, Nr 226, poz. 1817) w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami.

Wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy do wykonawcy ubiegającego się o udzielenie mu zamówienia. W razie niewykazania spełnienia warunku, wykonawca może jednokrotnie, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, poprawić wadliwy albo złożyć brakujący dokument lub oświadczenie, zgodnie z procedurą określoną art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W myśl art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp złożone na wezwanie Zamawiającego

oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Dokument przedstawiony przez Odwołującego w wyniku wezwania złożony został w dniu wyznaczonym przez Zamawiającego jednakże po upływie wyznaczonej precyzyjnie godziny. Abstrahując, czy z jego treści wynika, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, wskazać należy, że skoro termin na uzupełnienie wskazany został przez Zamawiającego w sposób wyraźny i precyzyjny, a wykonawca Odwołujący się niezbędne dokumenty uzupełnił po jego upływie, zasadnym był wniosek Zamawiającego, że wykonawca nie przedłożył dokumentów wymaganych ogłoszeniem o zamówieniu i SIWZ, a konsekwencją takiego zachowania wykonawcy musiała być decyzja o jego wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Za bezprzedmiotowe uznać należało rozważania dotyczące tego, jakiego rodzaju i w jakiej wysokości wykonawca poczynił nakłady w celu uzyskania zamówienia. Wobec niewykazania w stosownym czasie i niewykonania wezwania Zamawiającego w terminie, wykonawca prawidłowo został wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Błędny jest wniosek Odwołującego, iż Zamawiający nie był uprawniony do dokonywania zawężającej interpretacji określenia „termin”, do którego to odwołuje się art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez określenie godziny na uzupełnienie dokumentów. Przede wszystkim zauważyć należy, iż ustawa Pzp odwołuje się w kwestiach nieuregulowanych do przepisów kodeksu cywilnego (art. 14 ustawy Pzp). Do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Odesłanie to dotyczy między innymi w kwestii liczenia terminów, bowiem przepisy ustawy Pzp nie zawierają w tym zakresie odrębnych uregulowań, za wyjątkiem liczenia terminu związania ofertą (postanowienie Zespołu Arbitrów z dnia 3 listopada 2004 roku, UZP/ZO/0-1839/04). Nie sposób zatem było uznać za uzasadniony zarzutu naruszenia art. 57 § 1 i 5 kpa, ponieważ przepisy te nie znajdują zastosowania w zamówieniach publicznych. Ponadto dostrzeżenia wymaga, iż żaden z przepisów ustawy Pzp, ani też żaden z przepisów kodeksu cywilnego nie zabrania dookreślenia terminu przez oznaczenie go precyzyjnie godziną. Możliwe jest określenie sposobu obliczania terminu przez ustawę, orzeczenie sądu lub decyzję innego organu państwowego albo czynność prawną (art. 110 kodeksu cywilnego). Dopiero w przypadku niedookreślenia, czy też nie określenia sposobu obliczania terminu, stosuje się reguły wynikające z kodeksu cywilnego, które stanowią, iż jeżeli termin oznaczony jest w dniach, kończy się on z upływem ostatniego dnia (art. 111 kodeksu cywilnego). Za w pełni uzasadnioną oraz odpowiadającą praktyce uznać należy decyzję Zamawiającego polegającą na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów wraz z wyznaczeniem określonej godziny dla tej czynności. Dopiero w przypadku, gdyby termin ten był terminem zbyt krótkim, nierealistycznym, niemożliwym do

dotrzymania przez wykonawcę przy zachowaniu z jego strony należytej staranności, możliwe byłoby uznanie za zasadny zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie wyznaczenia nieprawidłowego terminu na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w dniu 16 sierpnia 2012 roku wezwał wykonawcę, zakreślając termin na uzupełnienie dokumentów na dzień 20 sierpnia 2012 roku. Biorąc pod uwagę charakter brakujących dokumentów oraz fakt przyznania przez wykonawcę, że przedmiotowe dokumenty nie zostały załączone omyłkowo do oferty, 4 dni kalendarzowe zdają się być wystarczającymi na uczynienie zadość wezwaniu Zamawiającego. Przebywanie na urlopie, czy też poza siedzibą firmy nie jest powodem mogącym usprawiedliwić niedotrzymanie wyznaczonego terminu, zwłaszcza w przypadku podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, który powinien wykazywać się profesjonalizmem w obrocie gospodarczym oraz należyłą starannością w zakresie podejmowanych czynności (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 sierpnia 1993 r., sygn. akt III CRN 77/93). Za niezasadny uznać należało również argument Odwołującego odnoszący się do rozmowy telefonicznej z pracownikiem Zamawiającego, w ramach której uzgodniono, że wykonawca po powrocie z urlopu uzupełni niezbędne dokumenty bez odwoływania się do godziny. W tym przedmiocie kwestią najważniejszą jest dostrzeżenie faktu, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się zgodnie z zasadą pisemności, a więc telefoniczne ustalenia (nawet jeżeli miały miejsce) nie mogą być decydujące. Słusznie także zauważył Zamawiający, iż wykonawca związany pozostaje terminem wyznaczonym przez Zamawiającego i do momentu, kiedy ten nie zmieni go w sposób oficjalny, wykonawca ma obowiązek przestrzegać wyznaczonego terminu, a nie zachowując go, musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami swojego zachowania.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił też zaprezentowanych w odwołaniu, w tym także o naruszeniu zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, zatem że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący