

Sygn. akt: KIO/849/11

WYROK

z dnia 6 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 21 kwietnia 2011 r. przez **SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie Al. Jerozolimskie 180 02-486 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, ul. H. Kamieńskiego 73a, 51-124 Wrocław, adres dla pełnomocnika: Europejskie Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed Sp. z o.o., ul. Inowrocławska 17/18, 53-653 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **B3 System S. A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje powtórzenie badania i oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku Odwołującego;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, ul. H. Kamieńskiego 73a, 51-124 Wrocław, adres dla pełnomocnika: Europejskie**

Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed Sp. z o.o., ul. Inowrocławska 17/18, 53-653 Wrocław i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie Al. Jerozolimskie 180 02-486 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2) zasądza od **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego we Wrocławiu, ul. H. Kamieńskiego 73a, 51-124 Wrocław, adres dla pełnomocnika: Europejskie Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed Sp. z o.o., ul. Inowrocławska 17/18, 53-653 Wrocław** na rzecz **SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie Al. Jerozolimskie 180 02-486 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, ul. H. Kamieńskiego 73a, 51-124 Wrocław, (zwany dalej: „Zamawiającym”) poprzez ustanowionego pełnomocnika: Europejskie Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed Sp. z o.o., ul. Inowrocławska 17/18, 53-653 Wrocław – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę i wdrożenie systemów wspomagania działalności administracyjnej i naukowej (FK, KP, GM) oraz systemu wspomagania analiz oraz monitorowania procesów naukowo-medycznych i zarządczych wraz z dostawą infrastruktury gromadzenia danych zgodnych z zaprojektowanym modelem biznesowym dla WSSK we Wrocławiu (nr postępowania Szp/FZ-313/2010)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 stycznia 2011 r. pod numerem 2011/S 12-018747.

Wykonawca SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie Al. Jerozolimskie 180 02-486 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 21 kwietnia 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie m. in. na czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. naruszenie art. 91 ust. 1 pkt 7) Ustawy w związku z naruszeniem art. 146 Ustawy, poprzez unieważnienie Postępowania w sytuacji, gdy nie zaistniała przesłanka do unieważnienia Postępowania i bezzasadne uznanie, że problem techniczny Pełnomocnika Zamawiającego z urządzeniem faksowym utrudniający w dniu 21 marca 2011 r. połączenie z numerem (071) 3493344 stanowił niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
2. naruszenie art. 51 Ustawy poprzez zaniechanie wobec wykonawców biorących udział w przedmiotowym Postępowaniu, w tym Odwołującego, czynności polegających na: przeprowadzeniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zawiadomieniu wykonawców o jej wynikach, przyznaniu oceny punktowej zgodnie ze

złożonymi wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz zawiadomienie wykonawców o jej wynikach, zaproszeniu do składania ofert.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego Postępowania,
2. dokonania wobec wykonawców biorących udział w przedmiotowym Postępowaniu, w tym Odwołującego, uprzednio zaniechanych czynności polegających na: przeprowadzeniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zawiadomieniu wykonawców o jej wynikach, przyznaniu oceny punktowej zgodnie ze złożonymi wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz zawiadomienie wykonawców o jej wynikach, zaproszeniu do składania ofert.

Zamawiający pismem z dnia 11 kwietnia 2011 r. (które przekazał wykonawcom drogą faksową w dniu 21 kwietnia 2011 r.) zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania powołując się na przesłankę niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, którą obarczone jest niniejsze postępowanie.

Powyższe czynności Zamawiającego stały się przedmiotem niniejszego odwołania.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący wskazał, że Zamawiający ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w dniu 19 stycznia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer ogłoszenia 2011/S 12-018747, wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na: *„Dostawę i wdrożenie systemów wspomagania działalności administracyjnej i naukowej (FK, KP, GM) oraz systemu wspomagania analiz oraz monitorowania procesów naukowo-medycznych i zarządczych wraz z dostawą infrastruktury gromadzenia danych zgodnych z zaprojektowanym modelem biznesowym dla WSSK we Wrocławiu”*. W opublikowanym w dniu 17 lutego 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszeniem dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowaniem, numer ogłoszenia 2011/S 33-053551, Zamawiający wyznaczył termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na dzień 18 lutego 2011 r., godzina 12.00. Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu w dniu 14 lutego 2011 r., tj. z zachowaniem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego. Zamawiający w dniu 11 marca 2011 r. przesłał Odwołującemu faksem pismo (znak pisma: ITM/325/2011) wzywające Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do złożenia oświadczeń lub

dokumentów wymaganych przez Zamawiającego oraz do udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych w niniejszym postępowaniu. Zamawiający w powyższym wezwaniu poinstruował Odwołującego, że: „Dokumenty lub oświadczenia oraz wyjaśnienia można przekazać faksem na nr 71/349 33 44, w terminie do dnia 21 marca 2011 r. do godz. 14:00, a następnie przekazać pocztą lub osobiście do siedziby Pełnomocnika - Europejskiego Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed Sp. z o.o. ul. Inowrocławska 17/18, 53-653 Wrocław w terminie do dnia 25.03.2011 r.". Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie w dniu 18 marca 2011 r. przekazał Zamawiającemu faksem wymagane dokumenty i oświadczenia oraz złożył wymagane wyjaśnienia, natomiast oryginały ww. dokumentów i oświadczeń oraz złożone wyjaśnienia przekazane zostały Zamawiającemu kurierem w dniu 22 marca 2011 r. Tym samym Odwołujący dotrzymał terminów wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu. Ponadto Odwołujący dodał, iż Zamawiający w dniu 11 kwietnia 2011 r. pismem przekazanym faksem wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zawiadomił o unieważnieniu przedmiotowego Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy. Jako przyczynę Zamawiający wskazał problemy techniczne pełnomocnika Zamawiającego z urządzeniem faksowym utrudniające w dniu 21 marca 2011 r. połączenie z numerem (071) 3493344, co zdaniem Zamawiającego, spowodowało trudności w przekazywaniu przez wykonawców wezwanych na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do złożenia oświadczeń i dokumentów oraz złożenia wyjaśnień. Z udzielonej przez Zamawiającego informacji wynika, iż usunięcie problemów technicznych nastąpiło po godzinie 14.00, dnia 21 marca. W opinii Zamawiającego, powyższa sytuacja utrudniła weryfikację dokładnej godziny przesłania faksem dokumentów i oświadczeń oraz złożonych wyjaśnień, co w przeświadczeniu Zamawiającego stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z przepisami ustawy, Zamawiający ma prawo oraz obowiązek unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego tylko i wyłącznie w przypadku wystąpienia choćby jednej z przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy. Katalog przesłanek, o których mowa powyżej jest zamknięty i nie może być interpretowany przez Zamawiającego rozszerzająco. Zamawiający unieważniając przedmiotowe postępowanie powołał się na zaistnienie okoliczności, które zdaniem Zamawiającego uprawniają go do powołania się na przesłankę unieważnienia postępowania określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy, tj. postępowania obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W opinii Zamawiającego wystąpienie problemów technicznych z urządzeniem faksowym, o których mowa w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, stanowi niemożliwą do usunięcia wadę, o której mowa w art. 91 ust. 1 pkt 7) ustawy. Odwołujący wskazał, iż przesłanki unieważnienia umowy wskazane są w art. 146 Ustawy.

Zamawiający unieważniając przedmiotowe postępowania na podstawie art. 91 ust. 1 pkt 7) w uzasadnieniu do podjętej decyzji nie podał z jakich przyczyn ewentualnie zawarta umowa mogłaby być uznana za nieważną lub podlegającą unieważnieniu, a tym bardziej nie wskazał na jakikolwiek przesłankę wskazaną w art. 146 ustawy, który zawiera zamknięty katalog przesłanek i przyczyn przy zaistnieniu których umowa podlega unieważnieniu. W opinii Odwołującego żadna ze wskazanych w art. 146 ustawy przesłanek do unieważnienia umowy nie zaszła w przedmiotowym postępowaniu. Równocześnie Zamawiający w uzasadnieniu podjętej decyzji nie wyjaśnił, że wskazywana przez niego wada ma charakter nieusuwalny oraz nie określił, na czym miałyby polegać według niego ewentualna nieusuwalność tej wady. W opinii Odwołującego wskazana przez Zamawiającego wada nie stanowi podstawy do unieważnienia zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy. Zamawiający w wezwaniu do złożenia oświadczeń lub dokumentów wymaganych przez Zamawiającego oraz do udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych w niniejszym postępowaniu przesłanym Odwołującemu 11 marca 2011 r. poinstruował o możliwych formach i terminach na dokonanie tych czynności. Z przekazanej przez Zamawiającego informacji: „Dokumenty lub oświadczenia oraz wyjaśnienia można przekazać faksem na nr 71/349 33 44, w terminie do dnia 21 marca 2011 r. do godz. 14:00, a następnie przekazać pocztą lub osobiście do siedziby pełnomocnika - Europejskiego Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed Sp. z o.o. ul. Inowrocławska 17/18, 53-653 Wrocław w terminie do dnia 25 marca 2011 r.” wynika, iż Odwołujący może przesłać faksem wymagane dokumenty i oświadczenia w terminie do dnia 21 marca 2011 r. do godziny 14.00, następnie przekazać je pocztą lub osobiście (zgodnie z własnym wyborem) w terminie do dnia 25 marca 2011 r. Z powyższego zapisu wynika, iż terminem końcowym na złożenia wymaganych dokumentów i oświadczeń oraz wyjaśnień jest dzień 25 marca 2011 r.. natomiast wykonawca ma możliwość ich przesłania faksem do dnia 21 marca 2011 r. do godziny 14.00. Zdaniem Odwołującego, problemy techniczne pełnomocnika Zamawiającego z połączeniem faksowym w dniu 21 marca 2011 r. są powodem zbyt błahym i nie stanowią wady niemożliwej do usunięcia oraz powodującej nieważność przyszłej umowy. Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający wysłał wezwanie do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w dniu 11 marca 2011 r. Odwołujący dysponował odpowiednio długim okresem na ich uzupełnienie (zgodnie z przekazaną informacją do dnia 25 marca 2011 r.), co też uczynił wcześniej w wymaganej formie. W mniejszej sytuacji podnieść również należy, że to na wykonawcach ciąży obowiązek skutecznego dostarczenia dokumentów i oświadczeń oraz złożenia wyjaśnień w wymaganym przez Zamawiającego terminie, z wykorzystaniem jednej z dopuszczonych przez Zamawiającego form dostarczenia. Na marginesie zauważyć należy, że w przypadku stwierdzenia problemów technicznych z połączeniem faksowym w dniu 21 marca 2011 r., Zamawiający mógł z własnej inicjatywy (lub też na stosowny wniosek

wykonawców) przedłużyć termin na składanie dokumentów i oświadczeń oraz wyjaśnień przy użyciu tej formy ich przekazania (faksem), z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji uczciwej konkurencji i poinformowania o tym fakcie wszystkich wykonawców wezwanych na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. W związku z powyższym stwierdzić należy, że wskazana przez Zamawianego okoliczność nie umożliwia zastosowania przesłanki określonej w art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy, tj. unieważnienia postępowania w przypadku obarczenia jego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a co w konsekwencji powoduje bezprawność czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz wnioski Odwołującego, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentów Zamawiającego, Izba wskazuje, że wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, a zatem miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Zachodzi również możliwość poniesienia szkody przez wykonawcę, w związku z unieważnieniem przedmiotowego postępowania. Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska Zamawiającego wyrażonego na rozprawie, iż wykonawca nie może wykazać szkody z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Takie stanowisko prowadziłoby do uniemożliwienia wykonawcom, którzy złożyli wniosek o udzielenie zamówienia, składania odwołań na naruszenie przez Zamawiających przepisów w postaci unieważnienia postępowania.

Ponadto Izba wskazuje, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, iż przesłanki z art. 179 ustawy Pzp mają charakter przesłanek materialnoprawnych, i ewentualny ich brak nie skutkuje odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 22 kwietnia 2011 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego w dniu 26 kwietnia 2010 r. zgłosił przystąpienie wykonawca B3 System S. A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa, zaś wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 22 kwietnia 2011 r.

Biorąc pod uwagę przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego wykonawcę B3 System S. A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa, gdyż zgłosił przystąpienie w terminie 3-dniowym (t.j. w dniu 26 kwietnia 2011 r., ponieważ 3 dzień jako dzień ustawowo wolny od pracy upływał w dniu 25 kwietnia 2011 r.), liczonym od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, co miało miejsce w dniu 22 kwietnia 2011 r. Tym samym zdaniem Izby zgłoszenie przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego w świetle powyższego przepisu należało uznać za skuteczne.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Czynności Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania w oparciu o przesłankę niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, którą obarczone jest postępowanie stała się przedmiotem odwołania wykonawcy.

Przechodząc do szczegółowego omówienia zarzutów, Izba rozpatrzyła zarzut bezpodstawnego unieważnienia przedmiotowego postępowania wynikającą z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu wnioski o dopuszczenie udziału w postępowaniu złożyło 13 wykonawców.

Zamawiający pismem z dnia 11 marca 2011 r. wezwał wykonawców (Simle S. A., T-System Polska Sp. z o.o., Betacom S. A., Comarch S. A., Systemy Informatyczne Alma Sp. z

o.o., Consortia Sp. z o.o., Impel IT Sp. z o.o., TETA S. A., Sygnity S. A., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., Siemens IT Solution and Services Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o.) do złożenia oświadczeń lub dokumentów oraz wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, jednocześnie wskazując iż dokumenty lub oświadczenia oraz wyjaśnienia można przekazać faksem na nr 71/349 33 44, w terminie do dnia 21 marca 2011 r. do godz. 14.00, a następnie przekazać pocztą lub osobiście do siedziby pełnomocnika – Europejskiego Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed Sp. z o.o. w terminie do dnia 25 marca 2011 r.

Ponadto Izba ustaliła, że co najmniej dwóm z wykonawców (T-System Polska Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o.) nie udało się przekazać brakujących dokumentów faksem do dnia 21 marca 2011 r. do godz. 14.00.

Izba ustaliła w tym zakresie, iż Zamawiający pismem z dnia 11 kwietnia 2011 r. (które przekazał wykonawcom drogą faksową) zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania powołując się na przesłankę niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, którą obarczone jest niniejsze postępowanie. Zamawiający uzasadniał swoją decyzję tym, iż „w dniu 21 marca 2011 r., w dniu wskazanym w pismach wzywających do złożenia uzupełnień lub/i wyjaśnień Pełnomocnik miał problem techniczny z urządzeniem faksowym połączenie z numerem 71/3493344 było utrudnione, a wręcz niemożliwe. Przyczyny techniczne niezależne od Pełnomocnika i wykonawców spowodowały trudności w przekazaniu żądanych uzupełnień i wyjaśnień. Usunięcie niesprawności nastąpiło dopiero po terminie wskazanym w wezwaniach, t.j. po godz. 14.00 dnia 21 marca br roku. W związku z zaistniałą sytuacją Pełnomocnik nie jest w stanie zweryfikować dokładnej godziny przesłania przez wykonawców kompletnych dokumentów i ustalić kto zachował wyznaczony termin, a tym samym zapewnić równe traktowanie wykonawców”.

Izba zajęła się rozpoznaniem zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w oparciu o przesłankę niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, którą obarczone jest postępowanie.

Izba przypomina, że przesłanki do unieważnienia postępowania należy interpretować jako wyjątek od zasady, w sposób ścisły i określony w art. 93 ust. 1 ustawy, biorąc pod uwagę, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i to na Zamawiającym, który zamierza skorzystać z dyspozycji art.

93 ust. 1 spoczywa ciężar udowodnienia rzeczywistego występowania, nadzwyczajnych, wyjątkowych okoliczności uzasadniających jego rezygnację z sfinalizowania postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przesłanka unieważnienia postępowania określona ww. przepisem składa się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie tego przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania). Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Należy uznać, że wszystkie wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp przypadki naruszeń ustawy odnoszące się do prowadzenia postępowania są wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7, a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że przepis art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp nie odwołuje się bezpośrednio do art. 146 i tym samym nie można twierdzić, iż wyłącznie przesłanki z art. 146 ust.1 ustawy Pzp, mogą stanowić podstawę do zastosowania art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. Zdaniem Izby także podstawy wskazane w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp powinny być uwzględniane przy podejmowaniu decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. Ograniczenie tylko do ust.1 tego artykułu prowadziłoby do nieracjonalnego i jednocześnie niemożliwego do zaakceptowania wniosku, że nawet wystąpienie nieusuwalnej wady w sposób oczywisty mającej wpływ na wynik postępowania, uniemożliwi Zamawiającemu jego unieważnienie, nakładając tym samym na Zamawiającego obowiązek zawarcia umowy. Zdaniem Izby, wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp musi prowadzić do wniosku, że – uwzględniając odpowiednio art. 146 ust.6 ustawy Pzp - wszelkie niedające się usunąć wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, stanowią przesłankę jego unieważnienia.

W ocenie Izby żadna z ww. przesłanek w świetle przyczyn podanych przez Zamawiającego, nie została wykazana. W opinii Izby, w niniejszym stanie faktycznym

Zamawiający, uzasadniając unieważnienie niniejszego postępowania nie wykazał zarówno naruszenia przepisów ustawy, o których mowa w art. 146 ust. 1 pkt 1-6 jak również naruszenia przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (ust. 6 art. 146 ustawy Pzp), powołując się jedynie na ogólną zasadę zachowania równości i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp. W opinii Izby nie można zaliczyć do wad postępowania, które skutkowałyby koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7, problemów technicznych z urządzeniem faksowym, skoro sam Zamawiający na rozprawie oraz w zawiadomieniu o unieważnieniu wskazał, że powyższe problemy techniczne są niezależne od jego pełnomocnika (pełnomocnika prowadzącego postępowanie). Tym bardziej nie można również uznać, że powyższe utrudnienia powodują niemożność zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na gruncie niniejszej sprawy Izba ustaliła co następuje.

Należy wskazać, iż w piśmie z dnia 11 marca 2011 r. pouczone wykonawców, iż brakujące dokumenty oraz wyjaśnienia można przekazać faksem (do dnia 21 marca 2011 r. do godz. 14.00), następnie należy przekazać je pocztą lub osobiście do siedziby pełnomocnika (do dnia 25 marca 2011 r.). W niniejszym stanie faktycznym w opinii Izby w świetle powyższego pouczenia zawartego w piśmie z dnia 11 marca 2011 r. wykonawcy mieli możliwość przekazywania dokumentów drogą faksową. Z powyższego pouczenia zdaniem Izby nie wynikał obowiązek przekazywania dokumentów drogą faksową (z terminem do dnia 21 marca 2011 r.), a jedynie możliwość przekazania dokumentów ww. formie. W przypadku wyboru formy faksowej (jako sposobu komunikacji) należało powyższe dokumenty przekazać również pocztą bądź osobiście do dnia 25 marca 2011 r.

Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, iż w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Jednakże wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji, zawsze dopuszczalna jest forma pisemna z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie (art. 27 ust. 3 ustawy Pzp).

Zatem nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego przedstawioną na rozprawie, że brakujące dokumenty w świetle zapisów ogłoszenia należało przesać zarówno faksem jak i pocztą, biorąc pod uwagę, iż sam Zamawiający oświadczył, iż *„uznałby dokumenty, które wpłynęłyby w formie pisemnej do dnia 21 marca 2011 r. do godz. 14, zaś nie wpłynęłyby faksem, i tym samym rozpatrywałby je, badając spełnienie warunków udziału*

w postępowaniu". Zdaniem Izby pouczenie wykonawców w piśmie z dnia 11 marca 2011 r. nie wyłączało możliwości przekazania dokumentów w formie wskazanej w treści art. 27 ust. 3 zd. 2 ustawy.

Z przepisu art. 27 ust. 3 ustawy wynika, że wybór sposobu porozumiewania się doznaje pewnych ograniczeń. Zarówno zamawiający jak i wykonawcy zawsze mogą przekazywać informacje pisemnie. W ocenie Izby w zaistniałym stanie faktycznym wykonawcy mieli możliwość przekazania brakujących dokumentów faksem do dnia 21 marca 2011 r. do godz. 14.00, z jednoczesnym obowiązkiem przekazania ich osobiście bądź pocztą do dnia 25 marca 2011 r. bądź też niezależnie od powyższego w świetle dyspozycji art. 27 ust. 3 ustawy mieli możliwość przekazania brakujących dokumentów pisemnie do dnia 21 marca 2011 r. do godz. 14.00, co sam Zamawiający przyznał na rozprawie.

Decydując się na przekazanie dokumentów drogą faksową, strona przekazująca wiadomość faksem powinna uzyskać dowód, że treść faksu dotarła do adresata, w taki sposób, iż mógł on się zapoznać z jego treścią (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 stycznia 2003 r., sygn. akt V Ca 1930/02). W niniejszym stanie faktycznym wykonawca S&T Services Polska Sp. z o.o.), zwracając się do Zamawiającego przyznał, iż z powodów technicznych nie może przesłać faksem wyjaśnień (informacja przesłana przez ww. wykonawcę mailem w dniu 21 marca 2011 r. o godz. 13:52). Ponadto Zamawiający wskazał, iż w przypadku wykonawcy T-System Polska Sp. z o.o. nastąpiło zrywanie transmisji, a następnie kontynuowano o godz. 14:26. Z raportu z nadania z pamięci (przekazanego Zamawiającemu przez wykonawcę T-System Polska Sp. z o.o.) wynika, iż na 5 połączeń tego wykonawcy uzyskiwał on 4 informacje, iż numer jest zajęty.

Należy pamiętać, że w myśl art. 61 k.c. oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, że osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią (§ 2 art. 61 k.c.).

W niniejszym stanie faktycznym co najmniej dwóm z wykonawców (t.j. T-System Polska Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o.) nie udało się przekazać brakujących dokumentów faksem do dnia 21 marca 2011 r. do godz. 14.00. Jednak wykonawcy ci mieli również możliwość przekazania dokumentów pisemnie (pocztą czy też osobiście) do dnia 21 marca 2011 r. do godz. 14.00, biorąc również pod uwagę iż wezwanie miało miejsce w dniu 11 marca 2011 r.

Izba wzięła pod rozwagę oświadczenie Zamawiającego złożone na rozprawie, który wskazał, iż *„powyższa wada nie była wadą urządzenia, a nastąpiło zerwanie połączeń, tj. przez skumulowanie się wielu połączeń w jednym momencie”*.

W opinii Izby wykonawcy, którym nie udało się przesłać brakujących dokumentów drogą faksową (np. T-System Polska Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o.) w wyznaczonym terminie jako profesjonaliści ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego mają obowiązek działać z należytą starannością i w pierwszej kolejności w sposób wnikliwy zapoznać się z treścią wezwania do uzupełnienia, tak aby złożyć uzupełnione dokumenty w terminie i formie wskazanej przez Zamawiającego. Skoro wykonawcy przekazujący wiadomość faksem, nie dysponowali dowodem, iż faks dotarł do adresata, w terminie i sposób, iż mógł on zapoznać się z jego treścią, należy uznać, iż wykonawcy nie dochowali terminu na przesłanie dokumentów w formie wskazanej w wezwaniu. Nie wykazano również w sposób dostateczny, iż powyższe problemy techniczne wynikały z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Zamawiający na rozprawie przyznał, iż *„pracownik sprawdził telefon i faks i stwierdził, że powyższy faks i telefon działa, zaś szczegółowe informacje (co do wysyłanych dokumentów) Zamawiający otrzymał dopiero po godz. 14”*. Ponadto Zamawiający ani jego pełnomocnik nie występował, do stosownych podmiotów w sprawie udzielenia opinii, czy wskazywane przez wykonawców problemy techniczne wynikają z wad urządzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Wykonawca, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, z pełną świadomością swoich działań bądź też zaniechań i konsekwencjami tych zachowań winien na etapie przekazywania uzupełnienia wniosku dochować należytej staranności, aby uniknąć ewentualnych negatywnych konsekwencji wynikających np. z przeciążenia urządzenia faksowego. Ponadto zaznaczyć należy, że Zamawiający, wyznaczył odpowiednio długi czas na uzupełnienie dokumentów – t.j. 10 dni – stąd wykonawcy mieli odpowiednio długi termin na dokonanie uzupełnienia. Ponadto mogli również uzupełnić brakujące dokumenty przekazując je osobiście czy też pocztą, zważywszy iż termin na ich przekazanie wynosił aż 10 dni.

Izba uznała za stosowne przywołanie treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., (sygn. akt ACa 1018/05 niepubl.), mającego odpowiednie zastosowanie na gruncie niniejszej sprawy, wedle którego: *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także*

znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”.

W opinii Izby ten profesjonalny charakter działalności winien mieć swój przejaw również na etapie uzupełnienia brakujących dokumentów, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wyrażać się wykazaniem należytej staranności w zakresie uzupełniania brakujących dokumentów faksem w terminie do dnia 21 marca 2011 r. do godz. 14.00. Wykonawcy mogli również zabezpieczyć się, przyjmując sposób doręczenia pocztą bądź osobiście do dnia 21 marca 2011 r. do godz. 14.00. Wykonawcy, powinni przewidzieć, iż ze względu na zakres wezwania może dojść do przeciążenia urządzenia faksowego.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała, iż Zamawiający unieważniając postępowanie w oparciu o przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia zawartym w piśmie z dnia 11 kwietnia 2011 r. nie wykazał w sposób dostateczny i wyczerpujący okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania na tej podstawie, dlatego też Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy znalazł potwierdzenie w niniejszym stanie faktycznym. Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy, Izba uznała iż należy nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie badania i oceny wniosków i ich uzupełnień z uwzględnieniem wniosku Odwołującego.

Reasumując, Izba uznała, że w konsekwencji przyjęcia przez Zamawiającego błędnej interpretacji art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp czynność unieważnienia postępowania dokonana została przez Zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów wskazanych powyżej, t.j. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy może mieć istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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:

.....