

WYROK

z dnia 11 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę IMMITIS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy, w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Ministra Finansów w Warszawie reprezentowanego przez Dyrektora Izby Celnej w Łodzi, przy udziale wykonawcy „KONCEPT” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę IMMITIS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych zero groszy], uiszczoną przez wykonawcę IMMITIS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Warszawie.

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 1780/14

I. Zamawiający – Skarb Państwa – Minister Finansów reprezentowany na mocy upoważnienia nr BM1/0140/79/2014 przez pełnomocnika Dyrektora Izby Celnej w Łodzi prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Zakup i dostawa laptopów wraz z oprogramowaniem dla użytkowników systemu EMCS PL2, budowanego w ramach Projektu „Program e-Cło”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. W dniu 29 sierpnia 2014 r., Odwołujący złożył odwołanie, wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności:

1. badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdz. 4 ust. 1 pkt. 2 SIWZ [posiadania niezbędnego doświadczenia], z tego powodu że żądany dokument [dowód czy dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należyście], odwołujący złożył po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie;
2. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dokonaną w dniu 20 sierpnia 2014 r. polegającą na wyborze w przedmiotowym postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę Koncept spółka z o.o. w Warszawie,
3. na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą;
4. na czynność zatrzymania wadium wraz z odsetkami w wysokości 45.000,00 zł.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 poprzez dokonanie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, pomimo tego iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu [*warunku określonego w rozdziale ust 1 pkt. 2 SIWZ dot. posiadania niezbędnego doświadczenia*], uzupełniając na wniosek Zamawiającego, dokumenty [*dowody potwierdzające należyte wykonanie dostaw, określone w rozdziale 5 ust. 2 lit b SIWZ*], w terminie przez niego wskazanym;
2. art. 24 ust. 4 ustawy poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, pomimo tego, iż Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania;

3. art. 46 ust. 4a ustawy, poprzez nieuprawnione zatrzymanie wadium wraz z odsetkami;

4. art. 7 ustawy w przedmiocie działań i zaniechań Zamawiającego, w tym poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dochowania należytej staranności przy badaniu i ocenie złożonych ofert oraz poprzez bezpodstawne uznanie, iż Odwołujący uzupełniając na wezwanie Zamawiającego dokumenty *[dowody potwierdzające należyte wykonanie dostaw]*, nie dokonał tego w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, tudzież poprzez podjęcie przez Zamawiającego w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania, na skutek czego w toku badania i oceny ofert naruszone zostały podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych - zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców;

5. art. 91 i 92 ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty nie będącej najkorzystniejszą na podstawie kryterium oceny ofert określonego w rozdziale 8 SIWZ, w konsekwencji nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą oraz wadliwego uznania, iż oferta złożona przez tego Wykonawcę Koncept sp. z o.o. jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Koncept sp. z o.o. w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą;
3. unieważnienia czynności zatrzymania wadium wraz z odsetkami;
4. ponownego dokonania oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następujące zastrzeżenia i argumentację, mającą uzasadniać podniesione zarzuty:

[1] w zakresie wykluczenia wykonawcy z postępowania:

Zamawiający w rozdziale 4 ust. 1 pkt. 2 SIWZ wprowadził zapis :

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy zgodnie z art. 22 ust 1 Ustawy, spełniają warunki dotyczące : [...] posiadania wiedzy i doświadczenia - za spełnienie warunku posiadania niezbędnego doświadczenia Zamawiający uzna wykonanie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanie w okresie ostatnich

trzech lat przed upływem terminu składania ofert [jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie] co najmniej dwóch dostaw sprzętu komputerowego [komputery PC i/lub monitory i/lub laptopy], o wartości nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł brutto każda".

W rozdziale 5 ust. 1 pkt. 2] SIWZ Zamawiający wprowadził zapis, iż w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oferta musi zawierać [...] dowody, czy [dostawy] zostały wykonane lub są wykonywane należycie [...] potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w rozdziale 4 ust. 1 pkt. 2 SIWZ.

Odwołujący złożył ofertę, która nie zawierała dowodów opisanych w rozdziale 5 ust. 1 pkt 2] SIWZ, wobec czego Zamawiający pismem z dnia 6-08-2014 r., powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy sfomułował treść wezwania w sposób następujący:

„Wykonawca złożył w ofercie Wykaz Wykonanych Dostaw bez stosownych dowodów, potwierdzających ich należycie wykonanie lub wykonywanie.

Uzupełnienia złożonej oferty należy dokonać w nieprzekraczalnym terminie do dnia 08-08-2014 r. na adres poczty elektronicznej: [...] a następnie niezwłocznie pisemnie do kancelarii Izby Celnej w Łodzi, ul. Lodowa 97.

Złożony dokument winien potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień 05-08-2014 r., tj. na dzień otwarcia ofert.

Konsekwencją nieuzupełnienia oferty będzie wykluczenie Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Ustawy oraz zatrzymanie wpłaconego wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Ustawy."

Pismem z dnia 08-08-2014 r. [piątek] Odwołujący wysłał na adres poczty elektronicznej Zamawiającego pismo przewodnie wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw: list referencyjny z dnia 24.01.2012 r. wystawiony przez Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie, list referencyjny z dnia 26.04.2013 r. wystawiony przez Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie.

Następnie Odwołujący niezwłocznie w dniu 12-08-2014 r. złożył ww. dokumenty w formie pisemnej Zamawiającemu.

Pismem z dnia 20-08-2014 r. Zamawiający na podstawie art. 92 ust. 1 pkt. 1 ustawy poinformował Wykonawców, w tym Odwołującego, o wyborze oferty najkorzystniejszej

złożonej przez Wykonawcę: Koncept spółka z o.o. w Warszawie oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy oraz uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 4 Ustawy.

W uzasadnieniu swego pisma Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale 4 ust. 1 pkt. 2 SIWZ tj. posiadania niezbędnego doświadczenia, z tego powodu, iż Wykonawca złożył w ofercie Wykaz Wykonanych Dostaw bez stosowanych dowodów, potwierdzających czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Dalej Zamawiający uzasadnia: „*Pismem z dnia 08-08-2014 r. Wykonawca został wezwany do uzupełnienia wykazu jw. oraz załączenia dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.*

Zamawiający wskazał, iż termin dokonania uzupełnienia został wyznaczony na dzień 08-08-2014 r. Wykonawca w dniu 12-08-2014 r. złożył osobiście w kancelarii Izby Celnej w Łodzi stosowne uzupełnienie w postaci dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, wskazanych w Wykazie Wykonanych Dostaw.

Wykonawca nie uzupełnił więc w wyznaczonym terminie dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, a co za tym idzie, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 46 ust. 4a Ustawy zatrzymał wadium w wysokości 45.000,00 zł.

W związku z wykluczeniem wykonawcy z postępowania, jego oferta zostaje uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Ustawy.”

W tym stanie faktycznym, zdaniem Odwołującego, zaskarżone czynności Zamawiającego nie mogą się ostać z przyczyn poniżej wskazanych.

1. Bezsprzecznie Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, bowiem w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego przekazał mu żądane dokumenty. Brak jest wobec tego podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Żądane dokumenty mieszczą się w dyspozycji przepisu art. 25 ust. 1 pkt 1) ustawy, jako dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty te nie stanowią treści oferty sensu stricto, rozumianej przez pryzmat art. 66 § 1 kc jako skierowana do zamawiającego stanowcza propozycja zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w SIWZ. Dokumenty te można zaliczyć

jedynie do oferty sensu largo, rozumianej na gruncie przepisów ustawy jako oświadczenie woli wykonawcy wraz z wymaganymi dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Rozróżnienie powyższe jest istotne z punktu widzenia formy w jakiej wymagane jest ich złożenie, mianowicie oferta musi zostać przedłożona na piśmie [art. 82 ust. 2 ustawy], natomiast dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu mogą zostać złożone wyłącznie w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę [§ 7 ust. 1 rozporządzenia]. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy, postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Przez postępowanie, w myśl art. 2 pkt. 7a) ustawy, rozumieć należy postępowanie od momentu jego wszczęcia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, obejmujące wszystkie czynności zarówno podejmowane przez Zamawiającego jak i wykonawców tudzież ich zaniechania. Ustawa zastrzega formę pisemną dla oferty, natomiast dla dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ustawy czyni wyjątek, bowiem na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy dozwala aby Prezes Rady Ministrów w rozporządzeniu określił formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mianowicie w formie: oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność przez wykonawcę. Innymi słowy, kwestia formy, w jakiej dokumenty mają być składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została uregulowana w ustawie oraz rozporządzeniu, wobec czego żądanie Zamawiającego złożenia np. oferty w innej formie niż na piśmie bądź dokumentów z art. 25 ust. 1 pkt. 1) ustawy w innej formie niż sformułowana w rozporządzeniu - byłoby całkowicie bezskuteczne z powodu niezgodności takiego zapisu z przepisem ustawy lub rozporządzenia, z mocy art. 58 kc.

Przepisy ustawy nie pozwalają Zamawiającemu na modyfikację formy, w jakiej oferta lub dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu mają być składane, ale uprawnia Zamawiającego do określania terminu, w jakim Wykonawca ma obowiązek złożyć wymagane przez niego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 1) ustawy, w tym przedmiotowy wykaz wykonanych / wykonywanych dostaw oraz dowody potwierdzające czy zostały one lub są wykonywane należycie.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Zamawiający uprawniony jest do wyznaczenia jednego wiążącego terminu na złożenie dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy [w tym Wykazu Wykonanych Dostaw]. Zamawiający w piśmie z dnia 6-08-2014 r. oznaczył ww. termin jako „niezwłocznie po dniu 08-08-2014 r.” i w tym terminie Wykonawca zobowiązany został do „uzupełnienia oferty”, poprzez złożenie Wykazu Wykonanych Dostaw w formie pisemnej. Odwołujący wskazał, iż termin, o którym mowa

w art. 26 ust. 3 ustawy powiązany jest w sposób bezpośredni z formą, w jakiej dokumenty i oświadczenia mogą być skutecznie składane przez Wykonawcę. Mianowicie zgodnie z rozdziałem 6 SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty pkt. 1 ppkt. 6 i 7:

- pkt. 6: *„Oferta i załączniki do oferty [oświadczenia i dokumenty] muszą być podpisane przez osobę/y upoważnioną/e w dokumentach rejestrowych podmiotu do reprezentacji Wykonawcy lub posiadającą odpowiednie pełnomocnictwo do dokonania niniejszej czynności prawnej udzielone przez osobę/y upoważnioną/e do reprezentacji podmiotu.”* [Odpowiednik oryginału z § 7 ust. 1 rozporządzenia].

- pkt. 7 *„W przypadku składania dokumentów w formie kopii, muszą one być poświadczone za zgodność z oryginałem przez osobę/y uprawnioną/e do reprezentacji Wykonawcy”* [Odpowiednik kopii poświadczonej za zgodność z §7 ust. 1 rozporządzenia].

Powołane zapisy SIWZ odpowiadają treści § 7 ust. 1 rozporządzenia, który stanowi: *„Dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.”* O ile Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu z dnia 6-08-2014 r. ma prawo do określenia terminu na ich złożenie, o tyle nie ma prawa do określenia więcej niż jednego terminu oraz do określania formy składanych dokumentów, odmiennie niż stanowi SIWZ oraz rozporządzenie. Powołane zapisy SIWZ są zgodne z treścią rozporządzenia oraz są wiążące zarówno dla Wykonawców jak i samego Zamawiającego.

Wykonawca uzupełnił żądany dokument - Wykaz Wykonanych Dostaw składając w terminie, oznaczonym przez Zamawiającego jako *„niezwłocznie po dniu 08-08- 2014”* dokument w formie zgodnej z § 7 ust. 1 rozporządzenia, z treścią zapisu zawartego w rozdziale 6 Opis sposobu przygotowania oferty pkt. 1 ppkt. 6 i 7 SIWZ oraz z treścią pisma z dnia 6-08-2014 r. - mianowicie w formie pisemnej. Podkreślenia wymaga, iż wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu następuje w oparciu o:

1. treść składanego dokumentu - musi potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu;
2. formę składanego dokumentu - musi być zgodna z § 7 ust. 1 rozporządzenia;
3. termin na złożenie dokumentu - dokument należy złożyć z oznaczonym przez Zamawiającego terminie.

Tymczasem Zamawiający w piśmie z dnia 20-08-2014 r. pn. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazał, niezgodnie z treścią pisma z dnia 6-08-2014 r., że termin

dokonania uzupełnienia został wyznaczony na dzień 08-08-2014 r. Tymczasem z treści ww. pisma wynika bezspornie, iż termin 08-08-2014 wyznaczony został dla „uzupełnienia złożonej oferty [...] na adres poczty elektronicznej”, a nie dla uzupełnienia w formie pisemnej.

Wobec powyższego złożenie przez Odwołującego przedmiotowych dokumentów w dniu 12-08-2014r. należy uznać za „niezwłoczne” po dniu 08-08-2014 r.”, mając na względzie następujące okoliczności:

- 9 i 10 -08-2014 r. to dni wolne od pracy [sobota i niedziela],
- w dniu 12-08-2014 r. [wtorek] złożone zostały dokumenty bezpośrednio w siedzibie Zamawiającego w formie pisemnej.

Odwołujący stwierdził, iż pojęcie „niezwłoczności” nie zostało zdefiniowane, ale należy je oceniać jako „rozsądny termin”, „bez zbędnej zwłoki”, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy oraz z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Pojęcie niezwłoczności na gruncie kodeksu cywilnego podlegało wyjaśnieniu w oparciu o treść art. 455 kc, poprzez wskazanie, iż terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem: „natychmiastowy”. Ponadto w najnowszej literaturze prawniczej trafnie podkreśla się, że termin „niezwłocznie” oznacza termin realny. Zwraca się uwagę, że o zakresie pojęcia „niezwłocznego świadczenia” powinny decydować każdorazowo okoliczności konkretnego przypadku.

Skoro zatem Zamawiający zdecydował się na podanie terminu wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy poprzez posłużenie się zwrotem nieoznaczonym konkretną datą, ale pojęciem „niezwłocznie po dniu 08-08-2014 r.”, to nie można czynić z tego zarzutu wobec Wykonawcy, iż dzień 12-08-2014 r. zasadnie przyjął jako mieszczący się w tak określonym terminie.

Odwołujący nie miał podstawy do kwestionowania takiego oznaczenia terminu przez Zamawiającego, gdyż jak to wyżej zostało wskazane, określenie długości terminu, czy to przez wskazanie konkretnej daty czy też przez niedookreślone pojęcie „niezwłocznie”, należy do wyłącznego prawa Zamawiającego. Wykonawca dokonał interpretacji tego terminu w oparciu o orzecznictwo sądów powszechnych, Krajowej Izby Odwoławczej oraz publikacje prawnicze i uznał, iż złożenie dokumentów w dniu 12-08-2014 r. w formie wymaganej przepisami, jest złożeniem niezwłocznie, czyli w rozsądnym, realnym terminie. Odwołujący przyznał, iż na tle interpretacji sformułowania „niezwłocznie” mogą wystąpić rozbieżności, zwłaszcza w kontekście równego traktowania wykonawców, ale w przypadku gdy Zamawiający uznaje, iż termin 12-08-2014 r. nie wyczerpuje pojęcia „niezwłocznie”, to na

nim ciąży ciężar wykazania i uzasadnienia swojego twierdzenia. Odwołujący podnosi, iż rozumienie oraz stosowanie terminu podanego w piśmie Zamawiającego z dnia 6-08-2014 r. powinno być zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

W zakresie formy w jakiej żądane dokumenty powinny zostać złożone, wobec jednoznacznego brzmienia przepisu § 7 ust. 1 rozporządzenia oraz zapisu zawartego w rozdziale 6 Opis sposobu przygotowania oferty pkt. 1 ppkt. 6 i 7 SIWZ, całkowicie zbędnym było powielanie wymogów co do formy w wezwaniu z dnia 6-08-2014 r.

Co więcej, w zakresie w jakim treść wezwania do uzupełnienia dokumentów była niespójna z powołanymi zapisami rozporządzenia i SIWZ, w szczególności w zakresie formy w jakiej powinien zostać złożony dokument na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, treść ta pozostała całkowicie bezskuteczna wobec wykonawców, którzy nadal pozostawali związani bezwzględnie obowiązującymi w tym zakresie przepisami rozporządzenia tudzież zapisami SIWZ. W niniejszej sprawie zapisem bezskutecznym pozostawałby zapis o złożeniu ww. dokumentu na adres poczty elektronicznej.

Odwołujący podniósł, iż odmienna interpretacja prowadziłaby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, bowiem odmiennie traktowani byłiby wykonawcy, którzy złożyli dokument na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wraz z ofertą w terminie wyznaczonym na składanie ofert [zgodnie z ww. zapisami rozporządzenia i SIWZ w formie pisemnej: oryginał lub kopia poświadczona za zgodność] wobec wykonawców, którzy dokument ten złożyli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego [uzupełnienie w formie elektronicznej].

Rozróżnienie pozycji wykonawców zależnie od tego, na którym etapie ma miejsce złożenie dokumentu [czy to w ramach oferty, czy w wyniku uzupełnienia byłoby nieuzasadnione w świetle zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący zauważa, iż w piśmie z dnia 20-08-2014 r. informującym wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający stwierdził: „*Termin dokonania uzupełnienia został wyznaczony na dzień 08-08-2014r.*”, co wskazuje jawnie, iż Zamawiający wadliwie uznał, iż termin ten jest wiążący [w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy], skutkiem czego jego niedotrzymanie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Pogląd powyższy jest całkowicie błędny, bowiem nie mający oparcia w przepisach prawa. Ten fragment pisma Zamawiającego z dnia 6-08-2014 r., który czyni z formy przekazania dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu „*na*

adres poczty elektronicznej" formę wiążącą, jest bezskuteczny wobec wykonawców, którzy mogą co prawda przesłać dokument w tej formie i w określonym przez Zamawiającego terminie [tak też uczynił to Odwołujący], ale bez rygoru wykluczenia ich z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dokument przesłany w formie elektronicznej [na skrzynkę pocztową], podobnie jak faks nie stanowi formy pisemnej. Rygor wykluczenia wykonawcy może zostać zastosowany wyłącznie w przypadku nie złożenia dokumentu: o odpowiedniej treści, w wymaganej przepisami formie i w określonym przez Zamawiającego terminie. W niniejszej sprawie rygor wykluczenia może zadziałać wyłącznie w przypadku nie złożenia dokumentu:

- o treści potwierdzającej spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w formie pisemnej [oryginał lub kopia poświadczona za zgodność],
- w terminie „niezwłocznie - po dniu 08-08-2014 r.”

Ponieważ Odwołujący złożył dokumenty o treści potwierdzającej spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w formie pisemnej [kopia poświadczona za zgodność] oraz w terminie „*niezwłocznie - po dniu 08-08-2014 r.*”, mianowicie w dniu 12-08-2014 r. nie podlega wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta nie podlega uznaniu za odrzuconą. Odwołujący wskazał z ostrożności, iż także nieuprawnionym byłoby powoływanie się przez Zamawiającego czy też utożsamianie dokumentu składanego w ramach uzupełnienia z udzieleniem informacji, oświadczeniem, wnioskiem czy zawiadomieniem, co do których Zamawiający ma prawo wprowadzić reguły porozumiewania się, zgodnie z art. 27 ust. 1 -3 ustawy. Odmienne bowiem reguły dotyczą dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy. Wskazać należy, iż co do zasady w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności, która doznaje wyłomu wyłącznie w wyjątkach określonych w ustawie [art. 9 ust. 1 ustawy]. Takim wyjątkiem jest przepis art. 27 ust. 1-3 ustawy, który pozwala Zamawiającemu na ograniczenie zasady pisemności w zakresie sposobu porozumiewania się. Natomiast wobec dokumentów i oświadczeń, o których stanowi art. 25 ust. 1 ustawy, poprzez odesłanie do rozporządzenia, następuje powrót do zasady pisemności przez treść § 7 ust. 1 rozporządzenia.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO 344/12, gdzie stwierdzone zostało : „*W ocenie Izby wymagania określone w wezwaniu Zamawiającego, w zakresie co do formy składania dokumentów były zgodne z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817]. W ocenie Izby Zamawiający nie ma kompetencji, aby dopuścić uzupełnianie*

dokumentów w innej formie niż określona w w/w rozporządzeniu", i dalej „Zasada powyższa zostałaby naruszona, gdyby Zamawiający w postępowaniu dopuścił możliwość uzupełniania dokumentów w formie innej, niż wymagają tego przepisy w/w rozporządzenia. „Ponadto w ocenie Izby należy bezsprzecznie rozdzielić funkcję komunikacyjną – Zamawiającego z wykonawcami od funkcji potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu. które są od siebie odrębnie unormowane i nie mogą być utożsamiane na tym samym poziomie funkcjonalności.”.

Zamawiający, zdaniem Odwołującego, bezzasadnie dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, bowiem ten w sposób prawidłowy uzupełnił żądane dokumenty: w określonym terminie [niezwłocznie pod dniu 08-08-2014 r.] oraz w formie pisemnej. Bezzapornym jest, iż uzupełnione dokumenty potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający całkowicie błędnie przyjął, iż wyznaczył termin składania uzupełnienia dokumentów na 08-08-2014 r., błędnie - bowiem termin ten dotyczył formy e- mailowej [na skrzynkę pocztową], która bezsprzecznie nie stanowi formy pisemnej, wymaganej przepisem §7 ust. 1 rozporządzenia oraz zapisami SIWZ. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie ma prawa do wyznaczania na mocy art. 26 ust. 3 ustawy więcej niż jednego terminu, wobec czego wiążącym jest tylko termin odnoszący się do wymaganej § 7 ust. 1 rozporządzenia i zapisem SIWZ formy w jakiej dokumenty mogą być wyłącznie składane.

[2] W zakresie czynności zatrzymania wadium:

Zamawiający dokonał zatrzymania wadium niezgodnie z przepisami ustawy, bowiem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 46 ust. 4a, Zamawiający dokonuje zatrzymania wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy nie złożył dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. W orzecznictwie KIO przyjmuje się zgodnie, że o zatrzymaniu wadium przesądza niezłożenie dokumentów na wezwanie zamawiającego w ogóle lub złożenie dokumentów jakichkolwiek, natomiast złożenie dokumentów wymaganych, ale nie potwierdzających spełniania warunku udziału nie uprawnia do zatrzymania wadium, [wyrok KIO z dnia 24.06.2011 r., KIO 1221/11, wyrok KIO z dnia 11.01.2011 r., KIO 2805/10, wyrok SA w Poznaniu z dnia 20.05.2010 r., I ACa 357/10, wyrok KIO z dnia 26.01.2010 r., KIO/UZP 1749 /09].

Prawomocne orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r. [1 ACa 357/10] stanowi, iż uprawnienie Zamawiającego do zatrzymania wadium należy

rozpatrywać przez pryzmat celu, dla którego wprowadzono ta regulację. W orzeczeniu tym wskazano, iż „Z wypełnieniem dyspozycji art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca faktycznie [fizycznie] nie uzupełni dokumentów {oświadczeń, pełnomocnictw}. [...] Nie można bowiem na skutek rozszerzającej wykładni omawianego przepisu uznać, że sankcja zatrzymania wadium dotyczy także sytuacji, w której wykonawca przedłożył dokument z nieznacznym, usprawiedliwionym obiektywnymi okolicznościami, opóźnieniem albo przedłożył dokument, ale w nieodpowiedniej formie. Sankcja zatrzymania wadium aktualizuje się dopiero wówczas, gdy wykonawca zachowuje się w sposób niedbały, to jest przykładowo: mimo wezwania w ogóle nie składa dokumentów, oświadczeń, pełnomocnictw.”

Artykuł 46 ust. 4a ustawy został wprowadzony w celu wyeliminowania nieprawidłowych praktyk wykonawców, którzy w celu wydłużenia postępowania celowo nie przedkładali dokumentów wraz z ofertami nie mając woli ich uzupełnienia na żadnym etapie postępowania, a składali ofertę w celu rozpoznania rynku, lub stworzenia korzystniejszej sytuacji dla powiązanego z wykonawcą podmiotu.

W uzasadnieniu wprowadzenia tego przepisu do ustawy wskazano także że, „ta regulacja ma na celu zapobieżenie sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w „porozumieniu” celowo nie załącza do oferty dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, żeby po zapoznaniu się z ofertami innych wykonawców celowo tych dokumentów nie uzupełnić”- komentarz do Prawa zamówień publicznych wyd. C.H. Becka z 2009 roku str. 208. Możliwość zatrzymania wadium ma charakter sankcyjny i ma zapobiegać pochopnemu wnoszeniu ofert i tym samym blokowaniu innych wykonawców - komentarz do ustawy pod red. St. Babiarsza z 2010 roku str. 307. Nie jest celem tego przepisu karanie wykonawcy zatrzymaniem wadium, w sytuacji błędnego uzupełnienia [wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2011, KIO 1134/11]. Okoliczność, że wykonawca pozostawał w błędnym przekonaniu, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie może skutkować zatrzymaniem wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy, a wyłącznie implikuje wykluczenie wykonawcy z postępowania, [wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2011 r., KIO 776/11] Należy więc badać charakter przyczyn, jakie legły u podstaw nieuzupełnienia lub błędnego uzupełnienia wymaganych dokumentów, wpływu nie/uzupełnienia dokumentów na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również możliwość istnienia zмовы przetargowej. Podkreślić również należy, że czynność zatrzymania wadium ma charakter sankcyjny i restrykcyjny, a więc powinna być bardzo ostrożnie stosowana, [wyrok KIO z dnia 20 lipca 2011 r., KIO 1444/11].

Dlatego też interpretacji tego przepisu należy dokonywać przy zastosowaniu zarówno wykładni literalnej jak i celowościowej. W zakresie interpretacji tego przepisu zasadne jest przywołanie uchwały SN z dnia 21 grudnia 1999 roku sygn. I KZP 45/99 gdzie sąd stwierdził, że *„trzeba eliminować takie ustalenia interpretacyjne tekstów prawnych, przy których przyjęciu skutki stosowania odpowiedniego przepisu byłyby wadliwe, a w szczególności prowadziłyby do skutków niezamierzonych”*.

W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2010 roku [KIO/1990/2010] czytamy również, iż *„Decyzja o zatrzymaniu wadium winna być podjęta przez zamawiającego po wnikliwej analizie [...] wpływu braku uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 46 ust 4a, na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zatrzymanie wadium jest jedną z najbardziej restrykcyjnych decyzji podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. [...] Zatrzymania wadium wskazane w art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp następuje w przypadku braku udowodnienia przez wykonawcę, że niezłożenie dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 Pzp lub pełnomocnictw, nastąpiło bez jego winy, ma zatem charakter względny, nie ma charakteru samoistnego, jest czynnością akcesoryjną powiązaną [...]”*.

Dalej za wyrokiem SN w sprawie o sygn. akt II CSK 675/10: *„[...] Podkreślenia wymaga, że zatrzymaniu podlega wadium wniesione w każdej z form przewidzianych w art. 45 ust 6 u.p.z.p. W ocenie Sądu Najwyższego, przepis art. 46 ust. 4a, dodany ustawą nowelizującą z dnia 4 września 2008 r. [Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058], należy interpretować z uwzględnieniem reguł wykładni celowościowej. Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, gdy wykonawca nie składa wymaganych dokumentów lub oświadczeń, nie zaś w przypadku, gdy - jak w niniejszej sprawie - przekazuje informacje w niewłaściwej formie [faksem, zamiast w formie pisemnej], a po nieznacznym upływie wyznaczonego terminu doręczony zostaje oryginał dokumentu. O istnieniu ryzyka zmywy wykonawców - czemu przeciwdziałać ma omawiana regulacja - można byłoby mówić w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe staje się wówczas wykorzystywanie instytucji wadium jako sposobu na uzyskanie nienależnego przysporzenia.*

Odmiennej wykładni nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych [exceptiones non sunt extentendae] o szczególnie restrykcyjnym charakterze, do których niewątpliwie należy zaliczyć art. 46 ust. 4a ustawy. [...]

Z powyższego należy wywieść wniosek, że intencją ustawodawcy nie było zatrzymywanie wadium w każdym przypadku nie wywiązania się wykonawcy z wezwania do uzupełnienia, dokumentów dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp., a jedynie w tych w których wykonawca celowo działa na szkodę postępowania.

Tymczasem Odwołujący bezspornie złożył dokumenty żądane przez Zamawiającego pismem z dnia 6-08-2-14 r. które potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty te bezspornie zostały złożone w formie wymaganej przepisami [pisemnie] i zdaniem odwołującego w terminie.

Okoliczności sprawy wskazują niezbicie, iż nie zostały spełnione przesłanki z art. 46 ust. 4a ustawy, wobec czego zatrzymanie wadium w kwocie 45.000,00 zł zostało dokonane bez podstawy prawnej i stanowi bezpodstawne przysporzenie po stronie Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, iż powyższe naruszenia w zakresie naruszenia przepisów ustawy jakich dopuścił się Zamawiający w konsekwencji spowodowały naruszenie art. 7 ustawy z tego powodu, iż Zamawiający nie powinien oceniać ofert w sposób dowolny, z pominięciem obligatoryjnych zapisów ustawy oraz wydanego na jej podstawie [art. 25 ust. 2 ustawy] przepisów rozporządzenia. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z dowolnością ocen, co narusza zasadę wynikającą z art. 7 ust 1 ustawy polegająca na równym traktowaniu wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji.

IV. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, oraz ewentualnie – o oddalenie odwołania. Zamawiający podał, że wbrew twierdzeniom Wykonawcy, zawartych w treści odwołania, Wykonawca Immitis Sp. z o.o. nie przedłożył w wyznaczonym terminie dokumentu. Z treści pouczenia zawartego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu z dnia 06-08-2014r., wystosowanego przez Zamawiającego do Wykonawcy na podstawie art. 26 ust 3 Ustawy wynikało bezsprzecznie, że wykonawca miał możliwość przekazania brakującego dokumentu faksem lub pocztą elektroniczną z jednoczesnym obowiązkiem przekazania no osobiście Zamawiającemu do dnia 08-08-2014r. Nadanie przez Wykonawcę przesyłki z uzupełnianym dokumentem w terminie do dnia 08-08-2014 r. po ówczesnym przesłaniu no Zamawiającemu faksem lub pocztą elektroniczną zostałyby uznane przez Zamawiającego jako dotrzymanie wyznaczonego na uzupełnienie dokumentu terminu. Stanowisko Wykonawcy Immitis Sp. z o.o. zawarte w odwołaniu, opierające się na, tym, że termin dokonania uzupełnienia dokumentu został oznaczony przez Zamawiającego jako „niezwłocznie po dniu 08-08-2014”, uznać należy, zdaniem Zamawiającego, jako argumentację chybioną, Na Wykonawcy Immitis Sp. z o.o. spoczywał ciężar w zakresie wywiązania się z obowiązków związanych

z przedmiotowym postępowaniem, tj. między innymi obowiązku uzupełnienia dokumentu w określonej przez Zamawiającego formie i terminie. Wykonawca Immitis Sp. z o.o., w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie tj. do dnia 08-08-2014 r. nie przekazał ani osobiście, ani faksem ani też drogą elektroniczną żądanego dokumentu. Nie przedłożył również dokumentu wskazującego, że uzupełniany dokument został złożony w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Wykonawcy. W treści odwołania Wykonawca Immitis Sp. z o.o. wskazuje, że „*Pismem z dnia 08-08-2014 r. (piątek) Odwołujący wysłał na adres poczty elektronicznej pismo przewodnie wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw (.,.)*”. Zamawiający podał, że nie otrzymał w tym dniu żadnej wiadomości od wykonawcy Immitis Sp. z o.o., na potwierdzenie czego przedłożył na posiedzeniu dowód, w postaci fragmentów logów systemowych z serwera pocztowego na dzień 08-08-2014 r. z adresu skrzynki e-mail, na który miało nastąpić uzupełnienie. Dopiero 4 dni po upływie wyznaczonego w piśmie z dnia 06-08-2014 r. przez Zamawiającego terminie tj. w dniu 12-08-2014 r., Wykonawca złożył osobiście w kancelarii Izby Celnej w Łodzi stosowne uzupełnienie w postaci pisma przewodniego wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw: 1) list referencyjny z dnia 24.01.2012r. wystawiony przez Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie, 2) list referencyjny z dnia 26.04.2013 r. wystawiony przez Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie. Wymagania stawiane formie dokumentów załączanych na potwierdzenie spełniania warunków w postępowaniu reguluje nie tylko Ustawa ale także *rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z 2013 r., poz. 231]*. Zgodnie z § 7 ust. 1 ww. rozporządzenia dokumenty są składane w oryginale lub kopi poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Konieczność przestrzegania ww. reguły nie oznacza jednak, że Zamawiający jako organizator postępowania został pozbawiony uprawnienia do kształtowania wezwania do uzupełnienia dokumentów w sposób umożliwiający posłużenie się pomocniczo faksem lub skanem dokumentu. Zdaniem Zamawiającego, w pełni dopuszczalne było wskazanie w treści wezwania do uzupełnienia dokumentu, daty do której należy złożyć uzupełnienie, z zastrzeżeniem, iż w tym terminie musi dotrzeć co najmniej faks lub skan dokumentu, a dokument spełniający wymagania formy pisemnej jednocześnie winien być dostarczony Zamawiającemu niezwłocznie w wyznaczonym terminie [08-08-2014r.], po przesianiu go faksem lub pocztą elektroniczną. Wbrew twierdzeniom Wykonawcy Immitis Sp. z o.o. zawartych w odwołaniu, Zamawiający formułując treść wezwania do uzupełnienia dokumentu nie dopuścił możliwości uzupełnienia dokumentu w formie innej niż wymagają tego przepisy ww. rozporządzenia. Zamawiający wyraźnie określił, że uzupełnienia dokumentu należy dokonać faksem lub pocztą elektroniczną przy jednoczesnym dostarczeniu dokumentu

pisemnie do Izby Celnej w Łodzi. Zamawiający w Rozdziale 6 pkt. 6 i 7 SIWZ wyraźnie wskazał w jakiej formie żądany dokument winien zostać złożony tj. pkt. 6 - Oferta i załączniki do oferty [oświadczenia i dokumenty] muszą być podpisane przez osobę/y upoważnioną/e w dokumentach rejestrowych podmiotu do reprezentacji Wykonawcy lub posiadającą odpowiednie pełnomocnictwo do dokonania niniejszej czynności prawnej udzielone przez osobę/y upoważnioną/e do reprezentacji podmiotu i pkt 7 - W przypadku składania dokumentów w formie kopii, muszą one być poświadczane za zgodność z oryginałem przez osobę/y uprawnioną/e do reprezentacji Wykonawcy (...), tak więc wzywając Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu podtrzymał [jak słusznie zauważył Wykonawca w odwołaniu] wymaganie określone w tym punkcie dotyczące złożenia dokumentów w formie pisemnej.

Wykonawca nie złożył w terminie składania ofert oraz w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na uzupełnienie dokumentów, uzupełnionego Wykazu wykonanych dostaw potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 4 ust. 1 pkt 2 SIWZ. Wykonawca nie uzupełnił dowodów czy dostawy zostały wykonane należycie, a co za tym idzie, nie wykazał spełnienia warunku. W związku z powyższym został wykluczony z postępowania na podstawie art, 24 ust. 2 pkt. 4 Ustawy, a oferta wykonawcy została uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Ustawy. Zamawiający na podstawie art. 46 ust. 4a Ustawy zatrzymał wadium w wysokości 45 000,00 zł.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 91 i art. 92 ustawy, Zamawiający podał, że rozstrzygając przedmiotowe postępowanie, uznał, iż Wykonawca Immitis sp. z o.o. nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i dokonał wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust, 2 pkt 4 Ustawy. Zgodnie z art. 24 ust 4 Ustawy ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, zatem Zamawiający w dniu 20-08-2014r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, którą złożył Wykonawca Koncept Sp. z o.o. Wybrana oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ i zgodnie z kryteriami oceny ofert uzyskała najwyższą liczbę punktów.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 46 ust 4a Ustawy, Zamawiający podał, że zgodnie z treścią art. 46 ust. 1 Ustawy, Zamawiający zwraca wadium wszystkim Wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a, który umożliwia zatrzymanie wadium w związku z nieuzupełnieniem wymaganych dokumentów. Na podstawie art. 46 ust. 4a Ustawy Zamawiający zatrzymał wadium wykonawcy wykluczonego, ponieważ w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy, wykonawca Immitis Sp. z o.o. nie uzupełnił wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych

lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączenie dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, poświadczającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy.

V. Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Koncept spółka z o.o. w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której nastąpiło przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

III. ROZSTRZYGNĘCIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie nie mogło być uwzględnione.

[1] W prowadzonym postępowaniu, Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wymagając złożenia wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Bezspornym jest, że Odwołujący nie zamieścił w ofercie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw.

Zamawiający uregulował także na użytek analizowanego postępowania zasady komunikowania się z wykonawcami: w Rozdziale I *Informacje wprowadzające SIWZ*, w ust. 1 i 2 postanowiono, iż „1. W niniejszym postępowaniu wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazywane będą za pośrednictwem faksu (nr 42/63-88-354) lub drogą elektroniczną (ic.wl@lod.mofnet.gov.pl) zgodnie z zasadami określonymi w art. 27 Ustawy. 2. Jeżeli Zamawiający lub Wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia lub inne informacje za pośrednictwem faksu lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania”.

Zamawiający, pismem z dnia 6 sierpnia 2014 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów, to jest: dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu: „Wykonawca złożył w ofercie Wykaz Wykonanych Dostaw bez stosownych dowodów, potwierdzających ich należyte wykonanie lub wykonywanie.
Uzupełnienia złożonej oferty należy dokonać w nieprzekraczalnym terminie do dnia 08-08-2014 r. na adres poczty elektronicznej: [...] a następnie niezwłocznie pisemnie do kancelarii Izby Celnej w Łodzi, ul. Lodowa 97.
Złożony dokument winien potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień 05-08-2014 r., tj. na dzień otwarcia ofert.
Konsekwencją nieuzupełnienia oferty będzie wykluczenie Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Ustawy oraz zatrzymanie wpłaconego wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Ustawy.”.

Powyższe wezwanie, zgodnie z ustalonymi w Rozdziale I *Informacje wprowadzające* SIWZ, w ust. 1 i 2 zasadami, zostało przesłane do Odwołującego pocztą elektroniczną w dacie 6 sierpnia 2014 r. o godz. 10.53, na wskazany adres poczty elektronicznej osoby upoważnionej do kontaktów – Prezesa Odwołującego.

Odwołujący przekazał uzupełnione dokumenty w oryginale w dniu 12 sierpnia 2014 r. Na rozprawie Odwołujący złożył wydruk, jaki miał przesłać z adresu osoby upoważnionej do kontaktów – Prezesa Odwołującego, na wskazany w wezwaniu adres skrzynki pocztowej Zamawiającego, w dacie 8 sierpnia 2014 r. o godzinie nie 20:44. Na rozprawie Odwołujący – osobiście osoba dokonująca wysłania spornej przesyłki pocztą elektroniczną, podał, że w trakcie wysyłki poczty elektronicznej do Zamawiającego, zachodziły problemy techniczne w zakresie dokonania transferu poczty. Odwołujący podał, że o nieotrzymaniu w dniu 8 sierpnia 2014 r. przez Zamawiającego maila zawierającego uzupełnienie, dowiedział się po złożeniu uzupełnienia w oryginale w dniu 12 sierpnia 2014 r. na podstawie telefonu pochodzącego od osoby, wskazanej w SIWZ do kontaktów, na adres której należało wysłać uzupełnienie dokumentów pocztą elektroniczną. Odwołujący podał, że rozpoczął weryfikowanie kwestii wysłanego do Zamawiającego maila z uzupełnieniem dokumentów w dniu 12 sierpnia 2014r. po wskazanym telefonie. Odwołujący wyjaśnił, że po tym telefonie zaczął wyjaśniać kwestie tego maila i ustalił, że klient poczty mógł wysłać pocztę – taki komunikat miał nadawca poczty [odwołujący], a serwer IMAP nie przetworzył tego dalej ze względów technicznych. Zdaniem Odwołującego, poczta była wysłana co wynika ze złożonego potwierdzenia.

Zamawiający, pismem z dnia 20 sierpnia 2014 r. wykluczył Odwołującego z postępowania. Jednocześnie Zamawiający zatrzymał wadium.

[2] Sporną między stronami w analizowanej sprawie stała się okoliczność, czy Odwołujący uzupełnił w terminie dokumenty, mające potwierdzać należyte wykonanie dostaw.

Jak wynika z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywając wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów lub złożyli je z błędami, zobowiązany jest wyznaczyć termin do ich złożenia. Natomiast forma dokumentów przedkładanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu została określona w *rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* [Dz. U. z 2013 r., poz. 231], wydanym na podstawie przepisu art. 25 ust. 2 Prawo zamówień publicznych, który deleguje uprawnienie do określenia form, w jakich dokumenty te mają być składane, na Prezesa Rady Ministrów.

Brzmienie § 7 ust. 1 powołanego *Rozporządzenia* jednoznacznie natomiast wskazuje, iż dokumenty i oświadczenia w nim wymienione należy składać w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W drugiej kolejności należało zwrócić uwagę na wymaganą formę dokumentu przekazywanego Zamawiającemu w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Prawo zamówień publicznych, a następnie na termin, w którym dokument w określonej formie należało złożyć.

Dokument składany w ramach uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 nie jest oświadczeniem wykonawcy, stanowi on dokument składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu postępowania, o którym mowa w *rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Do tego dokumentu stosuje się zatem ogólne reguły dotyczące oferty i dokumentów składanych w postępowaniu. Dla zachowania formy nie bez znaczenia są także ustanowione w konkretnym postępowaniu – w wezwaniu kierowanym do wykonawcy - reguły i terminy uzupełnienia dokumentu na wezwanie Zamawiającego. W pierwszym rzędzie należy zatem poddać analizie treść wezwania, jakie w konkretnej sytuacji kieruje Zamawiający do wykonawcy, ono to bowiem

wskazuje w jakim terminie należy złożyć dokument w wymaganej formie. Ponadto, należy uznać uzupełnienie za skuteczne, jeśli Zamawiający zdecyduje się na złagodzenie formy wymaganej treścią § 7 ust. 1 powołanego *Rozporządzenia*, poprzestając, przykładowo na przesłaniu w oznaczonym terminie jedynie faksu lub przesyłki pocztą elektroniczną, albo wskaże, że zadowoli się przesłaniem w oznaczonym terminie faksu lub poczty elektronicznej zawierającej stosowne uzupełnienie, przy potwierdzeniu w określonym czasie tych dokumentów w postaci pisemnej [w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem], a wykonawca zastosuje się do tak określonego wezwania. Nie sposób podzielić stanowiska, że wezwanie, w części w jakiej wskazuje na uzupełnienie w łagodniejszej [przykładowo, dopuszczonej w art. 27 ust. 2 ustawy formie elektronicznej lub faksowej] nie jest skuteczne, z uwagi na niezachowanie wymaganej treścią § 7 ust. 1 powołanego *Rozporządzenia* formy. Jeśli w konkretnym postępowaniu Zamawiający, kierując się zasadą szybkości i efektywności komunikacji, przykładowo, uwzględniając, że w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy ulokowani w pewnej odległości od jego siedziby a nawet spoza kraju, dla których fizyczne dostarczenie w określonym terminie dokumentu w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem może być kłopotliwe, wprowadzi możliwość uzupełnienia dokumentów w postaci bardziej życzliwej, tj. w formie faksu lub skanu dokumentu przesyłanego pocztą elektroniczną, to nie sposób powyższego lekceważyć i uznawać, że w tej mierze wezwanie nie wywołuje żadnych skutków. Każdorazowo zatem szczegółowej analizie wymaga treść wezwania do uzupełnienia dokumentów, ono to bowiem wskazuje zarówno formę jak i termin uzupełnienia dokumentów oraz ścieżkę czynności prowadzącą do skutecznego uzupełnienia dokumentów.

W analizowanej sprawie, z wezwania wystosowanego przez Zamawiającego w dniu 6 sierpnia 2014 r. wynika, że:

- Zamawiający wskazał termin 8 sierpnia 2014 r., jako termin na uzupełnienie dokumentów; Zamawiający wyraźnie opatrzył tę datę wskazaniem, że jest to nieprzekraczalny termin;
- pierwszą formą uzupełnienia dokumentów jest dokument w wersji elektronicznej, przesyłany pocztą elektroniczną na wskazany w wezwaniu adres;
- do dnia 8 sierpnia 2014 r. należało przesłać do Zamawiającego uzupełnione dokumenty, przynajmniej w postaci elektronicznej;
- Zamawiający wymagał także złożenia pisemnego uzupełnienia dokumentów, które winno nastąpić niezwłocznie po przesłaniu ich w postaci elektronicznej.

Powyższe oznacza, że Zamawiający wymagał złożenia dokumentów w postaci pisemnej, zakładając, że winny one być złożone też w formie elektronicznej i w takim wypadku niezwłocznie uzupełnione na piśmie. Terminy uzupełnienia obu form dokumentów powinny więc być zbieżne – wykonawca, wysyłając dokument elektroniczny powinien w zasadzie w tym samym czasie [niezwłocznie] rozpocząć nadanie dokumentu w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, co prowadziłoby do tego, że także oryginał powinien znaleźć się u Zamawiającego wkrótce po wysłaniu poczty elektronicznej. Oczywistym jest przy tym sens takiego rozwiązania, który przyświeca tego rodzaju praktyce w wielu postępowaniach: chodzi o maksymalne usprawnienie uzupełnienia dokumentu, w ten sposób, by do Zamawiającego trafił jak najszybciej dokument, choćby jeszcze niepełnowartościowy [faks lub mail], ale pozwalający na ocenę jego treści, zaś później – z uwzględnieniem koniecznego w danej sytuacji czasu na dostarczenie dokumentu – również w oryginale [co może przecież nastąpić także z zagranicy, może też napotykać na obiektywne utrudnienia komunikacyjne]. Oznacza to zarazem, że jeśli wykonawca złoży w wyznaczonym terminie pełnowartościowy, pisemny dokument, nie ma potrzeby powielać go kopią w postaci faksu lub maila.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, iż niezależnie od przyjętych interpretacji wezwania, Odwołujący powinien doręczyć Zamawiającemu uzupełnienie dokumentów, w którejkolwiek z form wskazanych w wezwaniu do dnia 8 sierpnia 2014 r. – data ta jest nieprzekraczalnym terminem uzupełnienia. Pisemne uzupełnienie dokumentów powinno zaś nastąpić niezwłocznie po przesłaniu ich wersji elektronicznej, co oznacza, że proces dostarczenia dokumentów w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność powinien zostać rozpoczęty niezwłocznie po ich przesłaniu elektronicznie. Jak wskazują rezultaty rozprawy, sporną okolicznością między stronami jest, czy w dniu 8 sierpnia 2014 r. poczta elektroniczna zawierająca uzupełnienie dokumentów została przez Odwołującego wysłana. Odwołujący podał, że w tej dacie o godzinie 20:44 wysłał mail zawierający uzupełnienie, złożył też wydruk z poczty elektronicznej, obrazujący treść adresowanego w tej dacie i godzinie przesyłki elektronicznej zawierającej uzupełnienie. Odwołujący zarazem nie przedstawił dowodu uprawdopodobniającego dotarcie tej przesyłki na adres wskazany przez Zamawiającego, podał zarazem, że ustalił następczo, iż w tej dacie jego poczta nie funkcjonowała prawidłowo. Odwołujący podał, że o nieotrzymaniu w dniu 8 sierpnia 2014 r. przez Zamawiającego maila zawierającego uzupełnienie dowiedział się po złożeniu uzupełnienia w oryginale w dniu 12 sierpnia 2014 r. na podstawie telefonu pochodzącego od osoby, wskazanej w SIWZ do kontaktów, na adres której należało wysłać uzupełnienie dokumentów pocztą elektroniczną. Odwołujący podał, że rozpoczął weryfikowanie kwestii wysłanego do zamawiającego maila z uzupełnieniem dokumentów w dniu 12 sierpnia 2014r.

po tym telefonie. Odwołujący wyjaśnił, że wtedy ustalił, że klient poczty mógł wysłać pocztę – taki komunikat miał nadawca poczty, tj. Odwołujący, a serwer IMAP nie przetworzył tego dalej ze względów technicznych. Zdaniem Odwołującego, poczta była wysłana co wynika ze złożonego potwierdzenia. Odwołujący nie wykazał jednak efektywnego dostarczenia przesyłki przesłanej w wersji elektronicznej – nie złożył na tę okoliczność wydruku z poczty, obrazującego dotarcie przesyłki, czy jej odczytanie przez odbiorcę, zaś przy sygnalizowanych przez Odwołującego problemach z działaniem jego poczty w dniu 8 sierpnia 2014 r., należy przyjąć, że przesyłka nie dotarła do adresata. Zamawiający w tej mierze złożył wydruki logów z serwera, dotyczące aktywności na skrzynce elektronicznej osoby, na adres której miała trafić przesyłka, a także wydruki logów z hasłem „Immitis”, wskazujące na wszystkie ruchy w poczcie w określonym okresie, zawierające wystąpienie słowa „Immitis”. Wynika z nich, że jedyną aktywnością w zakresie korespondencji z Odwołującym było wysłanie przez Zamawiającego w dniu 6 sierpnia 2014 r. wiadomości, zawierającej wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący przy tym nie zawarł w wiadomości [niezależnie od tego, że nic nie wskazuje, by została ona kiedykolwiek doręczona Zamawiającemu] prośby o potwierdzenie jej otrzymania. Tym samym zasadnym jest wniosek, że podmiot, który „na ostatnią chwilę”, tj. w ostatnim dniu wyznaczonego terminu, w piątek o godzinie 20:44 decyduje się na wysyłkę elektroniczną dokumentu, musi liczyć się z tym, że technika może zawieść, i że finalnie przesyłka z powodów technicznych może nie zostać przetransferowana skutecznie, a w każdym razie – że w razie sporu, nie będzie miał środka dla dowiedzenia zachowania terminu na uzupełnienie. Tak jest też w tej sytuacji – wykonawca, który w ostatnich godzinach dnia wyznaczonego na uzupełnienie, poprzedzającego weekend, po godzinach pracy Zamawiającego wysyła wiadomość pocztą elektroniczną, nie ma okazji odebrania potwierdzenia jej wysyłki, czy choćby telefonicznego upewnienia się, że uzupełnienie dotarło. Tym samym, wobec niepotwierdzenia przez Odwołującego efektywnego przesłania wiadomości, oraz wobec zaprzeczenia przez Zamawiającego jej otrzymania, co zostało nadto potwierdzone wydrukami z serwera Zamawiającego, zasadnym było uznanie, że Odwołujący nie uzupełnił dokumentów w wyznaczonym terminie, tj. w dniu 8 sierpnia 2014 r.

Dostrzeżenia następnie wymaga, że Odwołujący nie sprostął także obowiązkowi złożenia dokumentu w oryginale niezwłocznie po wysłaniu mailem, czy też po upływie terminu na uzupełnienie pocztą elektroniczną. Nie sposób bowiem twierdzić, że w okolicznościach sprawy, uzupełnienie pisemne nastąpiło niezwłocznie, po wyznaczonym na to uzupełnienie dniu 8 sierpnia 2014 r. Odwołujący podał na rozprawie, że dostarczył pisemną wersję uzupełnienia w dniu 12 sierpnia 2014 r. [ta data wynika też z potwierdzenia dostarczenia do Zamawiającego], przy czym w tej dacie dopiero Odwołujący zawiązał przesyłkę do siedziby Zamawiającego. Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie

w dniu 6 sierpnia 2014 r. i w tej dacie o godzinie 10:53 wysłał stosowne wezwanie. Od tego momentu Odwołujący mógł podjąć starania związane z uczynieniem zadość wezwaniu. Odwołujący nie kwestionował długości terminu na uzupełnienie, nie wnosił też o jego przedłużenie. Odwołujący nie tylko nie przesłał skutecznie wiadomości pocztą elektroniczną w dniu 8 sierpnia 2014 r., ale też podjął starań celem dostarczenia niezwłocznie od momentu nieefektywnego wysłania poczty elektronicznej również pisemnej wersji uzupełnienia. Działania zmierzające do dostarczenia takich dokumentów powinny być podjęte jak najszybciej, tj. bez zbędnej zwłoki, co mogło nastąpić jeszcze w dniu 8 sierpnia 2014 r. – nic nie stało bowiem na przeszkodzie, po ich zeskanowaniu wysłać je ekspresową przesyłką kurierską, co jest powszechną praktyką. Tego rodzaju działania mogły być podjęte przez każdy następny dzień, nawet jeśli był to weekend [9-10 sierpień 2014 r.] a już z pewnością mogły mieć miejsce w dniu 11 sierpnia 2014 r. Jeśli chodzi o proces przesłania dokumentów przez Odwołującego, dzień ten jednak upłynął bezowocnie, a Odwołujący zawiózł przesyłkę dopiero 12 sierpnia 2014 r. Odwołujący, zapytany na rozprawie, dlaczego przesyłkę dostarczono dopiero 12 sierpnia 2014 r. podał, że 11 sierpnia 2014 r. dokumenty były przygotowywane do wysyłki, zaś 12 sierpnia 2014 r. pracownik Odwołującego pojechał i osobiście złożył do zamawiającego uzupełnienie. Oznacza to tyle, że nie sposób w okolicznościach prezentowanego stanu faktycznego mówić o niezwłocznym uzupełnieniu dokumentów po terminie wyznaczonym na ich dostarczenie w postaci elektronicznej. Zwrócić bowiem trzeba uwagę, że zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, to „niezwłoczne” dostarczenie oryginałów, wobec złożenia dokumentów w postaci elektronicznej, na gruncie analizowanego stanu faktycznego przybiera postać 4 dni, podczas gdy zasadniczy termin na uzupełnienie wynosił niespełna 3 dni [od 6 sierpnia 2014 r. godz. 10:53 do upływu dnia 8 sierpnia 2014 r.]. Co istotne, nie chodzi tu przy tym o wydłużenie okresu dostarczania nadanej niezwłocznie przesyłki będące następstwem zdarzeń obiektywnych i niezależnych od wykonawcy [przykładowo, opieszale dostarczenie przesyłki nadanej natychmiast po wysłaniu poczty elektronicznej przez kuriera, czy operatora pocztowego], ale to Odwołujący podjął czynności związane z dostarczeniem dokumentów dopiero w dniu 12 sierpnia 2014 r. Tym samym, nie sposób uznać, że Odwołujący niezwłocznie po przesłaniu poczty elektronicznej [co – jak się finalnie okazało – skończyło się niepowodzeniem], podjął działania zmierzające do uzupełnienia dokumentów w oryginale.

Reasumując, z wezwania z 6 sierpnia 2014 r. wyraźnie wynika, że dzień 8 sierpnia 2014 r. jest nieprzekraczalnym dniem uzupełnienia dokumentów, z możliwością nieznacznego opóźnienia w stosunku do tego terminu, jeśli chodzi o uzupełnienie oryginałów [co wiąże się z czasem związanym z fizycznym dostarczeniem dokumentów]. Odwołujący nie złożył uzupełnienia w tej dacie w żadnej formie, ani w oryginale, ani w postaci

elektronicznej. Uzupelnienie nastapilo dopiero cztery dni po tym terminie, to jest w dniu 12 sierpnia 2014 r. Nie zostal wiec speIniony wymog stawiany w wezwaniu co do terminu na uzupelnienie [8 sierpnia 2014 r.], jak i ten wymog, ktory dotyczy niezwloznego uzupelnienia postaci pisemnej. Uzupelnienie, w tym podjecie starań o dostarczenie dokumentow do Zamawiajacego cztery dni po wyznaczonym terminie, to jest w dniu 12 sierpnia 2014 r. nie miesi sie w pojeciu „niezwloznego” dostarczenia dokumentow do Zamawiajacego.

W konsekwencji, biorac pod uwage stan faktyczny niniejszej sprawy, uznano, iz zarzuty odwolania nie potwierdzily sie, zas czynnosć Zamawiajacego polegajaca na wykluczeniu Odwolujacego z postepowania oraz odrzuceniu jego oferty zasadnie znajdowala podstawe w tresci art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamowien publicznych.

Powyzsze stanowisko potwierdza, przykladowo, wyrok z dnia 16 pazdziernika 2012 r., sygn. akt: KIO 2126/12, w ktorym stwierdzono, ze: „(...) nie mozna zgodzic sie ze stanowiskiem, iz przystepujacy nie uzupelnil zydanych dokumentow w terminie wyznaczonym przez zamawiajacego. W orzecznictwie Izby dopuszcza sie bowiem sytuacje, w ktorej wykonawca przekazuje zamawiajacemu dokumenty faksem w terminie i niezwlocznie potwierdza to pisemnie. Jako warunek zachowania terminu uznaje sie otrzymanie przez zamawiajacego pisemnego potwierdzenia dokumentow w rozsadnym terminie. Powyzsze wywodzi sie z brzmienia art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, ktory dopuszcza mozliwosc wyboru przez zamawiajacego sposobu porozumiewania sie takze faksem lub poczta elektroniczna (por. wyrok Izby z dnia 7 lutego 2011 r. KIO 144/11 www.uzp.gov.pl).”

[3] Podzielono natomiast stanowisko Odwolujacego, co do bezpodstawnego zatrzymania przez Zamawiajacego wadium. W postanowieniu Sadu Najwyzszego z dnia 7 maja 2010 r. (sygn. akt V CSK 456/09). wskazano, „ze wniesienie wadium stanowi element postepowania o udzielenie zamowienia publicznego, umozliwia ono branie udzialu w takim postepowaniu, stanowi zatem niewatpliwie instytucje wlasciwa dla postepowania o udzielenie zamowienia publicznego. Nalezy w konsekwencji przyjac, ze wykonawcy przysluguja srodki prawne okreSlone ustawie z dnia 29.1.2004 r. - Prawo zamowien publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.)”. Sad Najwyzszy zasygnalizowal rowniez, ze przepis art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obecnie obowiazujacym, posluguje sie duzo bardziej ogolna formula nizeli w brzmieniu sprzed 29 stycznia 2010 r., a mianowicie: „odwolanie przysluguje wylaczenie od niezgodnej z przepisami ustawy czynnosci zamawiajacego podjetej w postepowaniu o udzielenie zamowienia...”, co doprowadzilo Sad do konkluzji, ze „Relatywnie latwiej zatem obecnie stwierdzic, ze zatrzymanie wadium w tym sformulowaniu sie miesci.”

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 46 ust. 4a ustawy. Stosownie do przywoływanego przepisu zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na uprzednie wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, tj. nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Przywoływany przepis został wprowadzony nowelizacją ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw [Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058], zaś jego celem było zapobieganie znikom wykonawców, którzy poprzez świadome nieuzupełnianie dokumentów doprowadzali do konieczności wyboru przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę oferującego najwyższą cenę. Zgodnie bowiem z uzasadnieniem projektu ustawy, celem omawianego przepisu było zapobieżenie sytuacjom, w których „*grupa wykonawców działających w porozumieniu może powodować, iż zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie po zapoznaniu się z ofertami konkurentów bez poniesienia konsekwencji wycofać się z postępowania, podlegając jedynie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp. Celem regulacji zawartej w art.46 ust.4a ustawy Pzp jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił żądanych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z sytuacją wykonawców, którzy uchylają się od zawarcia umowy, bądź nie wnoszą zabezpieczenia należytego wykonania umowy.*”

Podkreślenia wymaga, że intencją ustawodawcy nie było zatrzymywanie przez zamawiającego wadium w każdym przypadku niezastosowania się przez wykonawcę do wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Dlatego też należy przyjąć – wbrew stanowisku prezentowanemu przez Zamawiającego na rozprawie – że z samego faktu wykluczenia wykonawcy nie można wywodzić automatycznego obowiązku zatrzymania wadium. Należy badać charakter przyczyn, jakie legły u podstaw nieuzupełnienia wymaganych dokumentów, wpływu braku uzupełnienia dokumentów na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również możliwość istnienia zmyślenia przetargowej. Podkreślić również należy, że czynność zatrzymania wadium ma charakter sankcyjny i restrykcyjny, a więc powinna być stosowana z rozwagą i ostrożnością.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdzenia wymaga, że o zmyśleniu wykonawców w przedstawionym stanie faktycznym nie można mówić. Istotnie, Odwołujący złożył ofertę, która – gdyby wykonawca nie podlegał wykluczeniu – byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu. Należy jednak zwrócić uwagę, że Odwołujący

aktywnie brał udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia i bronił swej oferty w postępowaniu odwoławczym, pozostając w przekonaniu że złożone przez niego dokumenty są prawidłowe. Odwołujący odpowiedział także na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, choć nastąpiło to po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Ustalenia rozprawy powalają na stwierdzenie, że Odwołujący, jakkolwiek niefrasobliwie w ostatnich godzinach terminu wyznaczonego na uzupełnienie dokumentów, przesłał mail ze stosownym uzupełnieniem, to podjął starania mające na celu uczynienie zadość wezwaniu Zamawiającego. W świetle ustaleń dokonanych na rozprawie, zasadnym jest twierdzenie, że Odwołujący przesyłając, wprawdzie jak się finalnie okazało – nieefektywnie – mail, pozostawał w przekonaniu, że przesyłka trafiła do Zamawiającego. Także dalsza bez troska w uzupełnieniu oryginałów dokumentów, przejawiająca się w elastycznym potraktowaniu obowiązku „niezwłocznego” dostarczenia dokumentów, nie wskazuje na świadome i celowe działanie wykonawcy. W dacie wezwania do uzupełnienia dokumentów Odwołujący znał swoją pozycję w rankingu ofert i wiedział, że złożył najkorzystniejszą ofertę, jak i to, że kolejną ofertą jest oferta Przystępującego. Obaj wykonawcy z pełną starannością bronili w postępowaniu odwoławczym swoich ofert. Powyższe okoliczności świadczą o tym, iż Odwołujący dążył do uzyskania zamówienia publicznego i nie było jego celem doprowadzenie do udzielenia zamówienia drugiemu wykonawcy, który zaoferował wyższą cenę.

Z powodów opisanych wyżej, zasadnym staje się wniosek, iż decyzja Zamawiającego o zatrzymaniu wadium, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie była trafną w świetle przepisu art. 46 ust. 4a ustawy.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Czynność Zamawiającego tj. zatrzymanie wadium, przy jednoczesnym ostatecznym wykluczeniu wykonawcy z postępowania nie ma i nie może mieć żadnego wpływu na wynik przetargu. Wobec braku jakiegokolwiek związku między wynikiem postępowania a czynnością zatrzymania wadium, w świetle przepisu art. 192 ust. 2 ustawy, brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium.

Nie potwierdziły się natomiast zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez dokonanie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania

oraz uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą oraz art. 24 ust. 4 ustawy, poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, a także art. 7 ustawy.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) *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].

Skład orzekający: