

Sygn. akt: KIO 1587/13

WYROK
z dnia 17 lipca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 lipca 2013 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2013 roku przez **Odwołującego - Wyższą Szkołę Pedagogiczną im. Janusza Korczaka w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Województwo Zachodniopomorskie, które reprezentuje Urząd Marszałkowski w Szczecinie**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Wyższą Szkołę Pedagogiczną im. Janusza Korczaka w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego**, 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Szczecinie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 28 czerwca 2013 roku, na podstawie art. 180 i następne ustawy z dnia 29 lutego 2004 roku Prawo Zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 nr 113 poz. 759 ze zmianami, z uwzględnieniem nowelizacji z 20 lutego 2013), do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie złożył wykonawca Wyższa Szkoła im. Janusza Korczaka w Warszawie [dawniej: Wyższa Szkoła Pedagogiczna TWP w Warszawie.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej 200 tys euro na „*Przeprowadzenie szkoleń z zakresu I i II stopnia specjalizacji w zawodzie pracownik socjalny*” przez Zamawiającego: Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 marca 2013 roku, pod numerem 96924-2013.

Odwołanie wniesiono od decyzji o wykluczeniu Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w odniesieniu do zaniechania czynności w postępowaniu do której Zamawiający był zobowiązany. Wykonawca zarzuca Zamawiającemu nieprzyjęcie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu/doprowadzeniu do zaistnienia okoliczności nieprzyjęcia dokumentów.

W uzasadnieniu wskazano, że w dniu 24 maja 2013 roku Zamawiający wystosował do Wykonawcy pismo w sprawie uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w odpowiedzi na które WSP im. Janusza Korczaka w Warszawie w piśmie z dnia 27 maja 2013 r. udzieliło stosownych wyjaśnień oraz przesłało wymagane dokumenty z zachowaniem wskazanych w piśmie terminów [27 maja 2013r. - nadanie przesyłki kurierskiej, 28 maja 2013r. - korespondencja e-mail zawierająca scan pisma wyjaśniającego, załączników oraz listu przewozowego do nadanej w dniu wcześniejszym przesyłki]. Zgodnie z pismem z dnia 24 maja 2013 (znak: WOIRZL-II.272.5.2013.EK w sprawie uzupełnienia oferty przetargowej) dokumenty w formie faksu lub maila z uzupełnieniami powinny być dostarczone do Zamawiającego dnia 29.05.2013, a dokumenty w formie pisemnej powinny dotrzeć do Zamawiającego nie później niż 2 dni po terminie wskazanym powyżej.

W dniu 3 czerwca 2013 r. przesyłka nr EE 337039175PL zawierająca dokumenty wskazane w piśmie z dnia 24 maja 2013 roku została zwrócona do nadawcy. W tym samym dniu Odwołujący przedsięwziął próbę wyjaśnienia sprawy u przedstawiciela firmy kurierskiej [Poczta Polska], w czasie której pracownik Wykonawcy został poinformowany, iż cytowany zapis widniejący na kopercie „pod podanym adresem nie przebywa adresat” stanowi o tym, iż nie przyjęto w Urzędzie przesyłki. W tym samym dniu wymagane dokumenty wraz z kopertą stanowiącą dowód wywiązania się Wykonawcy z nałożonego na niego wymogu

dostarczenia dokumentów, zostały ponownie przesłane na adres Zamawiającego wskazany w piśmie w sprawie uzupełnienia oferty, zgodnie z rozmową telefoniczną z pracownikiem Urzędu Marszałkowskiego p. E..... K.....

Z toku weryfikacji sprawy Wykonawca uzyskał pewność, iż wskazana przesyłka kurierska została dostarczona pod wskazany w piśmie WOIRZL-II.272.5.2013.EK adres tj. Piłsudskiego 40-42, 70-421 Szczecin oraz zaistniała sytuacja odmowy przyjęcia przesyłki ze strony adresata, którą kurier udokumentował adnotacją „*Pod podanym adresem nie przebywa adresat*” (godz. 12.50, 28.05.2013r).

