

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. PKP Energetyka S.A. (Pełnomocnik Konsorcjum) ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa, 2. Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, 3. Comsa S.A., c. Viriato 47, 08014 Barcelona, Hiszpania, 4. PORR Polska Construction S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa, 5. Porr Bau GmbH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń, Austria** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Astaldi S.p.A. Via G.V. Bona 65, 00156 Rzym, Włochy (pełnomocnik Konsorcjum), 2. Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A Via Della Cooperazione 34, 40129 Bologna, Włochy**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. PKP Energetyka S.A. (Pełnomocnik Konsorcjum) ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa, 2. Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, 3. Comsa S.A., c. Viriato 47, 08014 Barcelona, Hiszpania, 4. PORR Polska Construction S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa, 5. Porr Bau GmbH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń, Austria** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. PKP Energetyka S.A. (Pełnomocnik Konsorcjum) ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa, 2. Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, 3. Comsa S.A., c. Viriato 47, 08014 Barcelona, Hiszpania, 4. PORR Polska Construction S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa, 5. Porr Bau GmbH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń, Austria**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. PKP Energetyka S.A. (Pełnomocnik Konsorcjum) ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa, 2. Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, 3. Comsa S.A., c. Viriato 47, 08014 Barcelona, Hiszpania, 4. PORR Polska Construction S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa, 5. Porr Bau GmbH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń, Austria** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (dalej: „Zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) – zwanej dalej: "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Kutno - odcinek Żychlin-Barłogi w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa-Poznań - pozostałe roboty, odcinek Sochaczew-Swarzędz”, realizowanego w ramach unijnego instrumentu finansowego Connecting Europe Facility (CEF).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 29 lipca 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców - w tym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. PKP Energetyka S.A. (Pełnomocnik Konsorcjum) ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa, 2. Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, 3. Comsa S.A., c. Viriato 47, 08014 Barcelona, Hiszpania, 4. PORR Polska Construction S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa, 5. Porr Bau GmbH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń, Austria (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum Energetyka”) - o wyniku oceny spełnienia warunków udziału w prowadzonym postępowaniu. Tym samym pismem Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu Odwołującego z prowadzonego postępowania i odrzuceniu jego oferty.

W dniu 8 sierpnia 2016 r. Konsorcjum Energetyka wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w którym zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3, art. 24b ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz art. 23 ust. 2 Pzp, przez bezpodstawne wykluczenie Konsorcjum Energetyka z postępowania z uwagi na rzekomy brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 oraz 26 ust. 4 Pzp, a w konsekwencji rzekome niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz rzekome nieustanowienie pełnomocnika, podczas gdy Konsorcjum Energetyka

odpowiedziało na wezwanie Zamawiającego w terminie i uzupełniło brakujące dokumenty i złożyło wyjaśnienia, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego;

2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 27 ust. 1- 3 Pzp oraz pkt VI 3.II Ogłoszenia o zamówieniu, przez ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz składanych wyjaśnień i uzupełnień, w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji oraz w oderwaniu od treści Ogłoszenia, polegającą na uznaniu, iż Konsorcjum Energetyka nie odpowiedziało na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia i wyjaśnienia wniosku w terminie wyznaczonym w tym wezwaniu na 31 maja 2016 r. - gdyż Zamawiający rzekomo skutecznie doręczył wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnienia Konsorcjum w formie elektronicznej - podczas gdy Konsorcjum mogło zapoznać się z tym wezwaniem dopiero w 1 czerwca 2016 r. po doręczeniu wezwania w formie papierowej i nie potwierdziło w jakiegokolwiek formie faktu otrzymania wcześniej korespondencji elektronicznej, co zgodnie z pkt VI.3.II Ogłoszenia jest warunkiem koniecznym, ustalonym przez samego Zamawiającego, dla skutecznego złożenia oświadczeń w tej formie.

Odwołujący wnosil o:

- unieważnienie czynności wykluczenia Konsorcjum Energetyka z postępowania;
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem wniosku złożonego przez Konsorcjum Energetyka oraz wyjaśnień i uzupełnionych dokumentów przedstawionych przez Konsorcjum;
- zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Konsorcjum Energetyka wskazywał, że pismem z 23 maja 2016 r., sygnatura ICZ3c-216-07/15-CEF-LCS Kutno-15/15, Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 26 ust. 4 Pzp do uzupełnienia wniosku i złożenia wyjaśnień. W wezwaniu Zamawiający zawarł pouczenie, zgodnie z którym dokumenty należy dostarczyć do siedziby Zamawiającego tj. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centralne Biuro Zamówień, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, skrzydło B, przyziemie, sekretariat, pok. 001 do dnia 31 maja 2016 r. Odwołujący podnosił, że z wezwaniem zapoznał się 1 czerwca 2016 r., w którym to dniu wezwanie zostało skutecznie doręczone Odwołującemu w formie pisemnej za pośrednictwem operatora pocztowego.

Niezwłocznie po odbiorze wezwania w formie pisemnej, umocowany przedstawiciel Odwołującego w postępowaniu skontaktował się z przedstawicielem Zamawiającego, z uwagi na wyznaczony w wezwaniu termin, który upłynął 31 maja 2016 r. W korespondencji został zasygnalizowany fakt, iż Odwołujący mógł zapoznać się z treścią wezwania dopiero 1

czerwca 2016 r. oraz zostało zadane pytanie, czy Zamawiający kierował jakąkolwiek korespondencją do Odwołującego w tym zakresie w formie innej niż za pośrednictwem poczty.

Zamawiający odpowiedział Odwołującemu, iż wezwanie zostało rzekomo przekazane Konsorcjum w formie elektronicznej na adres wskazany we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. eu@pkpenergetyka.pl. Na dowód czego Zamawiający przesłał Odwołującemu wiadomości e-mail, mające potwierdzać dostarczenie i przeczytanie wiadomości zawierającej przedmiotowe wezwanie.

Odwołujący zapoznał się ze stanowiskiem Zamawiającego jednocześnie oświadczając: „Otrzymaliśmy potwierdzenie wysłania pocztą elektroniczną do PKP Energetyka S.A. wiadomości (...) Nie widzimy tej wiadomości i nie możemy ustalić otrzymania tej wiadomości elektronicznej. Z zasady jako strona potwierdzamy komunikację elektroniczną z Zamawiającym”.

Odwołujący wskazywał, że niezwłocznie po otrzymaniu wezwania 1 czerwca 2016 r., przystąpił do sporządzania odpowiedzi na przedmiotowe pismo. W dniu 3 czerwca 2016 r. zostały przekazane Zamawiającemu dokumenty i wyjaśnienia zgodnie z wezwaniem, a także pismo przedstawiające stanowisko Odwołującego co do sposobów komunikacji z Zamawiającym.

W zawiadomieniu Zamawiający podał następujące uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z Postępowania: „Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym terminie. Zamawiający, w dniu 01 czerwca 2016 r. powziął informację, iż Wykonawca, w/w/ wezwanie z dnia 23 maja 2016 r. otrzymał dopiero w dniu 01 czerwca 2016 r. w wersji papierowej, pomimo przekazania w/w pisma w dniu 23 maja 2016 r. drogą elektroniczną na adres e-mailowy wskazany przez Wykonawcę w złożonym Wniosku. (...) Zamawiający uznał, iż adres e-mailowy został wskazany przez Wykonawcę w złożonym przez niego Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ponadto jest to dopuszczalna forma komunikacji, zarówno pod względem postanowień ustaw Pzp jak również treści Ogłoszenia o zamówieniu, wobec czego Zamawiający nie widzi podstaw do uwzględnienia złożonych wyjaśnień i uzupełnień do Wniosku po wyznaczonym terminie”.

Zdaniem Odwołującego z treści zawiadomienia wynika, iż Zamawiający nie uwzględnił złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień i uzupełnień z uwagi na dwie przesłanki: a) wskazanie adresu e-mailowego przez Konsorcjum Energetyka we wniosku, oraz b) fakt dopuszczalności komunikacji elektronicznej. W ocenie Konsorcjum sam fakt dopuszczalności komunikacji elektronicznej z wykonawcami nie oznacza, iż jakiegokolwiek wysłanie korespondencji w tej formie, bez żadnych ograniczeń, może rodzić negatywne skutki dla wykonawców - inne niż opisane przez Zamawiającego w Ogłoszeniu.

Podkreślał, że zgodnie z art. 27 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Jak wskazuje się w doktrynie prawa zamówień publicznych, art. 27 ust. 2 Pzp in fine został wprowadzony po to, by stworzyć konstrukcję domniemania skutecznego doręczenia drugiej stronie po potwierdzeniu faktu otrzymania korespondencji w formie elektronicznej. Przykładowo stanowisko to potwierdza J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2015: "W wielu przypadkach istotne jest stwierdzenie, kiedy dokument dotarł do adresata. Posiadanie samego dowodu nadania nie jest wystarczające dla przyjęcia, iż treść oświadczenia czy zawiadomienia prawidłowo dotarła do adresata. Tymczasem obowiązek wykazania, że dokument został prawidłowo doręczony, spoczywa na stronie przekazującej. Dlatego też w ust. 2 wprowadzono obowiązek potwierdzenia drugiej stronie faktu otrzymania dokumentu, jeżeli ten został przekazany faksem lub drogą elektroniczną. Takie potwierdzenie stanowi wtedy dowód doręczenia, którego posiadanie pozwala stronie na skuteczne dochodzenie praw, jakie wiążą się z faktem przekazania oświadczenia czy innego dokumentu".

Jak wskazuje się w orzecznictwie, do unormowania art. 27 ust. 2 Pzp nie jest przypisana żadna sankcja (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 12 czerwca 2015 r., KIO 1098/15), jest to przepis tworzący domniemanie prawne. Powyższe oznacza, iż tej kwestii przepisy Pzp nie regulują, co oznacza, iż Zamawiający mają swobodę w określaniu konsekwencji np. braku potwierdzenia faktu otrzymania korespondencji w formie elektronicznej (skoro ustawa PZP nie przewiduje w tym zakresie odmiennego uregulowania).

Odwołujący zwracał uwagę, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określił zasady prowadzenia komunikacji z wykonawcami, w tym uszczegółowił normę wynikającą z art. 27 ust. 2 Pzp. Zgodnie z pkt VI.3.II Ogłoszenia "Wszelka korespondencja prowadzona będzie wyłącznie z Pełnomocnikiem Wykonawcy. Zamawiający będzie porozumiewał się z Wykonawcą w sprawach dotyczących niniejszego Postępowania w formie pisemnej, faksem oraz drogą elektroniczną, za wyjątkiem wniosku oraz oferty, które muszą być złożone w formie pisemnej. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu, a fakt otrzymania został niezwłocznie potwierdzony przez każdą ze stron na żądanie drugiej".

W ocenie Odwołującego z zestawienia art. 27 ust. 2 Pzp oraz pkt VI.3.II Ogłoszenia wynikają więc szczególne zasady komunikacji z Zamawiającym, zgodnie z którymi o skutecznym doręczeniu jakiegokolwiek oświadczenia, wniosku, zawiadomienia oraz informacji w terminie można mówić wyłącznie wtedy, gdy fakt otrzymania (a nie np. przeczytania nagłówka wiadomości) został niezwłocznie potwierdzony (np. prezentatą na dokumencie, potwierdzeniem odbioru przesyłki pocztowej bądź też - jak w przypadku

komunikacji elektronicznej - potwierdzenie faktu otrzymania przedmiotowej wiadomości wraz z załącznikami).

Co istotne, w zakresie korespondencji wysyłanej drugiej stronie w formie faksu, co w tym zakresie może znaleźć odpowiednie zastosowanie do korespondencji wysyłanej w formie e-mail, Sąd Najwyższy zajął stanowisko w wyroku z 18 marca 2008 r., IV CSK 9/08, uznając, iż: „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. Jednak sam wydruk kontrolny potwierdzający wysłanie faksu z potwierdzeniem odebrania go przez adresata, nie jest dowodem pewnym, lecz tylko dowodem prima facie, że odbiorca mógł zapoznać się z zawartym w jego treści oświadczeniem woli. Dowód pewny stanowi natomiast potwierdzona przez odbiorcę kopia faksu”.

Pogląd Sądu Najwyższego znalazł również odzwierciedlenie w orzeczeniach sądów okręgowych w sprawach z zamówień publicznych, m.in. w wyroku z 25 czerwca 2009 r., XIX Ga 202/09 Sąd Okręgowy w Katowicach uznał, iż: „W przedmiotowej sprawie zamawiający nie dysponował potwierdzeniem od wykonawcy otrzymania faksu. Jego uprawnienie do żądania od wykonawcy potwierdzenia otrzymania faksu wynika z treści art. 27 ust.2 ustawy Pzp. Skoro zamawiający nie zadbał o dowód doręczenia faksu w postaci potwierdzenia jego otrzymania to w sytuacji, gdy wykonawca przeczy, iż wezwanie otrzymał oraz okoliczności te wykazuje dokumentem prywatnym pozbawił się pewnego dowodu doręczenia.

Odwołujący podnosił, że prowadzone postępowanie nie jest pierwszym organizowanym przez Zamawiającego, w którym Odwołujący bierze udział. Jak wskazywał Odwołujący w piśmie do Zamawiającego z 3 czerwca 2016 r., fakt otrzymania korespondencji od Zamawiającego w formie elektronicznej jest potwierdzany odrębną wiadomością z wyraźnym zaznaczeniem potwierdzenia odbioru. Taki model potwierdzania wiadomości - tj. w formie odrębnej wiadomości wysyłanej przez osobę upoważnioną do kontaktów z zamawiającymi - podyktowany jest zarówno zwyczajem, jak i należyta starannością w celu ustalenia czy np. wiadomość elektroniczna, w której pismo jest przesyłane jako załącznik, faktycznie ten załącznik zawiera, bądź też czy załącznik nie zawiera jakichkolwiek błędów lub pustych stron (z uwagi na to, że w większości przypadków Zamawiający załącza zeskanowane pismo w formie załączników PDF).

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zwyczaj wykształcony u danego zamawiającego, bądź też w danej relacji między zamawiającymi, a wykonawcami, co do sposobów potwierdzania korespondencji, jest istotny dla oceny skuteczności doręczania korespondencji elektronicznej. Przykładowo takie stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 12 czerwca 2015 r., KIO 1098/15 - w odniesieniu do braku żądania potwierdzeń przez zamawiającego. A contrario, skoro w postępowaniach organizowanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w tym z udziałem PKP Energetyka S.A., wykształcił

się zwyczaj potwierdzania odbioru korespondencji elektronicznej w formie odrębnej wiadomości, tym samym należy uznać, iż to właśnie w takiej formie - a nie np. w formie automatycznej wiadomości generowanej przez skrzynkę pocztową - Zamawiający powinien był oczekiwać potwierdzenia. Co więcej, takie potwierdzenie w myśl Ogłoszenia było warunkiem uznania, iż wiadomość w formie elektronicznej została skutecznie doręczona.

W opinii Odwołującego za ewentualne potwierdzenie faktu otrzymania korespondencji (tj. w przypadku praktyki Zamawiającego - otrzymania korespondencji e-mail wraz z załącznikiem PDF, który to zazwyczaj dopiero zawiera właściwą treść wezwania) nie można uznać automatycznego potwierdzenia generowanego przez skrzynkę, które może być generowane niezależnie od odbiorcy. Przykładowo w wyroku z 12 października 2011 r., KIO 2096/11, Krajowa Izba Odwoławcza w odniesieniu do automatycznych potwierdzeń generowanych przez skrzynki pocztowe uznała, iż: „Pkt 37 ust. 4 IDW s.i.w.z. wskazuje bowiem, iż zgodnie z art. 27 ust. 2 u.p.z.p. każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt otrzymania przesłanych dokumentów. O ile nie budzi wątpliwości, iż za uczynienie zadość takiemu żądaniu można uznać faks zwrotny (jak to wskazano w pkt. 37 ust. 2 IDW s.i.w.z.), o tyle, w ocenie składu orzekającego Izby, w przypadku drogi elektronicznej nie można uznać za wystarczające kliknięcie w programie pocztowym przez odbiorcę powodujące automatyczne wygenerowanie i przesłanie nadawcy, który wcześniej w swoim programie zaznaczył opcję potwierdzenia przeczytania, komunikatu wiadomość przeczytano. Należy zauważyć, iż w przypadku przesłania faksu zwrotnego niemal niemożliwe jest by nastąpiło to przypadkowo, machinalnie, bez chociaż pobieżnego rzucenia okiem na treść otrzymanego pisma, odmiennie niż w przypadku tego typu potwierdzeń przeczytania wiadomości e-mail. zwłaszcza jeżeli właściwe pismo zostało zawarte w załączonym pliku”.

Odwołujący podnosił, że jeśli więc nawet uznać, iż Zamawiający w jakikolwiek sposób otrzymał wiadomość zwrotną wygenerowaną automatycznie, to nie można w ocenie Odwołującego uznać, by Odwołujący w jakikolwiek sposób potwierdził fakt otrzymania wiadomości e-mail zawierającej treść lub dokument odpowiadający treści wezwania otrzymanego pocztą 1 czerwca 2016 r. Tym bardziej, iż jak wskazano w piśmie z 3 czerwca 2016 r., Odwołujący zaprzecza, by taką korespondencję elektroniczną otrzymał oraz by wysyłał jakiegokolwiek potwierdzenia faktu otrzymania korespondencji drogą e-mailową.

Ponadto należy również wskazać, iż zgodnie z art. 27 ust. 3 Pzp, wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji; zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. W tym zakresie warto zwrócić uwagę na stanowisko, które zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 marca 2013 r., KIO 346/13:” (...) zamawiający który jako dysponent publicznych środków finansowych winien w sposób szczególny dbać nie

tylko o ich racjonalne wydatkowanie, ale także o przestrzegania zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego celem, aby do realizacji zamówienia została wybrana najkorzystniejsza oferta spośród jak największej liczby złożonych ofert. Wobec tego zdaniem Izby, należy negatywnie ocenić takie postępowanie zamawiającego który wzywając wykonawcę do złożenia w określonym terminie dokumentów lub oświadczeń, które determinują dalszy udział tego wykonawcy w postępowaniu i wzywając go do potwierdzenia otrzymania danego pisma, w żaden sposób nie interesuje się faktem czy dane pismo dotarło do adresata i dlaczego adresat nie potwierdził zwrotnie jego otrzymania. W tym zakresie wystarczającym byłoby chociażby przeprowadzenie rozmowy telefonicznej z takim wykonawcą, a treść ustaleń spisać w formie notatki i załączyć do akt postępowania. Strony nie powinny - biorąc pod uwagę oczekiwany od nich profesjonalizm w działaniu, „czyhać na błąd” drugiej strony w jej działaniu lub zaniechaniu działania, dążąc do jej wyeliminowania z postępowania, bądź zakładając z góry iż np. brak potwierdzenia otrzymania danej informacji jest wynikiem świadomego działania tej strony”.

Odwołujący podkreślał, że w prowadzonym postępowaniu, wezwanie zostało skutecznie doręczone 1 czerwca 2016 r. Termin wskazany w tym wezwaniu na złożenie wyjaśnień i uzupełnień, tj. 31 maja 2016 r. w naturalny sposób nie mógł być dotrzymany. Odwołujący skutecznie zaprzeczał, jakoby otrzymał wezwanie w dniu wcześniejszym niż 1 czerwca 2016 r., w tym w formie elektronicznej. Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na skuteczne doręczenie wezwania do Odwołującego, poza powołaniem się na ogólną regułę dopuszczalności korespondencji e-mailowej z wykonawcami w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego składając niezwłocznie po otrzymaniu wezwania dokumenty celem uzupełnienia i wyjaśnienia wniosku, uczynił on zadość wezwaniu Zamawiającego, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp oraz 26 ust. 4 Pzp. Dlatego też wykluczenie Odwołującego z postępowania jest przedwczesne i nie odpowiada przepisom Pzp, a Zamawiający był zobowiązany ocenić merytorycznie przedstawione przez Konsorcjum Energetyka dokumenty i wyjaśnienia.

W dniu 22 sierpnia 2016 r. w formie elektronicznej do Izby wpłynęła odpowiedź na odwołanie. W treści pisma Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości oraz o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę wnoszącego odwołanie. Zamawiający w treści pisma wskazywał, że nie zgadza się w całości z postawionymi przez Odwołującego zarzutami. W ocenie Zamawiającego poczyniona przez Odwołującego argumentacja nie znajduje tak uzasadnienia faktycznego, jak i prawnego. W toku posiedzenia z udziałem stron w dniu 23 sierpnia 2016 r. Zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, odpowiedź na odwołanie, pisma procesowe oraz stanowiska i oświadczenia stron, a także uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła co następuje.

Z ustaleń Izby wynika, że zgodnie z pkt VI.3.II Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający sprecyzował, że wszelka korespondencja prowadzona będzie wyłącznie z Pełnomocnikiem Wykonawcy. Zamawiający będzie porozumiewał się z Wykonawcą w sprawach dotyczących niniejszego Postępowania w formie pisemnej, faksem oraz drogą elektroniczną, za wyjątkiem wniosku oraz oferty, które muszą być złożone w formie pisemnej. Oświadczenia wnioski, zawiadomienia oraz informacje uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu, a fakt otrzymania został niezwłocznie potwierdzony przez każdą ze stron na żądanie drugiej.

W dniu 23 maja 2016 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów. W treści wezwania Zamawiający zobowiązał Odwołującego do złożenia wyjaśnienia do dnia 31 maja 2016 r.

Powyższe wezwanie zostało przesłane do Odwołującego w dniu 23 maja 2016 r. o godz. 16.59 w formie elektronicznej na adres podany we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. eu@pkpenergetyka.pl. Zamawiający ww. wezwanie przesłał również pocztą na adres Odwołującego.

W aktach sprawy znajduje się datowane na 24 maja 2016 r. na godz. 9.18 potwierdzenie odczytania przez Odwołującego wiadomości, przesłanej przez Zamawiającego w dniu 23 maja 2016 r. o godz. 16.59 oraz potwierdzenie odebrania przesyłki pocztowej w dniu 1 czerwca 2016 r.

Izba ustaliła również, że Odwołujący złożył wyjaśnienia w dniu 3 czerwca 2016 r. Wskazując, iż nie otrzymał elektronicznej wersji wezwania. Powołując się na okoliczność, iż miał realną możliwość zapoznania się z wezwaniem dopiero w dniu 1 czerwca 2016 r. W treści wyjaśnień zostało stwierdzone, że w sytuacji gdy skuteczne doręczenie wezwania do PKP nastąpiło dopiero w dniu 1 czerwca 2016 r. to termin na złożenia wyjaśnień i uzupełnień w sposób naturalny powinien podlegać przesunięciu, by umożliwić wykonawcy odpowiedź.

Jednak Zamawiający nie uznał tych wyjaśnień Odwołującego i wykluczył go z prowadzonego postępowania. W zawiadomieniu o dalszej kwalifikacji wykonawców w postępowaniu z dnia 29 lipca 2016 r. Zamawiający wskazał, że uznał, iż adres e-mailowy został wskazany przez wykonawcę w złożonym przez niego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ponadto jest to dopuszczalna forma komunikacji zarówno pod względem postanowień ustawy Pzp jak również treści Ogłoszenia o zamówieniu, wobec czego Zamawiający nie widział podstaw do uwzględnienia złożonych wyjaśnień i uzupełnień we wniosku po wyznaczonym terminie.

Wraz z odwołaniem oraz w toku rozprawy Odwołujący złożył następujące dowody:

1. Korespondencja e-mail z dnia 21.07.2015 r., 14.07.2015 r., 11.06.2015 r., 16.07.2015 r., stanowiąca potwierdzenie przez Odwołującego fakt otrzymania, określonej korespondencji od Zamawiającego.
2. Wydruk z systemu Poczty Polskiej dot. śledzenia przesyłki o nr 00859007731324514177. W treści wydruku znajduje się informacja „Data nadania – 2016-05-29”.
3. Kopię koperty, mającej zawierać wezwanie nr ICZ3c-216-07/15-CEF-LCS KUTNO – 15/15. Koperta opatrzona jest nr przesyłki 00859007731324514177, znajduje się na niej również pieczęć z datą „27.05.2016”.

Izba zważyła co następuje.

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zgłoszone w treści odwołania zarzuty w całości nie potwierdziły się.

Izba wyjaśnia, że w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt VI.3.II Zamawiający wskazał, że będzie porozumiewał się z wykonawcami w sprawach dotyczących niniejszego postępowania nie tylko w formie pisemnej ale także faksem oraz drogą elektroniczną, za

wyjątkiem wniosku oraz oferty, które muszą być złożone w formie pisemnej. W związku z powyższym nie jest sporne między stronami, że Zamawiający był uprawniony do przesłania wezwania do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów w formie elektronicznej. W takiej sytuacji Zamawiający zobligowany był do wysłania wezwania na adres e-mail pełnomocnika wykonawcy, co też rozpoznawanej sprawie Zamawiający uczynił wysyłając wezwanie na adres wskazany we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. eu@pkpenergetyka.pl.

Osią sporu w niniejszej sprawie jest rozstrzygnięcie kwestii związanej z doręczeniem wezwania przesłanego przez Zamawiającego w dniu 23 maja 2016 r. o godz. 16.59 na adres ww. e-mail Odwołującego.

W tej sprawie Izba w pełni podziela stanowisko i argumentację prezentowaną przez Zamawiającego oraz Przystępującego. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że zdarzeniem istotnym dla skuteczności oświadczenia woli jest jego dojście do adresata w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią. Nie jest natomiast istotne to, kiedy oświadczenie woli zostało wyrażone albo wysłane do adresata.

Przekładając powyższe na stan faktyczny rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, opisanego powyżej wynika, że wiadomość, zawierająca wezwanie, w formie elektronicznej została przesłana przez Zamawiającego w dniu 23 maja 2016 r. o godz. 16.59. Natomiast jej odczytanie przez Odwołującego miało miejsce w dniu 24 maja 2016 r. o godz. 9.18.

Twierdzenie Odwołującego „nie możemy odnaleźć” czy też „nie widzimy tej wiadomości” Izba uznała za gołosłowne. Po pierwsze podkreślenia wymaga, że skoro Zamawiający twierdzi, że przesłał wezwanie w formie elektronicznej w określonej dacie i posiada potwierdzenie przeczytania tej wiadomości, to właśnie Odwołujący powinien wykazać, że w określonym przez Zamawiającego terminie, jego serwer nie zarejestrował wiadomości e-mail, zawierającej ww. wezwanie, czego konsekwencją oczywiście była niemożliwość zapoznania się z treścią wezwania, co też skutkowało uchybieniem terminu w uzupełnieniu dokumentów i złożeniu wyjaśnień. Za wystarczający można byłoby uznać chociażby wydruk z operacji serwera, w którym widoczny byłby brak rejestracji wiadomości przesłanej przez Zamawiającego w dniu 23 maja 2016 r. o godz. 16.59. W związku z powyższym stwierdzić należy, że Odwołujący w sposób wystarczający nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił, że nie otrzymał wezwania przesłanego przez Zamawiającego w dniu 23 maja 2016 r. o godz. 16.59 w formie elektronicznej. Wręcz przeciwnie. Za tym, że

Odwołujący otrzymał ww. wezwanie przemawia dostarczone przez Zamawiającego potwierdzenie, z którego wynika, że wiadomość, zawierająca wezwanie została przeczytana w dniu 24 maja 2016 r. o godz. 9.18. W związku z powyższym Izba potwierdziła prawidłowość stanowiska Zamawiającego, który uznał, iż Odwołujący, składając wyjaśnienia i dokumenty w dniu 3 czerwca 2016 r. nie dochował ciężącego na nim obowiązku złożenia wyjaśnień i uzupełnienia wniosku w wyznaczonym terminie, tj. do dnia 31 maja 2016 r.

Natomiast w zakresie potwierdzania korespondencji na żądanie każdej ze stron Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, który otrzymawszy potwierdzenie od Odwołującego w formie elektronicznej uznał, że nie jest konieczne odrębne potwierdzenie doręczenia korespondencji, gdyż wykonawca wezwanie otrzymał. W związku z powyższym nie kontaktował się dodatkowo z Odwołującym w tej sprawie. Izba uznała za nieprzydatne dla rozpoznania sprawy dowody złożone przez Odwołującego w postaci korespondencji e-mail z dnia 21.07.2015 r., 14.07.2015 r., 11.06.2015 r., 16.07.2015 r., stanowiące potwierdzenie przez Odwołującego faktu otrzymania, określonej korespondencji od Zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że powyższa korespondencja kierowana była na inny adres e-mail, a także iż była przekazywana w ramach innych postępowań niż to rozpoznawane. Na jej podstawie nie sposób z całą stanowczością potwierdzić, że Odwołujący we wszystkich postępowaniach w których ubiega się o zamówienie i w każdym przypadku dokonuje „odrębnego” potwierdzania, każdej wiadomości otrzymanej w formie elektronicznej, czemu zaprzeczał także Zamawiający twierdząc, że Odwołujący nie zawsze dokonuje takiego „odrębnego” potwierdzenia otrzymania wiadomości.

Izba odniosła się także do argumentacji Odwołującego, zasadzającej się na tym, że Zamawiający miał wątpliwości w zakresie doręczenia wezwania drogą elektroniczną, dlatego też zdecydował się na przesłanie wezwania w formie pisemnej. Izba stwierdziła, że powyższe stanowisko nie znajduje, żadnego poparcia w zgromadzonym materiale dowodowym.

W tym miejscu przywołać należy treść art. 27 ust. 3 Pzp, z której wprost wynika, że zawsze dopuszczalna jest forma pisemna przekazywania wniosków, oświadczeń, zawiadomień i informacji, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, które w rozpoznawanej sprawie nie występują. W toku rozprawy Zamawiający wyjaśniał, że w ramach prowadzonego postępowania przysyłał wykonawcom wezwania w formie elektronicznej a także pisemnej. Skorzystanie z formy elektronicznej miało na celu przyspieszenie przekazania informacji, która następnie była potwierdzana przesłaniem jej w formie pisemnej. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający skorzystał jedynie z posiadanego uprawnienia, polegającego na przesłaniu wezwania nie tylko w formie

elektronicznej ale również pisemnej. W ocenie Izby z powyższego nie sposób wywieść, że Zamawiający przesłał Odwołującemu wezwanie w formie pisemnej, gdyż obawiał się, że nie otrzymał on wezwania w formie elektronicznej. Tym samym Izba stwierdziła, że argumentacja Odwołującego w tym zakresie jest chybiona. Bez znaczenia dla rozpoznawanej sprawy pozostają więc dowody złożone przez Odwołującego w postaci wydruk z systemu Poczty Polskiej dot. śledzenia przesyłki o nr 00859007731324514177 oraz kopię koperty, mającej zawierać wezwanie nr ICZ3c-216-07/15-CEF-LCS KUTNO – 15/15.

Reasumując, Izba nie potwierdza naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3, art. 24b ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz art. 23 ust. 2 Pzp a także naruszeniu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 27 ust. 1- 3 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b) § 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:

.....