

Sygn. akt: KIO 1680/16

WYROK
z dnia 16 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 września 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 września 2016 r.** przez wykonawcę: **Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań; adres do korespondencji: Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Skórzewska 35 Budynek „K” 62-081 Wysogotowo,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6; 85-950 Bydgoszcz**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6; 85-950 Bydgoszcz:**

- 1.1. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą na części 1 i 2 zamówienia;
- 1.2. unieważnienie czynności unieważnienia przetargu na części 1 i 2 zamówienia;
- 1.3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym ponowienie czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w odniesieniu do Wykazów osób, które będą wykonywać zamówienie stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dla części 1 i 2 zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6; 85-950 Bydgoszcz;**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań,** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6; 85-950 Bydgoszcz** na rzecz

odwołującego: **Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29 60-359 Poznań,**
kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą
koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Bydgoszcy**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego pn. „Wsparcie merytoryczne Kierowników Projektu S5 oraz komórek organizacyjnych GDDKiA Oddział w Bydgoszczy przy obsłudze realizowanych inwestycji przewidzianych do współfinansowania ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (POIiŚ) 2014- 2020 z podziałem na 2 części” (Dz. Urz. UE z dnia 03.06.2016 r. pod nr 2016/S 106-189505), w dniu 8 września 2016 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec powiadomienia odwołującego drogą elektroniczną w dniu 31 sierpnia 2016 r. o unieważnieniu przetargu.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Oferta odwołującego była jedyną złożoną w przedmiotowym postępowaniu, zatem procedura wezwania innych wykonawców do zgłoszenia do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp - nie miała miejsca.

Odwołanie wniesiono wobec czynności:

- a) wykluczenia odwołującego z postępowania pomimo braku przesłanek warunkujących wykluczenie wykonawcy oraz uznania oferty odwołującego za odrzuconą,
- b) braku uzasadnienia prawnego i faktycznego dla wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
- c) czynność unieważnienia postępowania przez zamawiającego w dniu 31 sierpnia 2016 r. wobec braku przesłanek wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) zwaną „ustawą Pzp,” tj.:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp poprzez wykluczenie z postępowania odwołującego i w konsekwencji uznanie oferty złożonej przez odwołującego za odrzuconą, pomimo niezrealizowania okoliczności przewidzianych w tym przepisie, które skutkują wykluczeniem odwołującego;

3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez, przyjętą z daleko posuniętej ostrożności hipotetyczną możliwość wykluczenia odwołującego z powodu nie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu pomimo braku wypełnienia obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających te warunki i w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, którzy mogą oczekiwać stosowania i wypełniania w toku postępowania obowiązków wynikających z ustawy Pzp;

4) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez brak wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, w tym w sposób uniemożliwiający ich faktyczne uzupełnienie;

5) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie przedmiotowego postępowania i zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego;

6) art. 27 ust. 1 Pzp w zw. z art. 27 ust. 2 Pzp w zw. z art. 61 K.c. poprzez bezskuteczne przekazanie i doręczenie odwołującemu wezwania do złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia drogą elektroniczną, bez otrzymania potwierdzenia jego otrzymania i tym samym uniemożliwienie zapoznania się odwołującego z wezwaniem;

7) art. 6 K.c. w zw. art. 61 K.c. poprzez niewykazanie prawidłowości doręczenia odwołującemu pisma z wezwaniem z dnia 3 sierpnia 2016 r. do złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia;

7) art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 8 ust. 1, 7 ust. 1 poprzez niepodanie uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, w tym nieprzedstawienie takiego uzasadnienia w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 31 sierpnia 2016 r.

Wskazując na powyższe, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia i dokonanie ponownej oceny w tym zakresie;
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym w szczególności skutecznego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art.26 ust. 3 ustawy Pzp;
4. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania, w tym znajdujących się w aktach postępowania, jak i dokumentów przedstawionych na rozprawie, na okoliczności przedstawione i wskazane w odwołaniu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż złożona przez niego oferta jest jedyną złożoną w przedmiotowym postępowaniu, co oznacza, że unieważnienie postępowania w sposób bezpośredni pozbawiło odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Postępowanie na: Wsparcie merytoryczne Kierowników Projektu S5 oraz komórek organizacyjnych GDDKiA Oddział w Bydgoszczy przy obsłudze realizowanych inwestycji przewidzianych do współfinansowania ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (POIiŚ) 2014- 2020 obejmuje podział na 2 części:

Część 1: Wsparcie merytoryczne Kierowników Projektu S5 Odcinka 1,2,3,4 oraz komórek organizacyjnych GDDKiA Oddział w Bydgoszczy przy obsłudze realizowanych inwestycji przewidzianych do współfinansowania ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (POIiŚ) 2014- 2020

Część 2: Wsparcie merytoryczne Kierowników Projektu S5 Odcinka 5,6,7 oraz komórek organizacyjnych GDDKiA Oddział w Bydgoszczy przy obsłudze realizowanych inwestycji przewidzianych do współfinansowania ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (POIiŚ) 2014- 2020

Zamawiający równocześnie z ogłoszeniem o zamówieniu udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej „SIWZ”) w siedzibie zamawiającego i na stronie internetowej zamawiającego wraz z pozostałymi załącznikami.

Odwołujący w dniu 15 lipca 2016 r. złożył ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia części 1 i części 2, będąc równocześnie jedynym oferentem w ramach prowadzonego postępowania.

Zgodnie z ofertą odwołującego, wszelką korespondencję w sprawie przedmiotowego postępowania należało kierować na następujący adres e-mail: office@lafrentz.pl. a także na wskazany w ofercie adres odwołującego. Ponadto, odwołujący wskazał osobę, która jest właściwa do kontaktu z zamawiającym - Panią A.J..

Odwołujący przyznał, że w toku weryfikacji złożonej oferty odwołującego, zamawiający w dniu 3 sierpnia 2016r. wystosował w formie elektronicznej wezwanie do

odwołującego do złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia; oferta odwołującego

Po wysłaniu wezwania z dnia 3 sierpnia 2016r. na podany przez odwołującego adres e-mail, zamawiający otrzymał informację zwrotną o następującej treści: „Wiadomość została dostarczona do następujących adresatów lub list dystrybucyjnych, ale miejsce docelowe nie odesłało powiadomienia o dostarczeniu wiadomości”. Powyżej wskazany komunikat został wygenerowany automatycznie przez oprogramowanie serwera, z uwagi na nieprzekazanie wiadomości do żadnej skrzynki odbiorczej adresata w celu otwarcia i odczytu przesłanej wiadomości. Taki komunikat potwierdza istnienie i prawidłowość adresu skrzynki pocztowej, jednak wskazuje na brak doręczenia wiadomości do odczytu. Zatem wiadomość elektroniczna nie została skutecznie doręczona odwołującemu.

Dowód: wiadomość e-mail z dnia 3 sierpnia 2016 r.; zeznania świadka J.K. - informatyka odwołującego

Odwołujący dodatkowo podnosił, że zgodnie z zapisami SIWZ, w tym w szczególności pkt 18.1 IDW, zarówno Zamawiający, jak i Wykonawcy mogą porozumiewać się i przekazywać sobie wszelkie pisma za pomocą faksu lub pisemnie lub drogą elektroniczną, pod warunkiem, iż w przypadku wysłania wiadomości faksem i elektronicznie, uzyska się potwierdzenie drugiej strony o otrzymaniu wiadomości.

Dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia

Powyższy zapis SIWZ jest tym samym realizacją art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym dopuszcza się elektroniczną i faksową formę komunikacji stron w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednak wyłączenie pod warunkiem niezwłocznego potwierdzenia przez drugą stronę faktu otrzymania pisma faksem lub drogą elektroniczną, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca, pomimo wyraźnego wskazania w piśmie przez zamawiającego, iż takiego potwierdzenia żąda.

Zamawiający wystosował do odwołującego wezwanie do złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, nie uzyskując jednak potwierdzenia dostarczenia lub odczytu ze strony odwołującego. Takie oświadczenie stanowiłoby - zgodnie z SIWZ oraz Pzp - dowód, iż odwołujący takie pismo otrzymał. Przedstawione stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która stwierdziła, że fakt otrzymania pisma w innej formie niż pisemna, powinien być niezwłocznie potwierdzony przez stronę otrzymującą (wyrok KIO 82/09). Sam fakt otrzymania informacji zwrotnej (automatycznej) z serwera odwołującego, iż „wiadomość została dostarczona do następujących adresatów lub list dystrybucyjnych” według odwołującego - nie stanowi

bezwzględny dowód potwierdzenia przez odwołującego faktu otrzymania przedmiotowej wiadomości - wezwania do uzupełnienia oferty. Skoro zamawiający w wezwaniu z dnia 3 sierpnia 2016 r. wyraźnie wskazał na żądanie potwierdzenia otrzymania takiej wiadomości, a tego nie otrzymał - nie dopełnił należytej staranności. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku, gdy zamawiający określił w SIWZ, że wymaga niezwłocznego potwierdzenia przez wykonawcę otrzymania każdej informacji - dowodem skutecznego dostarczenia oświadczenia woli będzie takie właśnie potwierdzenie (wyrok KIO 1135/10).

W konsekwencji odwołujący przyznał, że nie uczynił zadość wezwaniu z dnia 3 sierpnia 2016 r. do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń z przyczyn od niego niezależnych. Jak wynika z okoliczności przedstawionych powyżej, podjęcie takich działań pozostawało niemożliwe z uwagi na nieotrzymanie wezwania do złożenia wykazu osób mających realizować zamówienie.

Odwołujący podtrzymał, że dalsze działania zamawiającego polegające w szczególności na uznaniu doręczenia wezwania z dnia 3 sierpnia 2016 r. za skuteczne (pomimo nieuzyskania potwierdzenia jego otrzymania przez odwołującego w formie elektronicznej), wykluczenie odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą, zostały podjęte z istotnym naruszeniem ustawy Pzp oraz SIWZ, co wpłynęło na wynik i zakończenie postępowania. W konsekwencji również czynność unieważnienia postępowania przez zamawiającego w dniu 31 sierpnia 2016r., została podjęta bezprawnie.

Odwołujący podnosił, że dopiero skuteczne doręczenie wezwania odwołującemu (wraz z uzyskaniem potwierdzenia jego dostarczenia, jeśli było dokonane za pośrednictwem faksu lub poczty elektronicznej) stanowić może podstawę oceny zachowań odwołującego i złożonej przez niego oferty. Dotyczy to w szczególności terminu na wykonanie żądania zawartego w wezwaniu, skuteczności uzupełnienia dokumentów, a następnie oceny, czy odwołujący podlega wykluczeniu i czy jego oferta spełnia wymagania SIWZ.

Odwołujący zaznaczał, iż racjonalne pozostaje przewidywanie, że otrzymanie wezwania od zamawiającego spowodowałoby dokonanie stosowanych uzupełnień. W szczególności z uwagi na fakt, że odwołujący był jedynym wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a oferta została zabezpieczona wadium.

Ponadto, odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 61 K.c. oświadczenie woli, które ma być złożone drugiej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła ona zapoznać się z jego treścią. Z treści komentowanego przepisu wynika jednoznacznie, że ustawodawca opowiedział się za teorią doręczenia, a właściwie za tzw. kwalifikowaną teorią doręczenia, przyjmując, że 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. Dodatkowo, zgodnie z ogólną regułą wynikającą z art. 6 K.c. na składającym oświadczenie woli (zamawiającym) spoczywa w takich przypadkach ciężar dowodu, że jego oświadczenie doszło do adresata (odwołującego) w taki sposób, że mógł się z nim zapoznać w normalnym toku czynności, natomiast na adresacie tego oświadczenia spoczywa ewentualnie ciężar wykazania, że nie miał on rzeczywistej możliwości zapoznania się z jego treścią.

Odwołujący argumentował, że art. 7 ustawy Pzp ustanawia zasadę, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno zostać przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem każdy uczestnik postępowania przetargowego może oczekiwać działań zamawiającego podejmowanych zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz K.c.

Za uzasadnione przyjął odwołujący swoje zarzuty w odniesieniu do sposobów doręczania korespondencji przez zamawiającego zgodnie z SIWZ, ustawą Pzp oraz wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - przed wykluczeniem z postępowania. Nieuprawnione pozostaje obarczanie odwołującego negatywnymi konsekwencjami zachowań zamawiającego podjętych z naruszeniem ustawy Pzp. Co istotne, to na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania skutecznego doręczenia pisma w innej formie niż pisemna. Odwołujący podnosił, że złożenie oświadczenia woli za pomocą środków komunikowania się na odległość jest obciążone ryzykiem ciążącym zawsze na składającym. Z tego powodu oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane za pomocą faksu lub drogą elektroniczną uważa się za złożone w terminie przy założeniu, że ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie (art. 27 ust. 2 Pzp). Powyższe dotyczy także przekazywania przez zamawiającego lub wykonawcę faksem lub drogą elektroniczną dokumentów lub informacji. Na podstawie udostępnionego protokołu postępowania, odwołujący ustalił, że zamawiający kierując wezwaniem do odwołującego w formie elektronicznej, zawarł w treści wiadomości następujący komunikat: „Zgodnie z art. 27 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, prosimy o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania niniejszego pisma na fax nr 52 323-45- 74 lub drogą elektroniczną za pomocą poczty mailowej (adres: zamówienia byd(a).gddkia.gov.pl)”. Zamawiający nie otrzymał potwierdzenia otrzymania wiadomości, ponieważ nie została ona odwołującemu skutecznie dostarczona.

Dowód: wiadomość e-mail z dnia 3 sierpnia 2016 r.

W świetle natomiast art. 61 § 2 K.c. dla skutecznego złożenia oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej miarodajna jest chwila, w której "wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej".

Chociaż nie wynika to wprost z art. 61 § 2 K.c., to z jego treści odwołujący wprowadził wniosek, że chodzi tu o środek komunikacji elektronicznej należący do adresata lub kontrolowany przez niego. Wskazuje na to końcowa treść tego przepisu, wymagająca zapewnienia adresatowi możliwości zapoznania się z treścią oświadczenia woli. Możliwość taka zachodzić będzie tylko wówczas, gdy oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej stanie się dostępne w kontrolowanym przez niego środku komunikacji elektronicznej. Zgodnie z teorią doręczenia, leżącą u podstaw art. 61 § 2 K.c., ryzyko niedojścia oświadczenia woli do adresata spoczywa na składającym oświadczenie. Oświadczenie woli powinno być poza tym przesłane przy użyciu takiego programu, który umożliwi adresatowi jego odczytanie. Zastosowanie pliku nieznajdującego się w powszechnym użyciu nie może być uznane za skuteczne wprowadzenie oświadczenia woli do środka komunikacji elektronicznej adresata.

Wobec powyższego, podtrzymał twierdzenia, że zamawiający nie dokonał skutecznego dostarczenia wezwania do złożenia wykazu osób mających realizować zamówienie, co potwierdza zwrotny komunikat wysłany przez serwer. Pomimo tych nieprawidłowości w toku postępowania, zamawiający dokonał wykluczenia odwołującego uznając jego ofertę za odrzuconą, a w konsekwencji unieważnił postępowanie, o czym poinformował odwołującego w dniu 31 sierpnia 2016 r.

Niezależnie od przesłania wezwania w formie elektronicznej, zamawiający w dniu 4 sierpnia 2016 r. wystosował do odwołującego wezwanie z dnia 3 sierpnia 2016 r. do złożenia wykazu osób mających brać udział w realizacji zamówienia również w formie pisemnej. Przedmiotowe wezwanie sporządzone w formie pisemnej również nie zostało dostarczone odwołującemu, a w konsekwencji nie mógł się on zapoznać z jego treścią.

Wykonawca wskazał, że zgodnie z art. 61 § 1 K.c. oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, w której mogła się zapoznać z jego treścią. Zamawiający wystosowując pismo do odwołującego winien w pierwszej kolejności właściwie zaadresować przesyłkę, a następnie wysłać ją za potwierdzeniem nadania wraz z potwierdzeniem odbioru odbiorcy przesyłki. Nie powinno budzić wątpliwości, że pocztowy dowód doręczenia adresatowi przesyłki jest urzędowym dokumentem potwierdzającym fakt i datę doręczenia (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 kwietnia 1998 r., III CZ 51/98, OSNC 1998, nr 11, poz. 189). Wątpliwości natomiast dotyczą tego, czy - w braku dowodu doręczenia - wystarczającym dowodem uznania, że adresat przesyłki mógł zapoznać się z

jej treścią, jest dowód nadania przesyłki listem poleconym oraz związanej z tym kwestii ciężaru dowodu.

Na podstawie załączników do protokołu udostępnionych przez zamawiającego, dopiero w dniu 6 września 2016 r., a w szczególności z dowodu nadania przesyłki, odwołujący ustalił, że nastąpił zwrot pisma przez publicznego operatora pocztowego z uwagi na brak podania w oznaczeniu adresata przesyłki nazwy spółki - firmy. Powyższe skutkowało niemożnością doręczenia przesyłki, z uwagi na brak możliwości identyfikacji (odnalezienia) adresata. Do odwołującego nie dotarła żadna informacja od operatora pocztowego o podjętej próbie doręczenia przesyłki lub próbie identyfikacji adresata. Odwołujący wyjaśniał, że na kopercie znajduje się następująca adnotacja „Zwrot - brak nazwy firmy”.

W treści oferty wskazano, iż adresem wykonawcy pozostaje ul. Skórzewska 35, Budynek „K”, 62-081 Wysogotowo. Zdaniem odwołującego, prawidłowość oznaczenia adresata powinna obejmować podanie nazwy wykonawcy, tj. Lafrentz Polska Sp. z o.o., a dopiero następnie osoby do kontaktu i adresu do doręczeń wskazanego w ofercie, bowiem oferentem w niniejszym postępowaniu była spółka, a nie osoba fizyczna wyznaczona do kontaktów z zamawiającym. Za istotne uznał także, że zamawiający w treści nagłówków pism prawidłowo oznaczał wykonawcę i jego adres do doręczeń, tj. właśnie poprzez wskazanie nazwy spółki i następnie osoby właściwej do kontaktów.

Dodatkowo odwołujący podnosił, że z analizy udostępnionych dokumentów wynika, że zamawiający już w dniu 16 sierpnia 2016 r. (a więc niemal dwa tygodnie przed unieważnieniem postępowania) otrzymał informację od publicznego operatora pocztowego o zwrocie przesyłki poleconej i nieskutecznym doręczeniu jej odwołującemu. Pomimo posiadania wiedzy o niedoręczeniu przesyłki pocztowej odwołującemu, zamawiający dnia 31 sierpnia 2016 r. podjął decyzję o unieważnieniu postępowania.

Dowody: koperta z adnotacją Poczty Polskiej; wydruk i systemu elektronicznego Poczty Polskiej; „Elektroniczny Nadawca wersja 7.2.1”

Pomimo, iż bezspornym jest, że wezwanie nie zostało przez odwołującego otrzymane (zwrot pisma z uwagi na „brak nazwy firmy”), odwołujący zaznaczał, że w doktrynie przyjmuje się, że potwierdzenie nadania listu poleconego oznacza tylko tyle, że przesyłka została złożona w urzędzie pocztowym i nie stwarza domniemania doręczenia. Sąd Najwyższy uznał również, że przedłożenie potwierdzenia nadania przesyłki poleconej nie zawsze wystarcza do udowodnienia doręczenia tej przesyłki adresatowi. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2002 r., V CKN 1796/00 (OSNC 2004, nr 2, poz. 23

Powyższe znajduje także potwierdzenie w art. 3 pkt 19 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz.U.2016.1113), przesyłką poleconą jest przesyłka rejestrowana będąca przesyłką listową, doręczana w sposób zabezpieczający ją przed utratą, ubytkiem

zawartości lub uszkodzeniem, a przesyłką rejestrowaną jest przesyłka przyjęta za pokwitowaniem i doręczana za pokwitowaniem odbioru.

Zakładając więc, że potwierdzenie nadania ma moc dokumentu urzędowego, odwołujący stwierdził należy, że dokument urzędowy, stosownie do art. 244 § 1 k.p.c. stanowi jedynie dowód tego, co w nim urzędowo zaświadczone, a zaświadczenie takie dotyczy przyjęcia przesyłki do nadania, a nie jej doręczenia. Samo sporządzenie zaś pisma zawierającego oświadczenie woli nie może być uznane za złożenie oświadczenia woli w rozumieniu art. 61 K.c., chociażby nawet istniała możliwość faktycznego zapoznania się z treścią oświadczenia przez adresata, o ile nie nastąpiło przekazanie tego pisma z zamiarem wywołania skutków prawnych (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 1982 r., II CR 380/82, OSNC 1983, nr 8, poz. 117; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 sierpnia 1984 r., IPRN 111/84, OSNC 1985, nr 4, poz. 57). W razie niedojścia wysłanego oświadczenia woli do adresata nie można zatem mówić o skutecznym jego złożeniu (Uchwała Sądu Najwyższego (7) z dnia 20 lutego 1967 r., III CZP 88/66, OSNC 1967, nr 12, poz. 210). W takim wypadku adresat nie ma bowiem możliwości zapoznania się z jego treścią, a to oznacza, że oświadczenie nie zostało skutecznie złożone i nie wywarło skutków prawnych.

W nawiązaniu do powyższego odwołujący podtrzymał, że wobec braku możliwości faktycznego zapoznania się z treścią wystosowanego do niego wezwania, nie mógł podjąć skutecznych działań zmierzających do zadośćuczynieniu wezwaniu, a więc nie mógł zostać na tej podstawie wykluczony z postępowania, jak również postępowanie nie mogło zostać unieważnione. Również przy poczynieniu ewentualnego, hipotetycznego założenia, że przedmiotowe wezwanie do złożenia wykazu osób mających brać udział w realizacji zamówienia zostało nadane w sposób prawidłowy, a więc zostało prawidłowo zaadresowane, a operator pocztowy podjął próbę doręczenia, a następnie przesyłka była awizowana (co jednak nie znajduje oparcia w adnotacjach poczynionych przez operatora pocztowego na kopercie i w elektronicznym systemie nadawczym), odwołujący stwierdził, iż treść wezwania dotarłaby do niego już po upływie terminu wyznaczonego na jego uzupełnienie. Wezwanie do przedłożenia wykazu osób, tj. pismo datowane na dzień 3 sierpnia 2016 r. wysłane zostało 4 sierpnia 2016 r. Zatem po podwójnym awizowaniu, mogło zostać uznane za skutecznie dostarczone dopiero w dniu 22 sierpnia 2016 r. Ustalenie powyższych terminów zostało oparte na art. 88 ust. 3 Prawa pocztowego, zgodnie z którym doręczenie przesyłki listowej rejestrowanej najszybszej kategorii powinno nastąpić w terminie nie późniejszym niż w 4 dniu po dniu nadania (przyjęto jako dzień nadania dzień 4 sierpnia 2016 r.). Odwołujący po raz kolejny podtrzymał, iż przed upływem tego terminu nie miał możliwości zapoznania się z treścią wezwania w inny sposób, w szczególności za pośrednictwem poczty elektronicznej (wskutek nieprawidłowego doręczenia). Zaś,

uwzględniając fakt wyznaczenia w wyżej wskazanym piśmie terminu do przedłożenia wykazu osób na dzień 16 sierpnia 2016 r. na godz. 10:00 - uczynienie zadość wezwaniu zamawiającego nie było z oczywistych przyczyn możliwe.

Odwołujący podnosił, iż w związku z powyższym, wezwanie przekazane po upływie terminu wyznaczonego należy zakwalifikować w trybie art. 14 Pzp w zw. z art. 58 § 1 K.c., jako czynność niemożliwą do wykonania, a tym samym nieważną, tj. nie wywołującą skutku, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp w postaci skutecznego wezwania do uzupełnienia dokumentu.

Analogicznie, Sąd Najwyższy uznał w wyroku z dnia 5 października 2005 r. (I PK 37/05, OSNP 2006, nr 17-18, poz. 263), że dopiero dwukrotne awizowanie przesyłki poleconej (...) stwarza domniemanie faktyczne możliwości zapoznania się z jego treścią oświadczenia. Odwołujący po raz kolejny podkreślał, że z udostępnionego mu protokołu postępowania wraz z otrzymanymi dopiero w dniu 6 września 2016 r. załącznikami wynika, że zamawiający nie dokonał prawidłowego nadania przesyłki, a więc odwołujący w ogóle nie miał możliwości jej odebrania.

Odwołujący wskazał ponadto, że termin, który zamawiający może wyznaczyć dla uzupełniania dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, winien być terminem umożliwiającym wykonawcy realne uzupełnienie żądanych przez zamawiającego dokumentów i oświadczeń.

Odwołujący powołał się na przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i ustanowioną w nim zasadę jawności, jako jedną z podstawowych zasad obowiązujących w toku udzielania zamówień publicznych. Zasady jawności prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne oraz jawności umów w sprawie zamówień publicznych gwarantują przejrzystość prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Zasada jawności, którą kreują przepisy ustawy Pzp, wpisuje się ponadto w prawo obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, osób pełniących funkcje publiczne, jednostek samorządu terytorialnego i zawodowego, a także innych osób i jednostek w zakresie, w jakim gospodarują one mieniem komunalnym i majątkiem Skarbu Państwa (art. 61 ust. 1 Konstytucji RP). Przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz aktów wykonawczych do niej, wskazują na obowiązki zamawiającego służące realizacji zasady jawności. Do podstawowych regulacji z tego zakresu zaliczyć należy przepisy o ogłoszeniach, informowaniu wykonawców o czynnościach podejmowanych w ramach postępowania, takich jak: wykluczenie wykonawców, odrzucenie oferty, wybór oferty najkorzystniejszej, oraz udostępnianiu protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada jawności postępowania pełni służebną rolę w stosunku do zasad ujętych w treści art. 7 Pzp.,

czyni te zasady możliwymi do urzeczywistnienia oraz realnymi. Dzięki zasadzie jawności, zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców mogą być egzekwowane w toku postępowania (W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI). Przez zasadę jawności należy rozumieć dostęp wszystkich zainteresowanych podmiotów i osób do szeroko rozumianej dokumentacji postępowania w celu umożliwienia śledzenia przebiegu tej procedury i ewentualnej weryfikacji poprawności dokonanych czynności, w tym w szczególności w drodze środków ochrony prawnej. Zasada ta winna umożliwiać przede wszystkim identyfikację wymagań podmiotu zamawiającego, umożliwiać adekwatną przewidywalność działań poszczególnych uczestników procedury, dawać możliwość prześledzenia poszczególnych sekwencji czynności przedsięwziętych przez jej uczestników od momentu zainicjowania każdego z procesów, aż do jego identyfikowanego wyniku.

Zgodnie z ugruntowanymi poglądami prezentowanymi w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, odzwierciedlenie zasady jawności postępowania stanowią m.in. obowiązki informacyjne zamawiającego, w tym w toku postępowania przetargowego. Dotyczy to w szczególności wszelkich decyzji podejmowanych przez zamawiającego, które mają wpływ na przebieg postępowania przetargowego oraz sytuację wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przewidziane w przepisach ustawy Pzp obowiązki zamawiającego w zakresie przekazywania uczestnikom postępowania przetargowego uzasadnienia faktycznego i prawnego swoich decyzji mają umożliwić tym podmiotom ocenę prawidłowości działań zamawiającego i faktyczne (realne) skorzystanie ze środków ochrony prawnej. W szczególności istotne pozostaje poznanie motywów i podstaw prawnych decyzji zamawiającego, które eliminują wykonawcę z postępowania. Dotyczy to wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty.

Odwołujący własną argumentację wsparł tezami poniższych wyroków Krajowej Izby Odwoławczej.

„Wykonawca ma pełne prawo, aby posiadać pełną wiedzę jakimi przesłankami kierował się zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na zamawiającym. (wyrok KIO z dnia 25 maja 2015; KIO 946/15, KIO 947/15). Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez zamawiającego uchybień. Stanowczego podkreślenia wymaga, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach. (wyrok KIO

z dnia 20 lipca 2015 r. KIO 1429/15). *Przyczyny podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy, odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej mają bezpośrednio znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności tak, aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach podejmowanych czynności zamawiającego, może się do nich odnieść - decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej. (14 wyrok KIO z dnia 19 maja 2014 r.; KIO 866/14)*

Niedopuszczalnym jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny wykluczenia go z postępowania, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie. (wyrok z dnia 30 kwietnia 2013 r., KIO 918/13).

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest niezgodna z przepisami p.z.p. przez sam fakt nieprzedstawienia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się, wnosząc odwołanie. Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach” (wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2011 r., KIO 2503/11)

Zdaniem odwołującego w okolicznościach niniejszej sprawy, wnosząc odwołanie i konstruując zarzuty, nie ma pełnej możliwości oceny działań podjętych przez zamawiającego w zakresie wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

W treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 31 sierpnia 2016 r. zamawiający wskazał jedynie, że: *„Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy pzp, z uwagi na nieuzupełnienie dokumentów, oświadczeń potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy pzp.”*

W treści nie podano, które z warunków udziału w postępowaniu nie zostały potwierdzone przez odwołującego. Nie przedstawiono również opisu okoliczności faktycznych, które spowodowały wykluczenie wykonawcy z postępowania. Pozostaje to szczególnie istotne z uwagi na brak doręczenia wykonawcy wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń z dnia 3 sierpnia 2016 r.

Ponadto odwołujący uznał, że brak jest logicznego powiązania pomiędzy podaną przez zamawiającego podstawą prawną wykluczenia wykonawcy z postępowania - art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp - a nieuzupełnieniem przez odwołującego dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu. Twierdzenia te wydają odwołującemu sprzeczne. Nieprzedstawienie opisu okoliczności faktycznych, które spowodowały wykluczenie odwołującego z postępowania powoduje brak możliwości odkodowania intencji zamawiającego, wniosków z przeprowadzonego badania oferty odwołującego i oceny prawidłowości wykluczenia odwołującego z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 czerwca 2012 r. (KIO 1030/12) stwierdziła, że *„Jeśli podstawą unieważnienia postępowania jest art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p., to powód, dla którego zamawiający uznał, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (dlaczego wykluczył wykonawców lub odrzucił ich oferty), stanowi część stanu faktycznego sprawy i powinien znaleźć się w uzasadnieniu faktycznym.”* Zatem, stosownie do treści art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający pozostawał zobowiązany do przedstawienia odpowiedniego uzasadnienia i opisu okoliczności skutkujących wykluczeniem odwołującego co najmniej w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 31 sierpnia 2016 roku.

Dochowując staranności i dbałości o swoje interesy, odwołujący wystąpił do zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania. Wyłącznie na podstawie samodzielnie pozyskanych dokumentów, odwołujący ustalił własnym staraniem okoliczności faktyczne i przyjął hipotetyczne motywy zachowania zamawiającego. Te ustalenia nie zawsze w pełni pokrywają się z informacjami przekazywanymi przez zamawiającego w toku postępowania, z uwagi na wewnętrzne sprzeczności i rozbieżności w stanowisku zamawiającego.

W niniejszej sprawie, co potwierdza utrwalone stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, brak wymaganego przepisami prawa uzasadnienia faktycznego i prawnego

wykluczenia odwołującego uniemożliwia ocenę prawidłowości zachowania zamawiającego oraz podjęcie obrony interesów odwołującego. Odwołujący podnosił, że działania i zaniechania zamawiającego naruszają podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasadę jawności, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz utrudniają możliwość skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej. *„Funkcją środków ochrony prawnej unormowanych w ustawie jest przyznanie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia instrumentów ochrony prawnej, broniących ich przed niezgodnymi z prawem działaniami zamawiającego. Środki odwoławcze, przynajmniej w pewnej części, ograniczają dominującą pozycję zamawiającego w stosunku do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia są wprowadzani na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych równi w sensie formalnoprawnym, niemniej układ faktycznych relacji pomiędzy nimi dalece odbiega od równowagi, czyniąc z zamawiającego stronę silniejszą. Znaczenie środków ochrony prawnej nie ogranicza się jednak wyłącznie do ochrony praw wykonawców w trakcie postępowania. Mają one stanowić zasadniczy instrument kontroli prawidłowości działań zamawiającego, pozwalający skorygować błędy proceduralne jeszcze w trakcie postępowania, a nie dopiero po pewnym czasie po udzieleniu zamówienia, jak ma to miejsce w przypadku klasycznych form kontroli udzielania zamówień. Środki ochrony prawnej stanowią naturalną przeciwwagę dla zakresu swobody decyzyjnej przyznanego zamawiającym.”* (W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI)

Biorąc pod uwagę powyższe, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1, 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, w ocenie odwołującego pozostaje zasadny. Naruszenie przepisów ustawy dokonane przez zamawiającego wpłynęło na wynik i sposób zakończenia postępowania.

Odwołujący po raz kolejny podał, że pismem z dnia 31 sierpnia 2016 r. został powiadomiony, że postępowanie zostało unieważnione wskazując jako podstawę prawną unieważnienia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a jako podstawę faktyczną unieważnienia niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp unieważnienie postępowania jest czynnością, której może dokonać wyłącznie zamawiający i tylko w razie wystąpienia co najmniej jednej przesłanki wymienionej w ust. 1 pkt 1 omawianego przepisu. Katalog zobowiązujących do unieważnienia postępowania przesłanek jest przy tym zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco. Unieważnienie postępowania będzie miało miejsce w sytuacji, gdy nie została złożona żadna oferta, lub zostały co prawda złożone oferty, ale wszystkie podlegają odrzuceniu ze względu na wady oferty lub zostały złożone przez wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu i zostali z niego wykluczeni. Odwołujący

wskazał, że w przypadku unieważnienia postępowania zamawiający ma obowiązek poinformować o tym wykonawców, którzy w nim uczestniczą w chwili podjęcia przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

W niniejszej sprawie, odwołujący uznał za kluczowe zagadnienie, że wobec niezaistnienia okoliczności, które mogłyby prowadzić do skutecznego wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z cytowanego przepisu odwołujący za komentarzem: W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI - wyprowadził wniosek, że do zasady zamawiający ma obowiązek zwrócenia się o uzupełnienie przez wykonawców zarówno dokumentów, jak i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego - w każdym przypadku, gdy stwierdzi on brak któregośkolwiek z nich. Należy przyjąć, że sytuacja ta dotyczy zarówno dokumentów i oświadczeń niezłożonych przez wykonawcę, jak i złożonych nieprawidłowo. W przypadku dokumentów złożonych nieprawidłowo wykonawca nie złożył dokumentów, jakich żądał zamawiający, a więc np. wystawionych w odpowiedniej dacie.

Zdaniem odwołującego - doktrynie za bezsporne należy uznać, że wykluczenie wykonawcy z postępowania winno zawsze być poprzedzone podjęciem czynności wyjaśniających. Skoro, według ustawodawcy wykonawca nie podlega wykluczeniu w sytuacji gdy np. wykaże, iż podjął kroki mające zapobiegać naruszeniom oraz naprawił szkody, to czynność wykluczenia nie może być podjęta bez umożliwienia wykonawcy zajęcia stanowiska w tej sprawie.

Odwołujący przyznał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zażądał przedłożenia wykazu osób, które mają brać udział w realizacji zamówienia, ale następnie wykluczył odwołującego z postępowania, pomimo, iż otrzymał wiadomość, że pismo wysłane drogą elektroniczną nie zostało dostarczone do odwołującego, jak również pomimo faktu, iż

nie otrzymał on dowodu odebrania pisma przez odwołującego, które zostało wysłane w formie pisemnej. Zarzucał jednak, że zamawiający, wobec braku możliwości zapoznania się odwołującego z treścią wezwania jak i udzielenia na nie odpowiedzi, nie podjął odpowiednich czynności wyjaśniających, które powinny poprzedzać wykluczenie wykonawcy.

Odwołujący powołał się na stanowisko zamieszczone na stronach internetowych Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym: *„Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie (...). Z powyższego wynika, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 dotyczy wszystkich dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1.”* Ponadto, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza *„Obowiązek wynikający z art. 26 ust. 3 p.z.p. dotyczy zarówno dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków pozytywnych (wynikających z art. 22 ust. 1 p.z.p.), jak i negatywnych (wynikających z art. 24 ust. 1 p.z.p.).”* Wyrok KIO z dnia 11 września 2013 r. KIO 2072/13.

Powyższe przywiodło odwołującego do wniosków, że zamawiający w momencie powzięcia wątpliwości co do prawidłowości złożonej oferty, ma obowiązek wezwać odwołującego do złożenia określonych dokumentów (tu wykazu osób). Jednak, z uwagi na fakt, że obowiązek ten nie został przez zamawiającego wykonany w sposób prawidłowy, ponieważ doręczenie wezwania odwołującemu nie było skuteczne, a tym samym należy uznać, że zamawiający nie wezwał odwołującego do przedłożenia dokumentów.

Odwołujący uznał, że zamawiający powinien powtórzyć techniczną czynność doręczenia i dopiero po skutecznym doręczeniu wezwania, będzie można uznać, że zamawiający wykonał ciążący na nim obowiązek.

Ponadto odwołujący podnosił, iż w niniejszej sprawie nie zachodzą okoliczności przewidziane w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który został podany jako podstawa wykluczenia odwołującego z postępowania. Zgodnie z treścią tego przepisu, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31 a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Odwołujący oświadczył, że nie wykonywał żadnych czynności związanych z przygotowaniem przedmiotowego postępowania, a także nie posługiwał się przy sporządzaniu oferty osobami, które takie czynności podejmowały. Ponadto zwrócił uwagę, że z działań zamawiającego, w tym wezwania odwołującego do przedłożenia wykazu osób, nie wynika, aby powziął on wątpliwości co do udziału Spółki Lafrentz Polska Sp. z o.o. w przygotowywaniu niniejszego postępowania. W treści żadnego z pism kierowanych do odwołującego, zamawiający nie żądał wyjaśnień, uzupełnień dotyczących okoliczności przewidzianych w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp ani nie informował o wątpliwościach w tym zakresie. Dodatkowo, jak wskazał we wcześniejszej części odwołania, wobec braku prawidłowego uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania zawierającego w szczególności okoliczności prawne i faktyczne wykluczenia odwołującego z postępowania, uniemożliwia poznanie toku wnioskowania zamawiającego i jego decyzji mających istotny wpływ na wynik postępowania.

Podtrzymał, że unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp może nastąpić tylko i wyłącznie, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. Wobec braku zaistnienia przesłanek do unieważnienia postępowania, wniosek o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie ponownej oceny w tym zakresie, uznał za zasadny.

Odwołujący wielokrotnie zwracał się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami, także w dniu 17 sierpnia 2016 r. wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie protokołu z postępowania oraz wszelkiej korespondencji prowadzonej pomiędzy odwołującym a zamawiającym. W odpowiedzi na wniosek, Zamawiający pismem z dnia 26 sierpnia 2016 r. odmówił udostępnienia korespondencji prowadzonej pomiędzy stronami postępowania przetargowego z uwagi na brak podstaw prawnych do uwzględnienia wniosku odwołującego w tym zakresie. Pismem z dnia 1 września 2016 r. (po otrzymaniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania), odwołujący ponownie zgłosił wniosek o udostępnienie kopii protokołu postępowania wraz z załącznikami, w szczególności korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a odwołującym (wraz z potwierdzeniami otrzymania przez adresata). W odpowiedzi na przedmiotowy wniosek, zamawiający w dniu 2 września 2016 r. przekazał odwołującemu protokół z postępowania wraz z załącznikami. Po dokonaniu analizy otrzymanych dokumentów, odwołujący stwierdził, że nie udostępniono mu dowodów nadania i doręczenia wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 3 sierpnia 2016 r. W treści kopii przedmiotowego wezwania podano, iż pismo zostało nadane przesyłką poleconą za potwierdzeniem odbioru. Ponadto w treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 31 sierpnia 2016 r. wskazano, że

wezwanie do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń z dnia 3 sierpnia 2016 r. zostało przesłane na adres odwołującego podany w ofercie. Przedmiotowe załączniki odwołujący otrzymał dopiero w dniu 6 września 2016 r., o czym była mowa powyżej.

Tym niemniej, odwołujący podnosił, że zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U.2016.1128 z dnia 2016.07.28), Zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Przekazanie protokołu lub załączników następuje przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a wedle § 4 ust. 5 powyższego rozporządzenia, zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie, czego zamawiający nie uczynił. Ponadto, według odwołującego - zamawiający w odpowiednim czasie nie przekazał odwołującemu wszystkich załączników do protokołu postępowania - brak było bowiem potwierdzenia nadania wezwania do złożenia wykazu osób mających realizować zamówienie, a także potwierdzenia odebrania pisma przez odwołującego, co w niniejszej sprawie ma znaczenie kluczowe. Zamawiający unieważniając postępowanie powinien wykazać, że odwołujący pomimo odebrania wezwania, nie udzielił na nie odpowiedzi, czego zamawiający nie uczynił na żadnym etapie postępowania. Bezspornie, wprowadzenie formy pisemnej oznacza, że zamawiający powinien dysponować dowodem nadania pisma lub pokwitowaniem odbioru pisma przez wykonawcę (wyrok Z.A. UZP z 9 maja 2006 r., UZP/ZO/0-1276/06, LexisNexis nr 154896220), co mogłoby ewentualnie stanowić podstawę do uznania, że odwołujący zaniechał odpowiedzi na wystosowane wezwanie. Odwołujący zaznaczał równocześnie, że zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania określonych ustaleń w sposób dowolny. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej sporządzenia rzetelnej dokumentacji odzwierciedlającej czynności i decyzje zamawiającego wymagają wynikające z ustawy Pzp zasady jawności i pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Również do realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców niezbędne jest zachowanie transparentności działań zamawiającego, do czego z kolei niezbędne jest rzetelne dokumentowanie jego czynności, w przeciwnym razie stają się one nieweryfikowalne. Nadto Izba ustaliła, że „Zamawiający miał również wynikający z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek udostępnienia wykonawcy dokumentacji z postępowania. Udostępnienie to - zgodnie z § 5 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - winno nastąpić niezwłocznie, a jedynie w wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, może to nastąpić w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie później jednak niż w dniu przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty albo o unieważnieniu postępowania (wyrok KIO 990/11 z dnia

24.05.2011). Wskazane okoliczności i argumenty natury prawnej potwierdzają według odwołującego - słuszność zgłaszanych zarzutów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz do protokołu rozprawy podtrzymał stanowisko z powiadomienia o wyniku przetargu i wnosił o oddalenie odwołania. Podnosił, że, nawet w dowodzie wnioskowanym przez odwołującego - oświadczeniu J.K. z 07.09.21016 r. jest zwrot „użytkownik nie odczytał wiadomości na urządzeniu końcowym”. Powołał się na swój dowód złożony w sprawie, że w oznaczonym czasie „wysłał dwie wiadomości, jedna z nich poszła na wskazany serwer.” „Adres został przez serwer zdalny sprawdzony i zaakceptowany”. Oświadcza, że jest to równoznaczne z tym, że serwer odbiorcy przyjął wiadomość. Drugi dowód na tę okoliczność stanowi informacja zawarta w aktach postępowania przetargowego, że wiadomość została dostarczona do adresata. Adresat jest wymieniony, a adres e-mail jest prawidłowy.

Zamawiający uznawał, że z kontekstu całej sprawy wynikało, że w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nastąpiła pomyłka w zakresie przytoczenia podstawy prawnej. Podnosił, że najistotniejszą kwestią w tym postępowaniu przetargowym - było dysponowanie przez wykonawcę odpowiednią kadrami, na tym osadzało całe zamówienie. Bezsporne stanowiło, że w ofercie brak było załącznika Wykazu osób. Nie przeczył, że Wykaz osób stanowił wymóg podmiotowy i dlatego zastosował procedurę uzupełniania, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaznaczał, że dopuszczono 3 sposoby komunikowania: pocztą, faksem i e-mail. Zamawiający zastosował dwa sposoby doręczenia tj. e-mail i przesyłkę poleconą. Powoływał się na pkt 12 Formularza oferty gdzie wskazano, że wszelką korespondencję należy kierować na adres z podaniem poczty e-email i adresu pocztowego A.J.. Mimo tego, że w samej treści pisma wskazał adres pocztowy firmy, to uznawał, że na kopercie mógł wyłącznie adresować przesyłkę na osobę fizyczną wskazaną do kontaktów. Skoro od operatora otrzymał poświadczenie, że wiadomość została dostarczona - to uznawał, że nie musi mieć potwierdzenia wprost od adresata - tej okoliczności. Zdaniem zamawiającego brak otrzymania potwierdzenia otrzymania wezwania do uzupełnienia, nie może decydować o braku skuteczności jego przesłania. Zatem przyjął skuteczność doręczenia wezwania w rozumieniu art. 61 § 2 K.c. Na poparcie swojego stanowiska, że po stronie wykonawcy leży staranie, aby przesyłka do niego dotarła i została przez niego rozpoznana powołuje wyroki o sygn. akt. KIO 2323/13, KIO 1741/13, KIO 1983/13 oraz KIO 110/14 i 2013/13.

Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu wykonawcy pomyłkowo powołując się na art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Natomiast stan faktyczny sprawy wskazuje, że wykluczenie było wynikiem niespełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, czemu odpowiada dyspozycja art. 24 ust. 2 pkt 4 tej ustawy. Zamawiający przyznał, że oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej zgodnie z art. 61 § 2 K.c. jest złożone z

chwila wprowadzenia do środka komunikacji elektronicznej, gdy stanie się w dostępne w kontrolowanym przez odbiorcę środka komunikacji elektronicznej. Zgodnie z teorią doręczenia leżąca u podstaw art. 61 § 2 K.c. ryzyko niedojścia oświadczenia woli do adresata spoczywa na składającym oświadczenie. Ewentualna niesprawność sieci, wadliwość urządzeń obciąża nadawcę, natomiast niesprawność urządzeń docelowych spoczywa na odbiorcy. Komunikat, że wiadomość została dostarczona różni się zasadniczo od komunikatu, że nie odesłano potwierdzenia dostarczenia wiadomości. Odesłanie potwierdzenia nie zawsze musi być generowane automatycznie, a potwierdzenie jest dokonywane przez adresata wiadomości zależnie od jego woli. Zamawiający uznawał, że dopełnił aktów staranności poprzez wysłanie w ślad za korespondencją elektroniczną - wezwania do uzupełnienia dokumentów tradycyjną przesyłką listową - adresowaną do osoby wskazanej do kontaktów, podanej w ofercie. Przyznał, że przesyłka została zwrócona z uwagi na brak nazwy firmy. Zaznaczał, że oferta nie była możliwa do rozpatrzenia, skoro wykonawca nie spełnił warunku udziału w postaci przedstawienia Wykazu osób przeznaczonych do realizacji zamówienia, i wykonawca powinien się spodziewać wezwania do uzupełnienia - w tym zakresie. Konsekwencją zaistniałej sytuacji było wykluczenie odwołującego i uznanie oferty za odrzuconą. Nie można mówić o naruszeniu konkurencji w przypadku, gdy w przetargu uczestniczy jeden wykonawca. Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania - czego następstwem będzie zaakceptowanie przeprowadzonych czynności.

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania, z załącznikami, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, korespondencji stron.

Izba dopuściła dowody załączone do odwołania:

- a) Ofertę odwołującego;
- b) Pismo zamawiającego z dnia 18.07.2016 r. (GDDKiA.O.BY.D-3.2413.17.3.2016.29)
- c) Pismo zamawiającego z dnia 03.08.2016 r. (GDDKiA.O.BY.D-3.2413.17.4.gk.2016.29)
- d) Wiadomość e-mail w sprawie pisma zamawiającego z dnia 03.08.2016 r. (GDDKiA.O.BY.D- 3.2413.17.4.gk.2016.29);
- e) Wiadomość e-mail w sprawie braku powiadomienia o dostarczeniu z dnia 03.08.2016 r.
- f) Pismo odwołującego z dnia 17.08.2016 r. (LFP/Z/4100/65/2016)
- g) Pismo zamawiającego z dnia 26.08.2016 r. ((GDDKiA.O.BY.D-3.2413.17.5.gk.2016.29)
- h) Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 31.08.2016 r. (GDDKiA.O.BY.D-3.2413.17.6.1. gk.2016.29)
- i) Wiadomość e-mail w sprawie przekazania zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 31.08.2016 r. (GDDKiA. O.BY.D-3.2413.17.6.1 .gk.2016.29)
- j) Pismo odwołującego z dnia 01.09.2016 r. (LFP/Z/4100/72/2016)

- k) Wiadomość e-mail w sprawie przekazania pisma odwołującego z dnia 01.09.2016 r. (LFP/Z/4100/72/2016)
- l) Pismo zamawiającego z dnia 02.09.2016 r. (GDDKiA.O.BY.D-3.2413.17.6.gk.2016.29)
- m) Protokół z postępowania;
- n) Wydruk z systemu elektronicznego Poczty Polskiej „Elektroniczny Nadawca wersja 7.2.1 ” wraz z kopią koperty.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody, przedstawione przez strony na rozprawie:

- 1) przez odwołującego oświadczenie J.K. świadczącego usługi obsługi zasobów informatycznych firmy, że sporna poczta nie została wyświetlona lub przekazana do odczytu na urządzeniu końcowym użytkownika;
- 2) przez zamawiającego, z oświadczenia M.M. z obsługi informatycznej, że [wiadomość] poszła na wskazany serwer. Data się zgadza. Adres został przez serwer zdalny sprawdzony i zaakceptowany.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z dowodów przedłożonych przez odwołującego oraz akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynika następujący, stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest „Wsparcie merytoryczne Kierowników Projektu S5 oraz komórek organizacyjnych GDDKiA Oddział w Bydgoszczy przy obsłudze realizowanych inwestycji przewidzianych do współfinansowania ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (POIiŚ) 2014- 2020 z podziałem na 2 części.”

Część 1: Wsparcie merytoryczne Kierowników Projektu S5 Odcinka 1,2,3,4 oraz komórek organizacyjnych GDDKiA Oddział w Bydgoszczy przy obsłudze realizowanych inwestycji przewidzianych do współfinansowania ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (POIiŚ) 2014- 2020

Część 2: Wsparcie merytoryczne Kierowników Projektu S5 Odcinka 5,6,7 oraz komórek organizacyjnych GDDKiA Oddział w Bydgoszczy przy obsłudze realizowanych inwestycji przewidzianych do współfinansowania ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (POIiŚ) 2014- 2020

W Rozdziale 7 specyfikacji Istotnych warunków zamówienia (SIWZ -IDW), punkt 7.2b) zamawiający opisał potencjał kadrowy, jakim winien legitymować się wykonawca na wyznaczony upływ terminu złożenia oferty, w odniesieniu do każdej z dwóch części

zamówienia oddzielnie. Zamawiający wyznaczył ilość osób do wsparcia poszczególnych zespołów lub jednostek organizacyjnych zamawiającego - 13-tu jednostek w części pierwszej i - 10 jednostek w części 2-giej. Podał wymagane wykształcenie, kwalifikacje, doświadczenie, umiejętności faktyczne np. posiadanie prawa jazdy kategorii B; wykluczył, aby ta sama osoba została wskazana do pełnienia funkcji w dwóch częściach zamówienia.

Punkt 8.1. SIWZ. Na potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, których opis sposobu dokonania oceny spełnienia został zamieszczony w pkt 7.2 IDW, należy pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp - wraz z ofertą złożyć następujące dokumenty:

Punkt 8.1.3. Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresem wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami - w celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunku, którego opis został zamieszczony w pkt 7.2.3 lit. b) IDW.

Punkt 18.1. SIWZ-IDW. Wszelkie oświadczenia, pytania, wnioski zawiadomienia, oraz inne informacje Zamawiający oraz Wykonawcy będą przekazywać pisemnie lub faxem (nr faxu zamawiającego ...) lub drogą elektroniczną (adres ...) z uwzględnieniem pkt 18.2. Zamawiający wymaga niezwłocznego potwierdzenia przez wykonawcę pisemnie faxem lub drogą elektroniczną (zgodnie z wyborem Zamawiającego) faktu otrzymania każdej informacji przekazanej w innej formie niż pisemna, a na żądanie Wykonawcy potwierdzi fakt otrzymania od niego informacji.

Punkt 8.2. Forma pisemna zastrzeżona jest dla złożenia oferty wraz z załącznikami, w tym oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (...).

W formularzu oferty wykonawca zobowiązany był podać nazwę firmy, dokładny adres Wykonawcy.

Punkt 12 formularza oferty zawiera dyspozycję, że wszelką korespondencję w sprawie przedmiotowego postępowania należy kierować na adres:

Imię i nazwisko osoby do kontaktu:.....

Adres.....

Tel.....fax,...e-mail.....

Formularze 3.3.a i 3.3.b obejmują wykazy osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia - część 1 i 2.

We wzorze umowy w § 4 zamawiający postanowił, że Wykonawca zobowiązuje się skierować do realizacji usługi osoby wskazane w Formularzu - Potencjał kadrowy. Zmiana którejkolwiek z osób wymaga pisemnego zaakceptowania przez Zamawiającego. W ust. 4 Zamawiający wyznaczył minima płacowe dla osób wskazanych przez Wykonawcę, oraz zastrzegł możliwość kontroli w tym zakresie oraz w innych aspektach w odniesieniu do osób świadczących usługę.

Wymagania w odniesieniu do personelu wykonawcy zamawiający potwierdził w wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 28.06.2016 r.

Ogłoszenie ukazało się 3 czerwca 2016 r. pod nr 2016/S 106-189505). Zmiana ogłoszenia, w tym dotycząca potencjału kadrowego miała miejsce 28 czerwca 2016 r. pod numerem 2016/S 122-219209.

Termin składania ofert został przedłużony do dnia 18 lipca 2016 r.

Ofertę złożyła jedynie firma: Lafrentz Polska Sp. z o.o. ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań; która w pieczęci nagłówkowej podała numer telefonu i faxu

W pkt 12 Formularza oferty podała: Wszelką korespondencję w sprawie przedmiotowego postępowania należy kierować na poniższy adres:

Osoba do kontaktu A.J. adres ul. Skórzewska 35 Budynek „K”, 62-081 Wysogotowo. Tel. (61) 867-40-50 fax (61) 867-4079, e-mail: office@lafrentz.pl

Odwołujący w dokumentach oferty nie załączył dla części 1 i 2 zamówienia Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający w dniu 3 sierpnia 2016 r. wezwał odwołującego do złożenia następujących oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia dla części 1 i 2.

W Państwa ofercie brak jest powyższych wykazów. (...)

Zamawiający zaznaczał, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty składane w wyniku uzupełnienia powinny potwierdzać spełnienie warunków udziału w nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 18.07.2016 r.

Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie braku do 16 sierpnia 2016 r. do godziny 10:00.

Wiadomość została przesłana na adres e-mail: office@lafrentz.pl w dniu 3 sierpnia 2016 r. o godzinie 15:53. W treści wezwania zawarte jest żądanie potwierdzenia jego otrzymania. Operator Microsoft Outlook potwierdził, że wiadomość została przekazana do adresata

office@lafrentz.pl, ale miejsce docelowe nie odesłało powiadomienia o dostarczeniu wiadomości.

Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2016 r. wysłał przedmiotowe wezwanie przesyłką pocztową poleconą, adresowaną: Lafrentz Polska Sp. z o.o. Adres do korespondencji Pani A.J. adres ul. Skórzewska 35 Budynek „K”, 62-081 Wysogotowo. Koperta została zaadresowana - Pani A.J., ul. Skórzewska 35 Budynek „K”, 62-081 Wysogotowo

Poczta Polska w systemie Elektroniczny Nadawca potwierdziła, że ww. przesyłka nie została doręczona, dnia 10.08.2016 r. - decyzja o zwrocie.

Powyższe potwierdza zwrot przesyłki znajdujący się w aktach postępowania przetargowego i adnotacja na kopercie „Zwrot Brak nazwy firmy.”

W dniu 31 sierpnia 2016 r. zamawiający pismem adresowanym: Lafrentz Polska Sp. z o.o. Adres do korespondencji Pani A.J. adres ul. Skórzewska 35 Budynek „K”, 62-081 Wysogotowo, e-mail: office@lafrentz.pl powiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania: *„Działając w trybie art. 93 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp, Zamawiający zawiadamia, że ww. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego zostało unieważnione.*

Uzasadnienie prawne: art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Uzasadnienie fatyczne: nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W ramach ww. postępowania złożona została jedna oferta. W dniu 03.08.2016 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wyznaczając termin na uzupełnienia na dzień 16.08.2016 r. godz.10:00. Powyższą informację przekazano na adres do korespondencji wskazany przez Wykonawcę w Ofercie. Wykonawca pozostawił wezwanie bez odpowiedzi, nie uzupełniając oferty we wskazanym przez Zamawiającego zakresie, tym samym nie wykazując spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Mając powyższe na uwadze Zamawiający wykluczył Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. W związku z niezłożeniem oferty niepodlegającej odrzuceniu Zamawiający unieważnia postępowanie.”

Przedmiotowe pismo zamawiający wysłał na wskazany adres poczty elektronicznej odwołującego oraz drogą pocztową. Powiadomienie przesłanie do adresata drogą elektroniczną na adres email zostało potwierdzone przez adresata jako odebrane, co zamawiający przyznał. Natomiast ta sama przesyłka wysłana listem poleconym, gdzie na

kopercie tak samo został wskazany adresat Pani A.J. adres ul. Skórzewska 35, Budynek „K”, 62-081 Wysogotowo została zwrócona przez pocztę z adnotacją „Zwrot Brak nazwy firmy” - w dniu 08.09.2016 r.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powoływał się na interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów tej ustawy, gdyż złożona przez niego oferta jest jedyną w przedmiotowym postępowaniu, co oznacza, że unieważnienie postępowania w sposób bezpośredni pozbawiło odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania należało uwzględnić regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych i przepisów Kodeksu cywilnego, które poprzez odesłanie z art. 14 ustawy Pzp znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie.

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 3 czerwca 2016 r. i mają do niego zastosowanie przepisy dotychczasowe, obowiązujące do daty wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Przepis art. 27 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski zawiadomienia, oraz inne informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie faksem lub drogą elektroniczną. Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, pytania, wnioski zawiadomienia, oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Powyższa regulacja znalazła odzwierciedlenie w postanowieniach pkt 18.2. SIWZ-IDW.

Z kolei przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez

zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że odwołujący w dokumentach oferty nie załączył dla części 1 i 2 zamówienia Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Z tego względu wezwanie do uzupełnienia tychże dokumentów z dnia 3 sierpnia 2016 r. było zasadne.

Wezwanie zostało przesłane na wskazany adres e-mail: office@lafrentz.pl w dniu 3 sierpnia 2016 r. o godzinie 15:53. W treści zawarto komunikat: „Zgodnie z art. 27 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, prosimy o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania niniejszego pisma na fax nr 52 323-45- 74 lub drogą elektroniczną za pomocą poczty mailowej (adres: zamówienia byd(a).gddkia.gov.Pl)”. Bezsparnie zamawiający nie otrzymał potwierdzenia otrzymania wiadomości.

Operator Microsoft Outlook poświadczył, że wiadomość została przekazana do adresata office@lafrentz.pl, ale miejsce docelowe nie odesłało powiadomienia o dostarczeniu wiadomości.

Zamawiający, zgodnie z przyjętą procedurą, w dniu 4 sierpnia 2016 r. wysłał przedmiotowe wezwanie przesyłką pocztową poleconą, adresowaną: Lafrentz Polska Sp. z o.o. Adres do korespondencji Pani A.J., adres ul. Skórzewska 35 Budynek „K”, 62-081 Wysogotowo. Koperta została zaadresowana Pani A.J., ul. Skórzewska 35 Budynek „K”, 62-081 Wysogotowo - bez wskazania nazwy firmy. Poczta Polska w systemie Elektroniczny Nadawca poświadczyła, że ww. przesyłka nie została doręczona, dnia 10.08.2016 r. - zapadła decyzja o jej zwrocie. Powyższe potwierdza zwrot przesyłki znajdujący się w aktach postępowania przetargowego i adnotacja na kopercie - „*Zwrot Brak nazwy firmy.*”

Tak samo zamawiający postąpił przy doręczeniu powiadomienia o unieważnieniu postępowania, które stało się przyczyną wniesienia odwołania. Operator pocztowy zwrócił przesyłkę w dniu 8 września 2016 r. z analogiczną adnotacją na kopercie - „*Zwrot Brak nazwy firmy.*” Wiadomość przekazana na adres e-mail tym razem dotarła do adresata i została potwierdzona.

Na gruncie przedstawionego stanu faktycznego pozostało ustalenie, czy zaistniały sposób doręczenia wezwania był prawidłowy, i czy wywołał skutki prawne - wezwania do usunięcia braków oferty odwołującego zgodnie z przywołanym wyżej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba ocenia, że warunki udziału w postępowaniu z uwagi na wymagany Potencjał kadrowy były trudne do spełnienia, o czym świadczy fakt złożenia tylko jednej oferty, podczas gdy w zamówieniach tego typu - na usługi niematerialne, np. inżyniera kontraktu,

czy usługi projektowe - zwykle składana jest duża ilość ofert i występuje szczególnie nasilona konkurencja. Nieodebranie wiadomości e-mail mogło być skutkiem zaniechania odwołującego, który nie zdołał przygotować na czas, tak obszernych i skomplikowanych dokumentów jakie w tym postępowaniu stanowią - Wykazy osób, które zamierzał przeznaczyć do realizacji zamówienia - wymagające uprzednich wszechstronnych uzgodnień z potencjalnymi wykonawcami czynności, będących przedmiotem zamówienia. Tym bardziej, że ostateczne warunki zostały podane w zmianie ogłoszenia w dniu 28 czerwca 2016 r., a termin składania ofert przypadał na dzień 18 lipca 2016 r. Jednakże brak jest wystarczających dowodów na taki przebieg zdarzeń - i zamawiający tego nie dowodził.

Faktem jest brak dowodu doręczenia wezwania zarówno na wskazany w ofercie odwołującego adres e-mail, jak i drogą pocztową, gdyż list polecony został zwrócony przez operatora pocztowego do nadawcy, tj. do zamawiającego, a odbiorca nie potwierdził otrzymania wiadomości drogą elektroniczną.

Strony przedstawiły dodatkowe dowody:

- a) przez odwołującego oświadczenie J.K. świadczącego usługi obsługi zasobów informatycznych firmy, że sporna poczta nie została wyświetlona lub przekazana do odczytu na urządzeniu końcowym użytkownika;
- b) przez zamawiającego, oświadczenie M.M. z obsługi informatycznej, że [wiadomość] poszła na wskazany serwer. Data się zgadza Adres został przez serwer zdalny sprawdzony i zaakceptowany

- które jednak nie rozwiewały wątpliwości związanych z doręczeniem wezwania uzupełnienia wykazu osób na adres elektroniczny, gdyż wskazywały na tezy przeciwstawne.

Należało odpowiedzieć na pytanie, czy wysłanie wezwania pod wskazany w ofercie adres odwołującego - poczty elektronicznej i miejsca siedziby - w danym przypadku - wywołało skutek doręczenia wezwania i dalsze następstwa spowodowane oceną zamawiającego, że wykonawca Lafrentz Polska Sp. z o.o. nie zastosował się do dyspozycji wezwania, co spowodowało skutek wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą. Czego dalszym następstwem było unieważnienie przedmiotowego postępowania.

Zdaniem Izby działania zamawiającego związane z przekazaniem wezwania do uzupełnienia dokumentów nie były całkowicie prawidłowe, co rzutowało na wadliwość czynności podjętych w dacie 31 sierpnia 2016 r., i co najmniej przedwczesne wykluczenie odwołującego, uznanie oferty za odrzuconą i unieważnienie postępowania.

Według postanowień SIWZ zamawiający wymagał niezwłocznego potwierdzenia przez wykonawcę pisemnie faksem lub drogą elektroniczną (zgodnie z wyborem

zamawiającego) faktu otrzymania każdej informacji przekazanej w innej formie niż pisemna, w samej treści wezwania dyspozycję tę powtórzył.

Przepis art. 61 § 2 K.c. stanowi, że 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. Na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które mają pierwszeństwo zastosowania w odniesieniu do czynności stron z mocy art. 14 Pzp, przed przepisami K.c., powyższe doznaje modyfikacji o tyle, że stosuje się z mocy art. 27 tej ustawy potwierdzenia faktu otrzymania wiadomości.

Zamawiający przyznał, że oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej zgodnie z art. 61 § 2 K.c. jest złożone z chwilą wprowadzenia do środka komunikacji elektronicznej, gdy stanie się w dostępne w kontrolowanym przez odbiorcę środka komunikacji elektronicznej. Zgodnie z teorią doręczenia leżącą u podstaw art. 61 § 2 K.c. ryzyko niedojścia oświadczenia woli do adresata spoczywa na składającym oświadczenie. Ewentualna niesprawność sieci, wadliwość urządzeń obciąża nadawcę, natomiast niesprawność urządzeń docelowych spoczywa na odbiorcy.

Mimo, że odesłanie potwierdzenia nie zawsze musi być generowane automatycznie, a potwierdzenie może być dokonywane przez adresata wiadomości zależnie od jego woli, to jednak nie da się wykluczyć, że spornej wiadomości nie dostarczono z powodów technicznych, i nie była dla odwołującego dostępna opcja jej odczytu. Ciężar dowodu przeciwnego - zgodnie art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, obciążał zamawiającego skoro to on z podanych faktów wywodził skutki prawne - zaistnienia podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Wprawdzie następstwa nieodpowiedniego działania urządzeń odbiorczych obarczają adresata przesyłki e-mail, jednakże zamawiający nie wykazał takiej okoliczności i niepojawienie się wiadomości w skrzynce odbiorczej adresata, tj. odwołującego - mogło wynikać z różnych przyczyn technicznych, nie leżących po jego stronie.

Żeby zapobiec takim sytuacjom - niedojścia wiadomości elektronicznej, stosowane jest powszechnie w procedurach przetargowych - potwierdzenie pisemne - wiadomości wysłanej w postaci elektronicznej, faksem lub e-mail. Tak też postąpił zamawiający wysyłając wezwanie w dniu 4 sierpnia 2016 r. przesyłką pocztową - poleconą. Zdaniem Izby, zamawiający działał przy tym niestarannie i rutynowo. Faktem jest, że zgodnie z punktem 12 Formularza oferty odwołujący podał osobę do kontaktów: A.J. adres ul. Skórzewska 35 Budynek „K”, 62-081 Wysogotowo. Należało jednak wskazać także na kopercie nazwę Firmy odwołującego: Lafrentz Polska Sp. z o.o., czego zamawiający nie uczynił. Trudno zatem

oczekiwać od doręczyciela pocztowego, że będzie on odszukiwał w budynku biurowym, w którym mogą pracować dziesiątki osób - oznaczonej z nazwiska i imienia osoby. Podanie nazwy Firmy - umożliwiłoby dotarcie doręczycielowi pod jej adres. Zresztą w adnotacji o zwrocie przesyłki podano taką przyczynę - „Zwrot Brak nazwy firmy.” W Regulaminie świadczenia powszechnych usług pocztowych - stawiany jest wymóg wobec nadawcy - oznaczenia nazwy firmy, do której adresowana jest przesyłka. Skutki niepełnego oznaczenia adresata przesyłki obciążają nadawcę. Gdyby przynajmniej omawiane wezwanie zostało doręczone przesyłką pocztową, Izba miałaby podstawy, aby przyjąć skuteczność wezwania.

Z powyższych względów Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że wezwania z dnia 3 sierpnia 2016 r. do uzupełnienia Wykazu osób nie doręczono mu zgodnie z art. 61 § 1 K.c., tj. tak, że mógł zapoznać się z jego treścią.

Przepis art. 61 § 1 K.c. stanowi, że oświadczenie woli jest złożone innej osobie z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.

Skoro odwołujący nie mógł zapoznać się treścią wezwania z dnia 3 sierpnia 2016 r., gdyż nie zostało mu doręczone ani w formie elektronicznej, ani w formie pisemnej, zatem nie mógł także wypełnić dyspozycji zamawiającego - uzupełnienia Wykazów osób, które będą wykonywać zamówienie - w wyznaczonym czasie do 16 sierpnia 2016 r.

Zamawiający w powiadomieniu z dnia 31 sierpnia 2016 r. podał, że wykonawca Lafrentz Polska Sp. z o.o. „pozostawił wezwanie bez odpowiedzi, nie uzupełniając oferty we wskazanym przez Zamawiającego zakresie, tym samym nie wykazując spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Mając powyższe na uwadze Zamawiający wykluczył Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. W związku z niezłożeniem oferty niepodlegającej odrzuceniu Zamawiający unieważnia postępowanie.”

Z powyższego uzasadnienia nie wynika, aby zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania wyjaśniał okoliczności i fakt braku doręczenia spornego wezwania. Udostępniony odwołującemu i Izbie protokół postępowania wraz z załącznikami dokumentów - takich ustaleń nie zawiera i zamawiający na rozprawie nie podnosił, że podjął jakiegokolwiek działania w celu wyjaśnienia sytuacji. W przekonaniu Izby, zamawiający bezpodstawnie uznawał, że dopełnił wszelkich aktów staranności poprzez wysłanie w ślad za korespondencją elektroniczną - wezwania do uzupełnienia dokumentów tradycyjną przesyłką listową - adresowaną do osoby wskazanej do kontaktów, podanej w ofercie - jednak bez oznaczenia na kopercie nazwy firmy.

Izba uznała za zasadną argumentację odwołującego, że zamawiający powinien powtórzyć techniczną czynność doręczenia i dopiero po skutecznym doręczeniu wezwania, będzie można uznać, że zamawiający wykonał ciążący na nim obowiązek.

Jakkolwiek Izba rozważyła stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, to za podstawę rozstrzygnięcia należało przyjąć treść przekazanego wykonawcy uzasadnienia unieważnienia postępowania, do tego bowiem uzasadnienia wykonawca Lafrenz Polska Sp. z o.o. odnosił zarzuty wniesionego odwołania, a Izba z kolei nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, gdyż taki zakaz wynika z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Materiał dowodowy sprawy dawał podstawy do stwierdzenia, że unieważnienie postępowania wskutek wykluczenia Lafrenz Polska Sp. z o.o. i uznania jedynej złożonej oferty za odrzuconą z przyczyn wskazanych w powiadomieniu z dnia 31 sierpnia 2016 r.- ze względu na wykluczenie odwołującego - w zaistniałych okolicznościach nie znajdowało normatywnego wsparcia w przywołanym jako podstawa tej czynności art. 24 ust. 2 pkt 1, ustawy Pzp i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nawet gdy podstawę prawną stanowił faktycznie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Zarzuty odwołującego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała za zasadne, w zakresie:

1) art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez brak skutecznego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, w tym w sposób umożliwiający ich faktyczne uzupełnienie;

2) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie przedmiotowego postępowania;

3) art. 27 ust. 1 Pzp w zw. z art. 27 ust. 2 Pzp w zw. z art. 61 K.c. poprzez bezskuteczne przekazanie i doręczenie odwołującemu wezwania do złożenia Wykazu osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia drogą elektroniczną, bez otrzymania potwierdzenia jego otrzymania i tym samym uniemożliwienie zapoznania się odwołującego z wezwaniem;

4) art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp poprzez wykluczenie z postępowania odwołującego i w konsekwencji uznanie oferty złożonej przez odwołującego za odrzuconą, pomimo niezastnienia okoliczności przewidzianych w tym przepisie, które skutkowały wykluczeniem odwołującego;

5) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp z powodu nie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu pomimo braku wypełnienia obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających te warunki.

6) art. 6 K.c. w zw. art. 61 K.c. w zw. Z art. 14 ustawy Pzp, poprzez niewykazanie prawidłowości doręczenia odwołującemu pisma z wezwaniem z dnia 3 sierpnia 2016 r. do złożenia Wykazu osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia

- przy czym naruszenia ww. przepisów miały istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 8 ust. 1 Pzp poprzez niepodanie uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, w tym nieprzedstawienie takiego uzasadnienia w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 31 sierpnia 2016 r., przy założeniu zamawiającego, że skutecznie doręczył odwołującemu wezwanie do uzupełnienia dokumentów, był nietrafny o tyle, że powiadomienie podaje: [Wykonawcą] „pozostawił wezwanie bez odpowiedzi, nie uzupełniając oferty we wskazanym przez Zamawiającego zakresie, tym samym nie wykazując spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Mając powyższe na uwadze Zamawiający wykluczył Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Należy stwierdzić, iż sam brak uzupełnienia wymaganego dokumentu podmiotowego, jakim jest Wykaz osób przeznaczonych do realizacji zamówienia - w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, na gruncie przepisów ustawy Pzp kwalifikowany jest jako podstawa do wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 4. Ustawa Pzp w aktualnym brzmieniu - nie przewiduje odrębnej podstawy wykluczenia z powodu nieuzupełnienia dokumentów, jak tylko uznanie, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału. Art. art. 24 ust. 2 pkt 1 został przywołany przez zamawiającego pomyłkowo, co jednak mogło dezorientować wykonawcę, gdyż nie miał on wiedzy o treści wezwania. Zamawiający nie podjął żadnych działań w celu sprostowania popełnionej omyłki i wyjaśnienia sytuacji.

Przeprowadzenie czynności w postępowaniu niezgodnie z odnośnymi przepisami ustawy Pzp, zawsze wiąże się z naruszeniem zasad tego postępowania wyrażonych w art. 7 ustawy, które mają gwarantować przestrzeganie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Izba nie nakazała wyboru oferty odwołującego, gdyż w zaistniałych warunkach faktycznych - nie nastąpiło żadne zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej - złożonej przez odwołującego. W trakcie ponownej oceny ofert, zamawiający będzie zobowiązany

powtórzyć procedurę wezwania oraz dokonać oceny oferty odwołującego stosownie do ustalonych okoliczności.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....