Zgodnie z zapisami kodeksu postępowania administracyjnego w przypadku odbierania korespondencji przez organ administracji publicznej, kiedy to dochodzi do braku przyjęcia przesyłki z powodów wskazanych przez adresata, pismo uważa się za doręczone skutecznie w dniu odmowy jego przyjęcia (art. 47 KPA). Odwołując się do zapisów kodeksu cywilnego powołano się na treść art. 61 § 1: *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. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. § 2. Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.*

Korespondencja została skierowana na adres wskazany w piśmie wzywającym do uzupełnienia oraz osobę wskazaną jako „Kierownika Zamawiającego”- jeżeli mamy do czynienia z sytuacją, w której nie przyjęto przesyłki adresowanej na osobę podpisującą korespondencję w sprawie (ze strony Zamawiającego) ze względu na brak fizycznej obecności Przełożonego w momencie doręczenia, Wykonawca stoi na stanowisku wskazującym na błąd leżący po stronie Zamawiającego [zaniechanie czynności przyjęcia dokumentów], bowiem zgodnie z obowiązującym prawem „w pracy urzędową korespondencję wolno doręczać osobie upoważnionej do odbioru pism (art.45 KPA „*Jednostkom organizacyjnym i jednostkom społecznym doręcza się pisma w lokalu ich siedziby do rąk osób uprawnionych do odbioru pism*”).

Wykonawca tym samym wypełnił zobowiązania jakie nałożył niego Zamawiający tj. o dostarczeniu w wymaganym czasie i formie niezbędnych dokumentów: korespondencja fax: nadanie godz. 11.27, data: 28 maja 2013r, rezultat: OK. (ksero raportu załączono do odwołania); korespondencja e-mail: wysłana godz. 11.14, data: 28 maja 2013r., rezultat: potwierdzenie imienne odebrania wiadomości, godz: 11.27, data: 28 maja 2013 r. (ksero potwierdzenia załączono do odwołania); do korespondencji mailowej i fax został dołączony scan/kopia potwierdzenia nadania przesyłki kurierskiej, ze wskazaniem adresu instytucji i osoby podpisującej korespondencje ze strony Zamawiającego.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uznanie jego oferty jako kompletnej i przywrócenie jej do normalnego trybu oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dodatkowo zaznaczono, że Urząd Marszałkowski w decyzji o wynikach postępowania formułuje uzasadnienie o braku zastosowania zapisów KPA w stosunku do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże Wykonawca, nie wnosi o zastosowanie KPA w postępowaniu, a wskazuje na konsekwencje prawne i faktyczne dla braku zastosowania zapisów KPA w stosunku do podstawowej i ustawowej pracy Urzędu Państwowego, czego skutkiem prawnym i faktycznym jest wykluczenie WSP im. J. Korczaka z rzeczzonego z postępowania. Decyzja o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia stanowi oczywistą szkodę dla Wykonawcy.

Celem uzyskania informacji o sposobie doręczenia przesyłki nr EE 337039175PL Odwołujący równocześnie wniósł reklamację do firmy kurierskiej.

W dniu 10 lipca 2013 roku (pismem z dnia 4 lipca 2013 roku) Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie.

Stwierdzono że odwołanie nie spełnia wymogów formalnych o jakich mowa w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz wymogów wynikających z § 4 ust. 1 pkt 4 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2010 Nr 48 poz. 280). Mając na uwadze powyższe uchybienia odwołanie, po ewentualnym bezskutecznym wezwaniu do uzupełnienia braków, winno być zwrócone Odwołującemu.

Niezależnie od powyższych uchybień Zamawiający ustosunkował się do podniesionych zarzutów podkreślając, iż ich treść potwierdza jedynie działanie Zamawiającego w zgodzie z regułami wytyczanymi przez ustawę Pzp i przepisy wykonawcze, a skonkretyzowanymi w postanowieniach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) i wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.

W ocenie Zamawiającego, wykluczenie wykonawcy z postępowania było jego obowiązkiem, a przyczyny wykluczenia wynikają z niedochowania staranności przy doręczaniu pisemnej wersji uzupełnianych dokumentów. Zagadnieniem istotnym dla ustosunkowania się do zarzutów odwołania jest właściwa kwalifikacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zawieranej w wyniku tego postępowania umowy. Cywilnoprawna bądź administracyjnoprawna kwalifikacja procedury ma znaczenie dla ustalenia zakresu przepisów znajdujących zastosowanie także w odniesieniu do zasad rządzących uzupełnianiem dokumentów. Głównym zadaniem ustawy Pzp jest uregulowanie procesu zawierania umów pomiędzy zamawiającymi, a przedsiębiorcami określanymi mianem wykonawców. Ustawa Pzp stanowiąc szczególną regulację zawierania umowy cywilnoprawnej jest aktem szczególnym w odniesieniu do przepisów ustawy z dnia 23

kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej k.c.). Cywilistyczny charakter ustawy wynika bezpośrednio z jej przepisów, które odsyłają do k.c (art. 14 ustawy Pzp). Kolejnym przepisem odsyłającym do regulacji kodeksowych jest art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do umów w sprawach zamówień stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Konsekwencją stosowania w ramach procedury udzielenia zamówienia publicznego przepisów k.c. jest między innymi brak możliwości stosowania przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267 - dalej KPA.).

Mając na uwadze cywilnoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie może zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, który na potrzebę wykazania prawidłowego dostarczenia dokumentów przywołuje art. 47 KPA. Cywilnoprawny charakter postępowania prowadzonego w trybie ustawy Pzp potwierdza ugruntowane stanowisko doktryny, a także orzecznictwo sądowe (np. postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 września 2011 r., Sygn. akt II GSK 1842/11). W tych okolicznościach nie sposób twierdzić, by do odbioru korespondencji przesyłanej w ramach procedury przetargowej stosować reguły odbioru korespondencji jakimi posługuje się organ administracji publicznej, ponieważ w postępowaniu przetargowym Urząd Marszałkowski nie występuje w charakterze organu administracji publicznej. Niezależnie od powyższego, nie sposób też próbować znaleźć zastosowanie dla przepisów KPA dotyczących sytuacji odmowy przyjęcia korespondencji także dlatego, że nie doszło do odmowy przyjęcia korespondencji. Z dokumentacji postępowania wynika, iż nie nastąpiła próba dostarczania korespondencji zgodnie z danymi zawartymi w wezwaniu do uzupełnienia.

Reguły prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określa SIWZ oraz wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Zgodnie z rozdziałem IX.14 SIWZ *„Dokumenty, o których mowa w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ Wykonawcy mogą składać w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, tj. przez osobę uprawnioną do reprezentacji Wykonawcy w obrocie gospodarczym. Wyjątkiem w tym zakresie jest dokument pełnomocnictwa oraz oświadczenia składanego zgodnie z wymaganiami art. 26 ust 2b ustawy PZP. Dla obydwu dokumentów wymaga się zachowania formy pisemnej.”* Na konieczność potwierdzenia spełnienia warunku poprzez złożenie dokumentów spełniających wymogi formy pisemnej wskazywało także wezwanie do uzupełnienia dokumentów. W treści wezwania wskazano wyraźnie jakie są brakujące dokumenty, które miały być złożone na potwierdzenie spełnienia warunku dot. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności Wykonawcy. Wymóg dotyczący pisemnej formy uzupełnianych dokumentów był jednoznacznie wyartykułowany w wezwaniu. Wymóg natomiast prowadzenia procedury w formie pisemnej

wynika wprost z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia pisemności dlatego uwzględniając regulację 14 ustawy Pzp, należy zastosować art. 78 § 1 k.c, zgodnie z którym do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Wymagania stawiane formie dokumentów załączanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu reguluje nie tylko ustawa Pzp, 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 kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Reguła składania dokumentów w formie pisemnej rozciąga się także na dokumenty jakie zobligowani są złożyć wykonawcy w ramach odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania oferty. Powyższe potwierdza m.in. treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2011 r. (Sygn. akt KIO 210/11).

Konieczność przestrzegania przywołanych reguł nie oznacza jednak, że organizator postępowania został pozbawiony uprawnienia do ukształtowania wezwania do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) np. w sposób umożliwiający posłużenie się pomocniczo faksem lub skanem dokumentu. W pełni dopuszczalne jest wskazanie w treści wezwania, daty do której należy złożyć uzupełnienia, z zastrzeżeniem iż w tym terminie musi dotrzeć co najmniej np. taks, skan dokumentu, a dokumenty spełniające wymagania formy pisemnej zostaną dostarczone w wyznaczonej dacie. Ustawa Pzp nie zabrania stosowania tego typu rozwiązań pod warunkiem ich wykorzystywania na tych samych zasadach w stosunku do wszystkich uczestników postępowania. Tak też uczyniono w prowadzonym postępowaniu. Zamawiający korzystając ze swoich uprawnień zobligował wykonawców do uzupełniania dokumentów w formie pisemnej, ale równocześnie wprowadził rozwiązanie łączące wykorzystanie innych form wskazanych w art. 27 ust. 1 ustawy Pzp z formą pisemną. Zamawiający zastosował to rozwiązanie zdając sobie sprawę z dynamicznego charakteru procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Praktyczne wdrożenie opisanego rozwiązania obrazuje treść wezwania do uzupełnienia dokumentów. Zgodnie z treścią wezwania z dnia 24 maja 2013 r.: *„Dokumenty składane na potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu muszą być dostarczone w formie pisemnej. Zamawiający uznaje, że złożenie dokumentu nastąpiło w wymaganym terminie pod warunkiem, że w wyznaczonym terminie do Zamawiającego wpłynie faks lub mail z uzupełnieniem, a dokument w formie pisemnej dotrze do Zamawiającego nie później niż 2 dni po terminie wskazanym powyżej”*.

Wykonawcy był więc poinformowany o tym, że w terminie na uzupełnienie dokumentów (tj. w terminie do dnia 29 maja 2013 r. może przysłać faks lub np. skan

dokumentu pocztą elektroniczną, przy równoczesnym przesłaniu oryginału dokumentów np. pocztą lub kurierem najpóźniej w ciągu dwóch dni od terminu na uzupełnienie dokumentów. Dotrzymanie terminu na uzupełnienie dokonane za pośrednictwem faksu lub poczty elektronicznej miało być uznane za skuteczne, jeżeli dokumenty zostaną dostarczone w formie pisemnej najpóźniej do dnia 31 maja 2013 r. Wymóg dostarczenia dokumentów oznacza konieczność dostarczenia dokumentów w miejscu wskazanym w wezwaniu do uzupełnienia, a więc do pokoju nr 343 mieszczącym się w budynku położonym w Szczecinie przy ul. Piłsudskiego 40-42.

Szczegółowa Instrukcja dotycząca sposobu, a także miejsca złożenia korespondencji nie została wprowadzona przypadkowo. Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego jest rozmieszczony w Szczecinie w 6 (słownie: sześciu) lokalizacjach. W budynku położonym przy ul. Piłsudskiego 40-42 w Szczecinie znajduje się 6 (słownie: sześć) komórek organizacyjnych Urzędu, z których każda posiada własny sekretariat. W budynku położonym przy ul. Piłsudskiego 40-42 w Szczecinie nie znajduje się kancelaria podawcza Urzędu, która jest zlokalizowana w innej części miasta. W celu sprawnego prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych w korespondencji z wykonawcami zawsze wskazuje się, iż oferty, a także wszelkie pisma winny być składane na adres ul. Piłsudskiego 40-42 w Szczecinie - pokój nr 343. Przestrzeganie podanych zasad jest dla obydwu stron postępowania gwarancją dotarcia korespondencji we właściwe miejsce i o właściwym czasie. Korespondencja dostarczana przez firmy świadczące usługi pocztowe dociera do właściwego adresata pod warunkiem precyzyjnego wskazania, do jakiego pokoju ma być dostarczona.

W odpowiedzi na przekazane w dniu 24 maja 2013 r. wezwanie do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z zapisami rozdziału I pkt 1 oraz rozdziału X pkt 9 SIWZ Odwołujący w dniu 28 maja 2013 r. przekazał na email: e.....@wzp.pj oraz fax: (91) 44 67185 pismo z dn. 27.05.2013 r. wraz załącznikami. Zgodnie z treścią wezwania do uzupełniania dokumentów Odwołujący winien dostarczyć dokumenty do Zamawiającego w formie pisemnej do 31 maja 2013 r. do godz. 15:30 na adres ul. Piłsudskiego 40 - 42, 70-421 Szczecin, pok. nr 343.

Niestety w dniu 29 maja 2013 r. o godz. 9:55 do Zamawiającego wpłynęło wyłącznie pismo z dnia 28 maja 2013 r. stanowiące według Odwołującego uzupełnienie pisma z dnia 27 maja 2013 r., a zawierające aktualny odpis z rejestru Uczelni niepublicznych i związków uczelni niepublicznych. Określenie korespondencji mianem uzupełnienia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazuje na to, że pismo zostało przygotowane po opracowaniu korespondencji stanowiącej odpowiedź na wezwania do uzupełnienia. Chronologia opracowania korespondencji wskazywałaby na to, że jako pierwsza winna być dostarczona odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia, co jednak nie nastąpiło. Przedmiotowe pismo

zawierało także kserokopię samego pisma z dnia 27 maja 2013 r., które do Zamawiającego zostało wysłane w dniu 27 maja 2013 r. ale nie zostało dostarczone w formie pisemnej w wyznaczonym czasie.

W dniu 3 czerwca 2013 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu pismo wraz załącznikami, z których wynikało iż Kurier Poczty Polskiej w dniu 28 maja 2013 r. godz. 12:50 nie mógł dostarczyć pisma z dnia 27 maja 2013 r. od Odwołującego z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, czego dowodem miała być adnotacja na przesyłce „pod podanym adresem nie przebywa adresat”. Kolejna próba dostarczenia miała miejsce w dniu 31 maja 2013 r. Według adnotacji poczynionych przez osobę doręczającą przesyłkę także tym razem nie można było doręczyć przesyłki, ponieważ jak stwierdzono było „zamknięte”. Zamawiający po zapoznaniu się z zapisami sporządzonymi przez kuriera na przesyłce stwierdza co następuje. Przede wszystkim przesyłka nie była precyzyjnie zaadresowana. Na kopercie brakowało wskazania pokoju nr 343 jako miejsca dostarczenia przesyłki. W tej sytuacji doręczenie przesyłki zależało tylko i wyłącznie od wiedzy kuriera na temat miejsc (sekretariatów), w których przyjmowana jest korespondencja na ul. Piłsudskiego 40-42. Na tym etapie postępowania ani Odwołujący, ani Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, w którym miejscu kurier próbował zostawić/dostarczyć przesyłkę, ale z pewnością nie był to pokój nr 343. Pokój nr 343 zarówno w dniu 28 maja 2013 r. jak i w dniu 31 maja 2013 r. był otwarty, a pracujące w nim osoby przyjmowały korespondencję w godzinach pracy Urzędu tj. od 7:30 do godz. 15:30.

Z załączonych do niniejszej odpowiedzi kopii stron dziennika korespondencji wynika, że w dniu 28 maja 2013 r. w pokoju nr 343 przyjęto pięć pism, a w dniu 31 maja przyjęto jedno pismo. Zamawiający oświadcza, że w pokoju nr 343 przy ul. Piłsudskiego 40 - 42, 70-421 Szczecin pracują trzy osoby, a jedna z osób zawsze jest wyznaczona do przyjmowania korespondencji. Tym samym nie ma możliwości, by kurier nie mógł dostarczyć przesyłki pod wskazany adres, pod warunkiem przyniesienia korespondencji do pok. 343. Dodatkowo wyjaśnia się, że Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego może być zamknięty tylko i wyłącznie wówczas, gdy taką decyzję w formie zarządzenia wyda Marszałek Województwa. W dniu 31 maja 2013 r. Urząd Marszałkowski w Szczecinie pracował tak jak w każdym dniu roboczym, ponieważ Marszałek nie ustanowił dnia 31 maja 2013 r. dniem wolnym od pracy.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Zamawiający nie mógł nie wykluczyć Odwołującego. Z dokumentacji zgromadzonej w postępowaniu wynika jednoznacznie, iż uzupełnienie dokumentów dotarło w wymaganym terminie jedynie w formie faksu oraz skanu. Dokumenty nie zostały dostarczone w formie pisemnej do dnia 31 maja 2013 r., a pojawiły się w wymaganej formie dopiero w dniu 4 czerwca 2013 r. Kierując się naczelną zasadą systemu zamówień publicznych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający był

zmuszony wykluczyć wykonawcę. Przyjęcie odrębnego stanowiska stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, byłoby naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i stanowiłoby naruszenie zasad jakie sam Zamawiający określił w SIWZ i wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.

Na potwierdzenie prawidłowego działania Zamawiającego przytacza się dwa wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyrok z dnia 28 grudnia 2012 roku, sygn. akt KIO 2766/12 oraz wyrok z dnia 29 lutego 2012 roku, sygn. akt KIO 344/12.

Zamawiający podkreślił, że dochował najwyższej staranności w prowadzeniu przedmiotowego postępowania. Rozstrzygnięcie procedury m.in. poprzez wykluczenie wykonawcy i unieważnienie jednej z części postępowania wynika najprawdopodobniej z błędów popełnionych przez podmiot, który został wynajęty przez Odwołującego do dostarczenia korespondencji. Zamawiający nie może jednak ponosić odpowiedzialności za nieprawidłowe świadczenie usług przez przedsiębiorcę dostarczającego pocztę oraz nie może podejmować czynności, które pozwoliłyby na inne rozstrzygnięcie procedury i równocześnie stanowiłyby naruszenie ustawy Pzp.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron i uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

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

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie 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. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym wykluczenie Odwołującego i potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością Strony zaprezentowały stan faktyczny sprawy zaistniały w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy, zarzuty podniesione w odwołaniu oraz poczynione ustalenia faktyczne, skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

W ocenie Izby Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia wykonawcy Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niezupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający w rozdziale X SIWZ *Przekazywanie informacji, oświadczeń i dokumentów w postępowaniu*, wskazał, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje należy przekazywać pisemnie, faksem lub elektronicznie. Formę pisemną zastrzeżono dla złożenia oferty z załącznikami, w tym oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a także oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane przedmiot zamówienia wymagań określonych przez Zamawiającego, zmiany lub wycofania oferty. Jeżeli oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje miały być przekazywane faksem, elektronicznie lub pisemnie, za datę ich złożenia przyjęta miała być data wpływu, stosowanie do formy przekazu. Dokument będzie uważany za złożony w terminie, jeżeli adresat mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem wyznaczonego terminu. Za zawsze dopuszczalną przyjęto formę pisemną.

Na podstawie rozdziału IX punktu 14 SIWZ wymagano, aby dokumenty określone w ogłoszeniu oraz SIWZ na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzające brak podstaw do wykluczenia składane były w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Wyjątkiem był dokument pełnomocnictwa oraz oświadczenia składanego zgodnie z wymaganiami art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Dla tych dokumentów wymagano zachowania formy pisemnej.

W toku procesu badania i oceny ofert Odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów, przy czym w wezwaniu wyraźnie wskazano, że *„Dokumenty składane na potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu muszą być dostarczone w formie pisemnej. Zamawiający uzna, że złożenie dokumentu nastąpiło w wymaganym terminie pod warunkiem, że w wyznaczonym terminie do Zamawiającego wpłynie faks lub mail z uzupełnieniem, a dokument w formie pisemnej dotrze do Zamawiającego nie później niż 2 dni po terminie wskazanym powyżej”*.

W ocenie Izby taka treść wezwania koresponduje w zakresie formy uzupełnianych dokumentów z uregulowaniami zawartymi w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (poz. 231) . Jednocześnie Zamawiający, korzystając z art. 27 ustawy Pzp, uwzględniając nowoczesne formy

komunikacji między Stronami, dopuścił uzupełnienie za pomocą e-maila i faksu, z zastrzeżeniem że wykonawca ma dodatkowe dwa dni na złożenie dokumentów do siedziby Zamawiającego w formie pisemnej, by uzupełnienie uznać za skuteczne. Od razu na początku rozważań dostrzeżenia wymaga okoliczność, że działanie Zamawiającego było jedynym prawidłowym. Przepisy rozporządzenia o dokumentach znajdują zastosowanie zarówno do dokumentów składanych wraz z ofertą, jak i tych uzupełnianych na wezwanie i wyraźnie określają formę składanych dokumentów. W SIWZ wyraźnie zaznaczono, w jakiej formie mogą być składane poszczególne dokumenty. Gdyby Zamawiający uznał, że wykonawca prawidłowo uzupełnił (w terminie) dokumenty przez przesłanie ich faksem i e-mailem, dopuściłby się naruszenia zasady określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a więc równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Z postępowania wynika, że przyczyną nieuzupełnienia dokumentów w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie był najprawdopodobniej błąd leżący po stronie podmiotu dostarczającego przesyłkę do siedziby Zamawiającego. Zaniechanie lub niedopełnienie obowiązków przez stronę trzecią nie mogło jednak stanowić podstawy uwzględnienia odwołania. Nie pozostający bez znaczenia w postępowaniu był także wyznaczony przez Zamawiającego sposób zaadresowania przesyłki, gdzie w wezwaniu wyraźnie nakazano umieszczenie na kopercie nr pokoju, do którego należy dostarczyć korespondencję. Z przedłożonych przez Zamawiającego dokumentów wynika, że niemożliwym było aby w dniu 31 maja 2013 roku o godz. 15:15 (ostateczny termin na pisemne uzupełnienie dokumentów) nie mogło nastąpić doręczenie, bowiem jak zaznaczono na liście przewozowym było „zamknięte”. Zamawiający wykazał, iż ten dzień był dniem roboczym, gdzie urząd pracował do godz. 15:30 i normalnie przyjmowana była korespondencja. Co do pierwszej próby doręczenia, to Odwołujący nie umiał bliżej sprecyzować, co miał na myśli podmiot wykonujący na jego rzecz usługę doręczenia umieszczając na liście adnotację „pod podanym adresem nie przebywa adresat”, choć na rozprawie próbował wnioskować z powyższego zapisu, że to Zamawiający odmówił przyjęcia korespondencji. Faktu tego nie potwierdziły jednak dowody przedłożone przez stronę Odwołującą. Jeżeli rzeczywiście taka była prawdziwa przyczyna nieprzyjęcia dokumentów w dacie 28 maja 2013 roku, to ponownie podkreślić należy, że obowiązków nie dopełnił kurier, nie wymagając od Zamawiającego stanowczego oświadczenia o odmowie przyjęcia przesyłki, z jednoczesnym wskazaniem wyraźnego powodu odmowy przyjęcia. Nie świadczy to o niedołożeniu należytej staranności przez Zamawiającego, który w postępowaniu nie mógł zachować się inaczej. Na obecnym etapie postępowania, w postępowaniu odwoławczym, trudno rozstrzygnąć, czy zaadresowanie przesyłki w sposób dokładnie opisany przez Zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia, z podaniem nr pokoju, a pominięciem nazwiska osoby podpisującej wezwanie (członka zarządu Województwa, który ma swoją siedzibę i oddzielny sekretariat pod innym

adresem) przyczyniłoby się do skutecznego doręczenia dokumentów i czy niedopełnienie obowiązków leży po stronie Odwołującego adresującego przesyłkę, czy po stronie podmiotu doręczającego korespondencję. Z pewnością Odwołujący prawidłowo postąpił wszczynając procedurę reklamacyjną w stosunku do Poczty Polskiej, ale nie mogło to wpłynąć na jego sytuację w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skoro termin oraz forma do uzupełnienia dokumentów zostały przez Zamawiającego w sposób wyraźny i wiążący wskazane, a wykonawca Odwołujący dokumenty we właściwej formie uzupełnił po upływie tego terminu, został w sposób zgodny z postanowieniami przepisów ustawy Pzp wykluczony (tak też wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 9 września 2010 roku, sygn. akt XIX Ga 344/10).

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: