

Sygn. akt: KIO 2341/11

WYROK
z dnia 9 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2011 r. przez wykonawcę „Rombud” **Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o. o., 10-408 Olsztyn, ul. Lubelska 37C**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Olsztyn, 10-101 Olsztyn, pl. Jana Pawła II**,

przy udziale wykonawcy **Bartosza Zarębskiego** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **INS-BUD Bartosz Zarębski, ul. Sienkiewicza 4B, 13-100 Nidzica**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy „Rombud” Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o. o., 10-408 Olsztyn, ul. Lubelska 37C i odrzucenia jego oferty, ponownego wezwania „Rombud” Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o. o., 10-408 Olsztyn, ul. Lubelska 37C do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu,**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - **Gminę Olsztyn, 10-101 Olsztyn, pl. Jana Pawła II, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – **"Rombud" Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o. o., 10-408 Olsztyn, ul. Lubelska 37C**, tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od zamawiającego - **Gminy Olsztyn, 10-101 Olsztyn, pl. Jana Pawła II** na rzecz **odwołującego - "Rombud" Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o. o., 10-408 Olsztyn, ul. Lubelska 37C** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Olsztyn, 10-101 Olsztyn, pl. Jana Pawła II, (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę i przebudowę budynku głównego Schroniska dla Zwierząt przy ul. Turystycznej 2 w Olsztynie, składającego się z bryły A (budynek administracyjny) i Bryły B (psiarnia), wraz z zagospodarowaniem terenu wokół budynku.

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

W dniu 25 października 2011 r., zamawiający przekazał wykonawcom - w tym wykonawcy - „Rombud” Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o. o., 10-408 Olsztyn, ul. Lubelska 37C (dalej: „odwołujący” lub „Rombud”) – zawiadomienie o wyniku postępowania w którym wskazano, że za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy Bartosza Zarębskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INS-BUD Bartosz Zarębski, ul. Sienkiewicza 4B, 13-100 Nidzica (dalej: „INS-BUD” lub „przystępujący”). Pismem zamawiający poinformował, o wykluczeniu z postępowania Rombud w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, ponieważ wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wyjaśniał, że pismem z dnia 12 października 2011 r., przesłanym odwołującemu faksem, wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących pisemnego zobowiązania podmiotów, z których zasobów miał korzystać odwołujący, ponieważ złożone wraz z ofertą zobowiązanie nie zawierały informacji, komu podmioty zobowiązują się udostępnić swoje zasoby. Następnie zamawiający wyjaśniał, że Rombud nie złożył, wymaganych przez zamawiającego niniejszym wezwaniem, dokumentów we wskazanym terminie. Tym samym zamawiający, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp, uznał ofertę odwołującego, wykluczonego z postępowania, za odrzuconą.

W dniu 28 października 2011 r. Rombud wniósł odwołanie zarzucając naruszenie:

1. art. 27 ust. 2 Pzp, przez przyjęcie, iż wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu z dnia

12 października 2011 r. przesłane faksem, zostało skutecznie doręczone, chociaż nie dotarło ono do odwołującego;

2. naruszenie art. 46 ust. 4a Pzp, poprzez przyjęcie, iż zachodzą przesłanki do zatrzymania wadium odwołującemu w sytuacji, w której odwołującemu nie doręczono skutecznie wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Ponadto, Rombud w treści odwołania wskazywał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp z powodu jego niezastosowania wobec oferty złożonej przez INS-BUD, bowiem treść złożonej przez tego wykonawcę oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „specyfikacja” lub „siwz”);
2. art. 24 ust 4 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu;
3. art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie tego przepisu ustawy, w wyniku czego uznano ofertę INS-BUD uznano za najkorzystniejszą pomimo, iż w ocenie odwołującego, jej treść jest niezgodna z treścią siwz.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienia decyzji polegającej na wykluczeniu i odrzuceniu oferty odwołującego,
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

W treści uzasadnienia odwołujący podnosił, że w Rozdziale VII ust 4 siwz zamawiający wskazał, iż strona, która otrzymuje informacje faksem lub drogą elektroniczną zobowiązana jest, bez wezwania strony przekazującej informacje, do niezwłocznego potwierdzenia faktu ich otrzymania. Za datę powzięcia wiadomości uważa się dzień, w którym strony postępowania otrzymały informacje za pomocą faksu lub drogą elektroniczną. W ocenie odwołującego zapis ten uznać należy za wprowadzenie w przedmiotowym postępowaniu ogólnej zasady potwierdzania otrzymania informacji, którą przewiduje art. 27 ust. 2 Pzp. Potwierdza to fakt, iż do każdej informacji pochodzącej od zamawiającego, przesyłanej faksem dołącza on gotowy formularz potwierdzenia otrzymania korespondencji. Odwołujący wskazywał, że nie otrzymał ze strony zamawiającego w dniu 12 października 2011 r. wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący wskazywał, że pomimo prób uzyskania od operatora linii telefonicznej - Telekomunikacji Polskiej S.A. - wykazu połączeń przychodzących na numer faksu odwołującego, informacja taka nie została uzyskana. Wyjaśniał, że z informacji pochodzących od operatora, uzyskanych drogą telefoniczną, wynika iż wykaz taki może zostać udostępniony wyłącznie

na podstawie postanowienia sądu lub prokuratury. Odwołujący zwrócił się do operatora o potwierdzenia na piśmie wskazanego powyżej stanowiska, jednakże nie uzyskał go do dnia złożenia odwołania.

Niezależnie od przytoczonych powyżej okoliczności, mając na względzie przytoczone zapisy specyfikacji, w opinii odwołującego uznać należy, iż zamawiający nie dochował należytej staranności i nie ustalił w sposób przez siebie wymagany, czy wezwanie zawarte w piśmie z dnia 12 października 2011 r. zostało skutecznie doręczone odwołującemu. Podkreślał, że brak potwierdzenia otrzymania pisma powinien wzbudzić ostrożność zamawiającego również z tego powodu, iż nie jest to pierwsze postępowanie, w którym odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia przez zamawiającego i w każdym takim przypadku, po otrzymaniu faksu od zamawiającego, potwierdzał on fakt jego otrzymania. Jednocześnie odwołujący podnosił, że w tym samym czasie uczestniczył w innym przetargu prowadzonym przez Gminę Olsztyn i nie ma pewności że nie doszło do niezmierzonej pomyłki zamawiającego w tej sprawie. Zdaniem odwołującego w takich okolicznościach zamawiający winien podjąć skuteczne działania w celu ustalenia, czy przedmiotowe pismo zostało doręczone odwołującemu, czego zamawiający zaniechał. W ocenie odwołującego fakt, iż zamawiający dysponuje raportem transmisji faksu nie jest jednak wystarczający do uznania, iż wezwanie z dnia 12 października 2011 r. zostało doręczone odwołującemu w sposób umożliwiający mu zapoznanie się z jego treścią. Odwołujący odwoływał się do orzecznictwa, m. in do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2008 r., sygn. akt IV CSK 9/2008 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn. akt XIX Ga 202/2009. Ponadto odwołujący podnosił, że kiedy powziął wiadomość o nieudanej próbie doręczenia mu pisma zamawiającego z dnia 12.10.2011 r. zwrócił się na piśmie z prośbą o doręczenie wezwania, na co zamawiający nie zareagował.

W zakresie naruszenia art 46 ust. 4a Pzp odwołujący podnosił, że w przedmiotowej sprawie nie zostały spełnione przesłanki umożliwiające zamawiającemu zatrzymanie złożonego wadium, skoro odwołującemu nie doręczono skutecznie wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Zatem, w ocenie odwołującego, nie można mówić, iż nie złożył on w odpowiedzi żądanych przez zamawiającego dokumentów, a co za tym idzie – nieuzasadnie zamawiający zatrzymał wadium złożone przez odwołującego.

Ponadto w przedmiotowej sprawie, zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył szereg innych postanowień ustawy Pzp, które to naruszenia zostały wskazane zamawiającemu w piśmie odwołującego z dnia 27 października 2011 r., a dotyczy to w szczególności: naruszenie art 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. W tym zakresie odwołujący wskazywał, że zgodnie z zapisami Rozdziału V ust. 3 siwz zamawiający żądał, aby osoby kierujące robotami elektrycznymi dysponowały uprawnieniami bez ograniczeń, co potwierdził INS-BUD w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego, twierdząc że kierownik robót

elektrycznych Władysław G. posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń. Jednak z kopii uprawnień dołączonych do tych wyjaśnień wynika, iż „obywatel Władysław G. jest upoważniony do kierowania, nadzorowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów instalacji i sieci oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie instalacji elektrycznych, napowietrznych i kablowych linii energetycznych - o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych", a zatem w ograniczonym zakresie. Ponadto zamawiający nie wezwał ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów Kazimierza S., choć z Załącznika nr 3 do oferty wynika, że jest on technikiem budowlanym i w świetle obowiązujących przepisów, nie może posiadać uprawnień budowlanych bez ograniczeń. W opinii odwołującego zamawiający zaniechał również żądania od INS-BUD uzupełnienia trzeciej kolumny w Załączniku nr 3, gdzie powinien być „Opis posiadanych uprawnień oraz kwalifikacji zawodowych", a gdzie przy odpowiednich nazwiskach wykonawca wpisał tylko: „technik budowlany", „Inżynier" oraz „technik elektryk". W konsekwencji, w opinii odwołującego, treść oferty złożonej przez przystępującego nie odpowiada treści siwz, co winno skutkować odrzuceniem oferty, zaś wykonawca nie przedłożył na wezwanie zamawiającego żądanych przez niego dokumentów, co winno skutkować zastosowaniem wobec niego przepisów art 46 ust 4a Pzp.

W dniu 28 października 2011 r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

W dniu 31 października 2011 r. zamawiający przesłał kopię ww. odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 3 listopada 2011 r. w formie pisemnej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca INS-BUD. Izba ustaliła na posiedzeniu Izby, że strony otrzymały kopię ww. zgłoszenia.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W Rozdziale VII ust. 3 siwz zamawiający określił, że dopuszcza przekazywanie wniosków, zawiadomień oraz informacji, w tym także pytań i odpowiedzi faksem lub drogą elektroniczną. W ust. 4 zamawiający wskazał, iż strona, która otrzymuje informacje faksem lub drogą elektroniczną zobowiązana jest, bez wezwania strony przekazującej informacje, do

niezwłocznego potwierdzenia faktu ich otrzymania. Za datę powzięcia wiadomości uważa się dzień, w którym strony postępowania otrzymały informacje za pomocą faksu lub drogą elektroniczną.

Izba ustaliła, że w dokumentacji przedmiotowego postępowania znajduje się:

- pismo z dnia 12 października 2011 r. o nr ZP.271/115.4.2011a.120, w którym zamawiający wzywa odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, dotyczących pisemnego zobowiązania podmiotów, z których zasobów miał korzystać odwołujący, ponieważ zdaniem zamawiającego, złożone wraz z ofertą zobowiązania nie zawierały informacji, komu podmioty zobowiązują się udostępnić swoje zasoby. Z treści pisma wynika, że wymagane dokumenty wykonawca był zobowiązany przedłożyć w nieprzekraczalnym terminie do dnia 17 października 2011 r. Do pisma został załączony wzór formularza „potwierdzenia odbioru”.
- Raport z transmisji datowany na dzień 12 października 2011 r. godz. 14:55. W treści ww. raportu znajdują się następujące dane: „Nr wybrany – 89 532 02 76” „Start – 12 Paż. 14:54”, „Czas – 1’02”, „Tryb – Nad.”, „Stron – 02”, „Wynik – OK”.
- Pismo zamawiającego datowane na dzień 25 października 2011 r. z którego wynika, że zamawiający zatrzymał wadium złożone przez odwołującego w formie gwarancji ubezpieczeniowej w kwocie 55.000 zł. w trybie art. 46 ust. 4a Pzp.

Odwołujący nie wykonał wezwania zamawiającego, co jest bezsporne między stronami.

Izba uwzględniła w charakterze dowodów, tj.:

- wykaz zrealizowanych połączeń za okres od 1 października 2011 r. do 31 października 2011 r. na linii (89) 534 93 94;
- pismo Rombud z dnia 27 października 2011 r. skierowane Telekomunikacji Polskiej;
- komplet pism (4 szt.) przedłożonych przez odwołującego otrzymanych w dniu 12 października 2011 r. (godz. 8.00, 8.18, 12.45, 14.20) za pomocą faksu posiadanego przez Rombud po nr (89) 532 02 76.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w

uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego INS-BUD.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 27 Pzp ust. 1 Pzp w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania (ust. 2).

W przedmiotowej sprawie, za pomocą ust. 3 w rozdziale VII siwz, zamawiający dopuścił przekazywanie zawiadomień oraz informacji za pomocą faksu. W takiej sytuacji strona, która otrzymuje informacje faksem była zobowiązana, bez wezwania strony przekazującej informacje, do niezwłocznego potwierdzenia faktu ich otrzymania. Zamawiający sprecyzował, że za datę powzięcia wiadomości uważa się dzień, w którym strony postępowania otrzymały informacje za pomocą faksu (ust. 4 roz. VII).

W ocenie zamawiającego podstawą do uznania skutecznego doręczenia wezwania do uzupełnienia dokumentów przez odwołującego było pismo zawierające wezwanie przekazane faksem w dniu 12 października 2011 r. o godz. 14:55, ponieważ z raportu z transmisji wynika, że rezultat przesyłki był pomyślny na co wskazuje zapis na wydruku "OK". Dodatkowo w jego przekonaniu za powyższym przemawia również przedłożony na rozprawie „wykaz zrealizowanych połączeń za okres od 1 października 2011 r. do 31 października 2011 r. na linii (89) 534 93 94;” wskazujący na wykonaną czynność przesłania wezwania w tym terminie. Natomiast odwołujący zarówno w złożonym odwołaniu oraz na rozprawie przeczył otrzymaniu od zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, które zostało zawarte w piśmie z dnia 12 października 2011 r. Podnosił również, że w okresie, kiedy zamawiający skierował do niego pismo z wezwaniem jednocześnie uczestniczył w innym przetargu prowadzonym przez Gminę Olsztyn i nie ma pewności że nie doszło do niezmierzonej pomyłki zamawiającego w tej sprawie.

Badając okoliczności przedmiotowej sprawy przede wszystkim wskazać należy, że niespornym jest wykonanie przez zamawiającego połączenia telefonicznego w dniu 12 października 2011 r. około godz. 14.55 w celu przesłania odwołującemu pisma z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów wymaganych przez zamawiającego, a wskazanych w treści pisma. Wystąpienie takiego połączenia potwierdza nie tylko raport z transmisji ale również wykaz zrealizowanych połączeń za okres od 1 października 2011 r. do 31 października 2011 r. na linii (89) 534 93 94, który przedłożył zamawiający podczas rozprawy. Podkreślenia wymaga, że również odwołujący podczas rozprawy nie kwestionował wykonania przez zamawiającego takiego połączenia w celu przesłania ww. pisma za pomocą faksu. Zatem rozstrzygnięcie sporu pomiędzy zamawiającym i odwołującym w niniejszej sprawie wymaga odpowiedzi na pytanie, czy dysponowanie przez zamawiającego dowodem w postaci z raportu z transmisji faksu jest wystarczające do przyjęcia, iż wykonawca wezwanie zamawiającego z dnia 12 października 2011 r. otrzymał? Zdaniem Izby, na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

W powyżej kwestii Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2009 r. o sygn. akt KIO 427/09 w którym Izba stwierdziła: „(...) Co do zasady należy się zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego, że w myśl art. 27 ust. 2 ustawy nadawcy faksu służy prawo żądania potwierdzenia otrzymania faksu, a nie obowiązek żądania potwierdzenia faksu. Natomiast po stronie odbiorcy leży obowiązek potwierdzenia otrzymania faksu, w myśl zasady prawnej, że jeżeli jednej stronie służy prawo to druga strona ma obowiązek. Natomiast skoro z faktu nie wykonania wezwania Zamawiający dokonuje wykluczenia Odwołującego z postępowania to powinien dysponować dowodem na fakt otrzymania wezwania przez Odwołującego. Takim dowodem w myśl art.27 ust.2 ustawy jest potwierdzenie przez Odwołującego faktu otrzymania wezwania, (...)”.

Dla rozpoznawanego zarzutu należy się również odwołać do celu jaki przyświecał zamawiającemu, który poprzez postanowienia specyfikacji sformułował żądanie obowiązujące każdą ze stron postępowania, dotyczące niezwłocznego potwierdzenia otrzymania informacji w formie faksu. W takim przypadku, strona przekazująca określoną informację za pomocą faksu zyskuje pewność, że strona do której została informacja skierowana, taką informację otrzymała. Tym samym należy uznać, że zamawiający formułując tego rodzaju zapisy w specyfikacji nie był uprawniony opierać się jedynie na treści raportu transmisji faksu, z uwagi na ich niewystarczający charakter w celu uznania, iż wezwanie zawarte w piśmie z dnia 12 października 2011 r. zostało doręczone odwołującemu w sposób umożliwiający mu zapoznanie się z jego treścią. Ponadto, biorąc pod uwagę okoliczność uczestnictwa odwołującego w tym samym czasie co niniejsze postępowanie, w

innym postępowaniu organizowanym również przez zamawiającego, w przypadku braku potwierdzenia doręczenia pisma z dnia 12 października 2011 r., nie można wykluczyć, że raport z transmisji może dotyczyć potwierdzenia przekazania zupełnie innych informacji niż wskazane powyżej w zakresie innego postępowania prowadzonego przez zamawiającego.

W rozpoznawanej kwestii stanowisko zajął również Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn. akt XIX Ga 202/2009 w którym wskazał: „(...) Jako dowody wskazujące na wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów zamawiający wskazał na wydruk faksu oraz raport z centrali telefonicznej zamawiającego. Sąd okręgowy w całości podziela stanowisko Izby, że dowody te w sytuacji, gdy wykonawca przeczy faktowi otrzymania wezwania do uzupełnienia dokumentów, są niewystarczające dla przyjęcia, iż wykonawca wezwanie zamawiającego otrzymał. Nie powinno budzić wątpliwości, że wezwanie zamawiającego, wzywające do uzupełnienia dokumentów musi dotrzeć do wykonawcy w taki sposób, by ten mógł zapoznać się z treścią tego wezwania. Tylko w ten sposób wykonawca będzie mógł sprostać żądaniu zamawiającego i dostarczyć wskazane w wezwaniu dokumenty. Niemożliwość zapoznania się z treścią wezwania spowoduje w efekcie niemożność jego wykonania i w konsekwencji wykluczenie wykonawcy z postępowania (...)”.

Istotnym jest, że w zakresie nieuregulowanym w Pzp, na podstawie art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz.93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej stosuje się wprost przepisy kodeksu cywilnego („k.c.”). Wobec tego, zgodnie z art. 61 § 1. k.c. oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej.

Z powyższego wynika wprost, że skuteczność złożonego oświadczenia woli przez zamawiającego, co do jego treści zawartej w piśmie z dnia 12 października 2011 r., zależy od złożenia w taki sposób, aby odwołujący mógł zapoznać się z jego treścią i od chwili możliwości zapoznania się z jego treścią, uważa się za skutecznie złożone.

W tym zakresie należy wskazać na stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 marca 2008 r. w sprawie o sygn. akt IV CSK 9/2008 „(...) oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, iż mógł się on zapoznać z jego treścią. Sam wydruk kontrolny, potwierdzający wysłanie faksu, z potwierdzeniem odebrania go przez adresata, nie jest dowodem pewnym, lecz dowodem prima face, że odbiorca mógł zapoznać się z zawartym w jego treści oświadczeniem woli. Dowód pewny stanowi natomiast potwierdzona przez odbiorcę kopia faksu (...)”.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie zamawiający nie dyspował potwierdzeniem otrzymania faksu. W tym zakresie zamawiający wyjaśniał, że z jego doświadczenia wynika, że wykonawcy bardzo często tego rodzaju potwierdzenia przesyłają z opóźnieniem lub też wręcz wraz z uzupełnionymi dokumentami. Wobec tego, biorąc pod uwagę również pozytywny wynik transmisji faksu, zamawiający nie występował do Rombud w zakresie wyjaśnienia kwestii otrzymania pisma wraz z wezwaniem. Izba uznała tego rodzaju wyjaśnienia zamawiającego za niezadowalające. Ponadto uznała, że skoro zamawiający nie zadbał o dowód doręczenia faksu, w postaci potwierdzenia jego otrzymania, to w sytuacji, gdy odwołujący przeczy, iż wezwanie otrzymał, zamawiający sam pozbawił się pewnego dowodu doręczenia.

W ocenie Izby nie sposób również zgodzić się z zamawiającym, który podnosił na rozprawie, że wykazał się w tym zakresie należyłą starannością, ponieważ w dniu w którym upływał termin uzupełnienia żądanych przez zamawiającego dokumentów (17.10.2011 r.) zamawiający kilkakrotnie próbował skontaktować się z odwołującym telefonicznie pod nr telefonu podanym przez Rombud w ofercie. Jednakże dopiero o godz. 15.50 zamawiający uzyskał połączenie i otrzymał ze strony wykonawcy informację, że odwołujący nie otrzymał w dniu 12 października 2011 r. pisma zawierającego wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W tym zakresie Izba uznała działania zamawiającego za spóźnione i niewystarczające, ponieważ zamawiający w przypadku braku niezwłocznego potwierdzenia przez Rombud otrzymania pisma datowanego na dzień 12 października 2011 r. winien powziąć uzasadnioną wątpliwość - czy ww. pismo dotarło do wykonawcy. Z uwagi na powyższe zamawiający w celu zachowania należytej staranności winien był, nie czekać do upływu ostatniego dnia wskazanego w piśmie, ale najszybciej jak to możliwe, podjąć działania zmierzające do ustalenia, czy przedmiotowe pismo zostało doręczone odwołującemu. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie w kontekście zapisów specyfikacji (ust. 3 i 4 rozdziału VII) należy uznać za uchybienie zasadzie prowadzenia przez zamawiającego postępowania z należyłą starannością.

Izba wskazuje, że brak skutecznego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust.3 ustawy spowodował wykluczenie wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp i uznania jego oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp) oraz daleko idące konsekwencje w postaci zaboru wadium na podstawie art. 26 ust. 4a Pzp. złożonego przez odwołującego.

W rezultacie potwierdzenia się zarzutów odwołania rozpoznawanych w toku rozprawy Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności wykluczenia z postępowania odwołującego i odrzucenia jego oferty, ponownego wezwania Rombud do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

Izba nie rozpoznawała pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu dotyczących naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 Pzp oraz 24 ust. 4 Pzp w stosunku do oferty wykonawcy INS-BUD zważywszy, że zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 Pzp, w przypadku zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wykonawcy nie przysługuje odwołanie w niniejszym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego wskazanych w niniejszym uzasadnieniu przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt. 1, § 3, § 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). Izba uwzględniła koszty odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie kopię faktury VAT.

Przewodniczący: