

WYROK

z dnia 12 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 października 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2011 r.

przez wykonawcę: **Jana Olszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „HYDROMONT” Jan Olszewski, 45-701 Opole, ul. Wrocławska 62**

od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wodociągi i Kanalizacja w Opolu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 45-222 Opole, ul. Oleska 64**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „INSBUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 45-005 Opole, ul. Budowlanych 5A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „HYDROMONT” Jan Olszewski z Opola** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Sygn. akt KIO 2096/11

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Wodociągi i Kanalizacja w Opolu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Kontrakt 7 – Budowa kanalizacji sanitarnej w gminie Prószków w miejscowościach Ligota Prószkowska, Jaśkowce, Przysiecz, w ramach Projektu „Trias Opolski – ochrona zbiornika wód podziemnych dla aglomeracji Opole, Prószków, Tarnów Opolski – II etap”* (numer referencyjny: JRP-253-7/11).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2011/S_113-186395 z 15 czerwca 2011 r., z tym że 10 czerwca 2011 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń i na swojej stronie internetowej (www.wikopole.com.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 15.077.167,51 zł, co stanowi równowartość 3.927.368,46 euro.

19 września 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu Odwołującemu – Janowi Olszewskiemu prowadzącemu w Opolu działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „HYDROMONT” Jan Olszewski – zawiadomienie o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 zdanie drugie ustawy pzp *ze względu na nieuzupełnienie w wymaganym terminie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu*, a także o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

21 września 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej Odwołującemu zawiadomienie o zatrzymaniu wadium na podstawie przepisu art. 46 ust. 4a ustawy pzp. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu swojej decyzji, iż zatrzymanie wadium stanowi konsekwencję wykluczenia Odwołującego z postępowania ze względu na nieuzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w wyznaczonym terminie, gdyż 10-dniowy termin upłynął 22 sierpnia 2011 r. o

godz. 10, a dokumenty zostały złożone tego dnia o godz. 19:47 za pośrednictwem poczty elektronicznej, z powołaniem się na problemy telekomunikacyjne. Zamawiający uznał, iż wskazane przez Odwołującego jako powód nieuzupełnienia dokumentów w terminie przyczyny techniczne dotyczące jego infrastruktury technicznej nie stanowią przyczyny od niego niezależnej. Zamawiający wskazał także, iż Odwołujący jest wykonawcą realizującym jeden z kontraktów dla Zamawiającego, ma również siedzibę w Opolu oddaloną o ok. 2,6 km, kontaktował się 22 sierpnia 2011 r. zarówno osobiście, jak i pocztą elektroniczną z pracownikami Zamawiającego. Dodatkowo dokumenty podlegające uzupełnieniu, tj. wykaz osób, będący dokumentem własnym wykonawcy oraz informacja z banku, wystawiona na dzień 11 lipca 2011 r. powinny być w posiadaniu Odwołującego już na etapie składania oferty. Wreszcie Zamawiający podniósł, iż pomimo problemów z dostarczeniem dokumentów w wyznaczonym terminie za pomocą faksu i poczty elektronicznej, Odwołujący nie wystąpił o wydłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów.

29 września 2011 r. (pismem z 26 września 2011 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Zamawiającemu).

Odwołujący wskazał, iż wnosi odwołanie od działania Zamawiającego polegającego na:

1. Zatrzymaniu Odwołującemu wadium w wysokości 400 000 zł wraz z odsetkami.
2. Odrzuceniu oferty Odwołującego.
3. Wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 46 ust. 4a pzp poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium w kwocie 400 000,00 zł wraz z odsetkami.
2. Art. 5 kodeksu cywilnego oraz art. 405 kc w związku z art. 14 pzp poprzez ich niezastosowanie.
3. Art. 26 ust. 3 pzp poprzez nieprawidłowe wezwanie Odwołującego do złożenia dokumentów.
4. Art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp poprzez jego zastosowanie.
5. Art. 24 ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez jego zastosowanie.
6. Art. 89 ust. 1 pkt 7 poprzez jego niezastosowanie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności zatrzymania wadium w kwocie 400 000,00 zł wraz z

odsetkami.

2. Zwrotu Odwołującemu zatrzymanego wadium wysokości 400 000,00 zł.
3. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.
4. Powtórzenia czynności oceny oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

W pierwszej kolejności Odwołujący powołał się na konieczność wykładni celowościowej art. 46 ust. 4a pzp, podnosząc, iż zatrzymanie wadium w stosunku do niego nie odpowiada sytuacji, której miał zapobiegać wprowadzony przepis art. 46 ust 4a pzp, to jest znowom podmiotów uczestniczących w postępowaniu. Według uzasadnienia z 24 kwietnia 2008 r. do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw uregulowanie zaproponowane w art. 46 ust. 4a ustawy ma na celu przeciwdziałanie sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w porozumieniu może spowodować, iż zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie po zapoznaniu się z ofertami konkurentów bez poniesienia konsekwencji wycofać się z postępowania, podlegając jedynie wykluczeniu. Mając na uwadze cel przepisu art. 46 ust. 4a pzp oferta Odwołującego nie miała wpływu na wynik przetargu, ponieważ była siódma. Nie można mówić o znowie podmiotów uczestniczących w przetargu skoro sześciu z nich złożyło oferty tańsze od Odwołującego, nadal w nim uczestniczyło, a Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej z tych ofert. Brak przy tym jakichkolwiek korzyści po stronie Odwołującego w wycofaniu się z przetargu z jednoczesną utratą kwoty 400 000, 00 zł.

Po drugie, Odwołujący wskazał na brak winy po jego stronie, argumentując, iż pojęcie braku winy występujące w treści art. 46 ust 4a pzp nie może być ograniczone jedynie do stanów nadzwyczajnych (siły wyższej), ale chodzi także o każde zachowanie (działanie lub zaniechanie) osób trzecich, na które wykonawca przy dochowaniu należytej staranności nie może mieć wpływu. 22 sierpnia 2011 r. Odwołujący doznał przeszkód w doręczeniu odpowiedzi na wezwanie wraz z przedłożeniem dokumentów z przyczyn niezależnych od niego, gdyż leżących po stronie dostawcy usług telekomunikacyjnych – Telekomunikacji Polskiej S.A. Nieprawdą jest twierdzenie Zamawiającego, iż awaria łączy telekomunikacyjnych była awarią urządzeń Odwołującego. Wykonawca usiłował trzykrotnie przed godziną 10:00 wysłać wymagany faks, dodatkowo usiłował przed tą godziną wysłać dokumenty również za pomocą poczty elektronicznej. Zamawiający wskazuje, iż dojazd do

jego siedziby środkami komunikacji samochodowej nie jest dłuższy niż 10 minut, a tyle czasu Odwołujący od ostatniej próby wysyłki faksu już nie miał (pozostało 5 minut). Zamawiający nie może oceniać możliwości fizycznych dostarczenia wymaganych dokumentów (odległość 2,6 km dzieląca go od siedziby Odwołującego). Znikoma ilość czasu jaka pozostała na dostarczenie dokumentów po zdiagnozowaniu usterki telekomunikacyjnej była niewystarczająca nawet dla pokonania tak niewielkiej odległości, nie uwzględniając nawet sygnalizacji świetlnej oraz korków. Jednocześnie Zamawiający nie uwzględnił stresu i problemów decyzyjnych w sytuacji nagłej usterki będącej dla Odwołującego i jego pracowników ogromnym zaskoczeniem. Natomiast kontakt z Zamawiającym w tym dniu miał miejsce drogą mailową o godzinie 8:41 i o 15:10, natomiast faksem o godzinie 14:12 i 14:13, a przerwa w kontakcie wynikająca z przedstawionych godzin wskazuje jednoznacznie na usterkę w łączach telekomunikacyjnych pomiędzy 9:00 a 14:00. Z kolei e-mail został wysłany przed terminem, jednak z powodu awarii nie doszedł do Zamawiającego w terminie. Odwołujący nie mógł również z powodu awarii wystąpić o przedłużenie terminu na przedłożenie dokumentów. Zamawiający nie ma podstaw by żądać, aby Odwołujący dostarczył wymagane dokumenty wcześniej niż 22 sierpnia 2011 roku. Bez znaczenia jest przy tym fakt, iż Odwołujący był w posiadaniu niezbędnych dokumentów. Nie może być argumentem, że gdyby Odwołujący dostarczył dokumenty dzień wcześniej uniknąłby on niekorzystnych skutków awarii faksu i poczty elektronicznej, a tym samym dochowałby terminu.

Po trzecie, Odwołujący powołał się na niemożność zastosowania przepisu art. 46 ust 4a pzp w sytuacji złożenia dokumentów, wskazując, iż wykładnia językowa przepisu art. 46 ust. 4a pzp nakazuje stosowanie tego przepisu tylko i wyłącznie w przypadku niezłożenia w ogóle dokumentów lub oświadczeń, niezależnie od terminu w jakim dokumenty te byłyby przedłożone. Natomiast Odwołujący złożył wymagane dokumenty i to w tym samym dniu.

Po czwarte, Odwołujący wskazał na błędne ustalenie przyczyn odrzucenia oferty przez Zamawiającego. Nawet gdyby uznać, że Odwołujący ponosi odpowiedzialność za nieterminowe dostarczenie dokumentów, to i tak decyzja Zamawiającego o zatrzymaniu wadium jest wadliwa. Biorąc pod uwagę postanowienia s.i.w.z. Zamawiający nie zastosował się do obowiązujących go procedur wysyłając pismo pocztą elektroniczną 12 sierpnia 2011 r. o godzinie 15:50, to jest po godzinach pracy zarówno Zamawiającego (pkt 37 ust. 5 s.i.w.z. – część I – IDW), jak i osoby do kontaktu u Odwołującego, co spowodowało, iż uzyskanie potwierdzenie otrzymania wiadomości nie pochodzi od osoby wyznaczonej w ofercie do kontaktu z Zamawiającym, gdyż osoba ta przebywała już poza siedzibą Odwołującego.

Zamawiający nie miał także prawa wysłać dokumentów za pomocą poczty elektronicznej. Zgodnie bowiem z pkt. 37 ust. 1 IDW s.i.w.z., podstawową zasadą doręczania pism jest zasada pisemności. Natomiast z pkt. 37 ust. 2 IDW s.i.w.z. wynika, iż oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje można przekazywać za pośrednictwem faksu, ale tylko wtedy gdy zostaną one niezwłocznie potwierdzone faksem zwrotnym. Jednocześnie na podstawie pkt. 37 ust. 3 s.i.w.z. wyjątkowo w prowadzonym postępowaniu przetargowym jest możliwe doręczanie pism drogą elektroniczną – w razie braku możliwości porozumienia się z wykonawcą drogą faksową. Fakt wysłania pisma drogą elektroniczną tego samego dnia, co data wydania pisma, wskazuje, że Zamawiający nie podjął wielokrotnych i uporczywych prób jego doręczenia faksem. W szczególności Odwołujący nie odebrał w tym dniu żadnego telefonu lub e-maila wskazującego na niemożność doręczenia pisma faksem. Zamawiający nie wykazał jakoby dokonywał nieudanych prób kontaktu z Wykonawcą przy użyciu faksu - jak chociażby postąpił w przypadku pisma z 21 września 2011 roku przekazanego drogą elektroniczną, załączając wydruk z faksu potwierdzający błąd doręczenia.

Określony przez Zamawiającego termin na uzupełnienie dokumentów został wprowadzony w sposób nieprawidłowy i sprzeczny z zapisami s.i.w.z. Skoro bowiem zasadą komunikacji według s.i.w.z. była forma pisemna, to ścisłe określenie terminu (g. 10.00) przeczy możliwości doręczenia pism pocztą gdyż potwierdza ona odebranie przesyłki w określonej dacie (dniu), a nie o konkretnej godzinie. Ze względu na przepisy kodeksu cywilnego określenie terminu w sposób tak ścisły, z określeniem konkretnej minuty doręczenia pozostaje w sprzeczności z ideą i celem przepisów o terminach oraz o doręczaniu. Wyznaczanie porannej godziny terminu może naruszać także zasadę wolnej konkurencji, uniemożliwiając podmiotom mającym siedzibę w znacznej odległości uczynienie zadość tak wyznaczonemu terminowi.

Odwołujący otrzymał powyższe wezwanie pocztą 17 sierpnia 2011 r., wraz z zawiadomieniem o wprowadzeniu poprawek, na które Odwołującemu przysługiwał 3-dniowy termin do wniesienia sprzeciwu. Ponieważ doręczenie drogą elektroniczną nastąpiło z naruszeniem postanowień s.i.w.z., nie było skuteczne. Ponieważ Odwołujący 17 sierpnia 2011 r. złożył sprzeciw, w tym dniu wystąpiła przesłanka odrzucenia jego oferty ze względu na brak zgody na zaproponowane przez Zamawiającego poprawki. Zatem w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego ze względu na jego sprzeciw, Zamawiający nie miał prawa zdecydować o odrzuceniu oferty dopiero wskutek zdarzeń, które nastąpiły dnia 22 sierpnia 2011 r., kiedy to upłynął termin na złożenie dokumentów. Brak było zatem podstaw do wykluczenia Odwołującego oraz do odrzucenia jego oferty w oparciu o treść art. 24 ust. 2

pkt 4 pzp oraz art. 24 ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp. Zamawiający nie miał podstaw prawnych do zastosowania tych regulacji, a istniała jedynie podstawa do odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp, którego niezastosowanie zatem należy uznać za błąd i wadę prawną czynności Zamawiającego. Zatem również zatrzymanie wadium z powodu niedostarczenia dokumentów nie jest uzasadnione, ponieważ oferta Odwołującego została odrzucona ze względu na wyrażony sprzeciw wobec wprowadzonych zmian.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż gwarancja bankowa zabezpieczała jedynie kwotę 400 000 zł, a nie kwotę 400 000 zł wraz z odsetkami, czego wymaga art. 46 ust.4a ustawy pzp oraz s.i.w.z. Powyższe oznacza, że gwarancja została wystawiona niezgodnie z warunkami s.i.w.z. oraz przepisami pzp, a zatem brakowało podstaw do wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż istniała podstawa do odrzucenia jego oferty Wykonawcy z powodu niewniesienia wadium.

Odwołujący wskazał także, iż przepis art. 192 ust. 2 pzp ma w niniejszej sprawie zastosowanie, gdyż zatrzymanie wadium ma wpływ na wynik postępowania. Literalne brzmienie art. 192 wskazuje, że wynikiem postępowania jest nie tylko wybór najkorzystniejszej oferty, ale także inne czynności, kończące postępowanie (w tym wykluczenie wykonawcy, a także samo zatrzymanie wadium). Ponadto skutkiem zatrzymania wadium jest sytuacja, w której oferta wykonawcy nie jest już zabezpieczona wadium, wymaganym przecież w postępowaniu, co może powodować jego wykluczenie – stąd też decyzja o zatrzymaniu wadium może mieć wpływ na wynik postępowania. Na dzień wnoszenia odwołania rozstrzygnięcie Zamawiającego z 19 września 2011 w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w tym i zawiadomienie o wykluczenie Zamawiającego nie ma charakteru ostatecznego, stąd też toczące się postępowanie może mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający podał na posiedzeniu, iż 3 października 2011 r. przekazał pozostałym wykonawcom kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

5 października 2011 r. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „INSBUD” spółka z o.o. z siedzibą w Opolu zgłosiło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba oddaliła na posiedzeniu zgłoszoną opozycję przez Odwołującego, gdyż nie był w stanie uprawdopodobnić, iż Wykonawca ten, którego oferta została wybrana nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Wobec dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem

wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „INSBUD” spółki z o.o. z siedzibą w Opolu do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

10 października 2011 r. Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej drogą faksową odpowiedź na odwołanie, którą przekazał jednocześnie Odwołującemu – wnosząc o oddalenie odwołania.

Zdaniem Zamawiającego zatrzymanie wadium nie ma wpływu na wynik postępowania. Ochrona prawna na gruncie ustawy została przyznana wykonawcom wyłącznie w odniesieniu do czynności, których bezprawne dokonanie lub zaniechanie wpływa na wynik postępowania. Natomiast czynności zatrzymania wadium oraz wykluczenia nie mają żadnego znaczenia dla wyniku postępowania. Oferta Odwołującego nie należy do grupy ofert najkorzystniejszych złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Gdyby nawet Zamawiający przywrócił Odwołującego do postępowania i dokonał ponownej oceny ofert wynik postępowania, którym jest wybór najkorzystniejszej oferty pozostałby niezmienny.

Zamawiający 12 sierpnia 2011 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. Wobec trudności z wysłaniem faksu (zajęty sygnał po stronie wykonawcy, próby o godz. 13:40 urządzeniem z systemem wielokrotnego wybierania połączeń), przekazał treść wezwania o godz. 15.17 za pomocą poczty email na adres opolehydromont@wp.pl (wskazany w ofercie Odwołującego). O godz. 15:52 Zamawiający otrzymał elektroniczny raport potwierdzający odczytanie wysłanej wiadomości przez adresata korespondencji. Przesadza to zgodnie z treścią art. 27 ust. 2 pzp oraz art. 61 kc w zw. z art. 14 ust. 1 pzp o tym, że Zamawiający prawidłowo uznał, iż dokonał skutecznego doręczenia wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp w dniu 12 sierpnia 2011 r. Wezwanie nastąpiło w godzinach pracy Odwołującego, gdyż zgodnie z informacją zawartą na jego stronie internetowej urzęduje on od godziny 7:00 do godziny 16:00. Dodatkowo Zamawiający 16 sierpnia 2011 r. o godz. 6:54 otrzymał kolejne potwierdzenie odczytania wiadomości pochodzące z wskazanego adresu e-mail. W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający kierując się treścią pkt. 37 IDW oraz art. 27 ust. 1 pzp wymagał przekazania dokumentów faksemem, wyjątkowo e-mailem oraz dostarczenia ich w formie oryginałów lub potwierdzonych za zgodność z oryginałem kopii do sekretariatu Zamawiającego. Termin na uzupełnienie dokumentów wyznaczony przez Zamawiającego upłynął 22 sierpnia 2011 r. o godz. 10:00. Art. 26 ust. 3

pzp nie określa minimalnego terminu na uzupełnienie dokumentów, orzecznictwo przyjmuje jednak, że nawet termin 3 dniowy na uzupełnienie 3 różnych dokumentów w oryginale jest terminem rozsądnym (tak wyrok z dnia 29 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2700/10). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyznaczył termin dziewięciodniowy, a nawet gdyby przyjąć, że skuteczne doręczenie wezwania nastąpiło 16 sierpnia 2011 r., sześciodniowy termin na uzupełnienie dokumentów, który był wystarczający dla jego dochowania. Odwołujący wymagane dokumenty w oryginale przedłożył 23 sierpnia 2011 r. a w wersji elektronicznej 22 sierpnia 2011 r. o godz. 19:47. Odwołujący nie tylko miał wystarczającą ilość czasu na uzupełnienie dokumentów, zwłaszcza, że były już w posiadaniu Wykonawcy, który nie był zobligowany do ich ponownego uzyskiwania. Niedbalstwo Odwołującego i brak należytej staranności przejawiają się nie tylko w uchybieniu terminom dla dokonania określonych czynności, ale także w braku wniosku o wydłużenie terminu, którego Odwołujący nie złożył w ogóle. Gdyby Odwołujący z uwagi na podnoszoną awarię urządzeń teleinformatycznych wystąpił do Zamawiającego o wydłużenie terminu przed jego pierwotnym upływem to Zamawiający mógłby ten wniosek rozpatrzyć.

Zamawiający kierując się naczelnymi zasadami prawa zamówień publicznych, w tym treścią art. 7 pzp nie mógł narażać się na nawet potencjalny zarzut faworyzowania Wykonawców ze swojego regionu w tym wykonawcy będącego w stałych stosunkach gospodarczych z Zamawiającym i musiał rozpatrywać przesłanki uzasadniające zastosowanie art. 46 ust. 4 a pzp w odniesieniu do konkretnego przypadku. Pomimo uchybienia terminom przez Odwołującego Zamawiający umożliwił 25 sierpnia 2011 r. udzielenie dodatkowych wyjaśnień w celu wykazania przyczyn, z powodu których nie złożył dokumentów w terminie. Odwołujący podnosząc w piśmie z 31 sierpnia 2011 r. jako ten powód awarię urządzeń teleinformatycznych pominął tak istotny fakt wynikający z treści art. 27 ust. 3 pzp, że zawsze dopuszczalna jest forma pisemna. Zamawiający w celu ułatwienia Wykonawcom uzupełnienia dokumentów oraz ze względu na ekonomikę postępowania dopuścił uzupełnienie dokumentów za pomocą faksu i poczty e-mail wymagając dodatkowo przedłożenia dokumentów w oryginale. Skoro wykonawca mający siedzibę oddaloną o około 2,6 km od siedziby Zamawiającego nie mógł uzupełnić dokumentów za pomocą faksu i poczty e-mail, powinien był uzupełnić dokumenty w formie pisemnej, co zostało uczynione dopiero 23 sierpnia 2011 r. Odwołujący pomija fakt, iż ponosi konsekwencje pozostawienia udzielenia odpowiedzi na wezwanie na 10 minut przed wyznaczonym terminem. Rozsądny Wykonawca posiadający siedzibę w tej samej miejscowości co Zamawiający, winien w pierwszej kolejności rozważyć doręczenie osobiste lub za pośrednictwem poczty, lub też

dokonać próby dokonania doręczenia za pośrednictwem faksu lub e-maila w terminie umożliwiającym ewentualne dokonanie doręczenia w „zwykły” sposób. W swoich wyjaśnieniach ani pierwotnych, ani w ich uzupełnieniu Odwołujący nie wskazał przyczyn, z powodu których dokonanie doręczenia osobiście lub za pośrednictwem poczty nie było możliwe. W szczególności, oprócz przyczyn związanych z infrastrukturą techniczną, nie wskazał na inne przyczyny, których zaistnienie Zamawiający mógłby uznać za obiektywnie nieależące po jego stronie.

Jako bezzasadny należy uznać także zarzut niezgodnego z prawem wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący nie kwestionuje i nie stawia merytorycznych zarzutów co do treści wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp, a jedynie formalne, które są bezprzedmiotowe. Zamawiający precyzyjnie i szczegółowo określił zakres żądanych dokumentów, a tylko uchybienia w tych elementach wezwania mogą stanowić podstawę do rozpatrywania naruszającego prawo wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji także czynności zatrzymania wadium.

Odwołujący błędnie interpretuje treść art. 46 ust. 4 a pzp, zgodnie z którą czynność zatrzymania wadium może dotyczyć jedynie najkorzystniejszych ofert. Jak wynika natomiast z orzecznictwa KIO w tym (np. wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO /UZP 19/09 oraz wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO /UZP 62/09), a także opinii Prezesa UZP obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a pzp w następstwie nieuzupełnienia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego o którym mowa w art. 26 ust. 3 pzp dotyczy wszystkich wykonawców bez względu na ich szanse w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający podziela argumentację Odwołującego, że sankcja zatrzymania wadium dotyczy także sytuacji fizycznego braku dokumentu, jednakże nie może zgodzić się z oceną prawną dokonanych ustaleń, ponieważ jak podkreśla się w orzecznictwie: *na podstawie art. 46 ust. 4 a prawo zamówień publicznych zamawiający jest obowiązany do zatrzymania wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 pzp złoży dokumenty wymagane przez zamawiającego z błędami lub wadliwe lub nie złoży tych dokumentów w wyznaczonym przez zamawiającego terminie* (wyrok KIO z 10 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1003/10). Odwołujący nie może stawiać Zamawiającemu zarzutów zbyt szerokiej interpretacji normy określającej okoliczności zatrzymania wadium. Skoro bowiem Odwołujący złożył dokumenty po terminie, samą czynność uzupełnienia uznać należy za bezskuteczną (tak wyrok KIO z 12 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1959/09). Ponadto w treści art. 46 ust. 4a pzp ustawodawca posłużył się

pojęciem „przyczyny” a nie „winy”, w związku z czym również wszystkie niezawinione okoliczności leżące po stronie wykonawcy stanowią podstawę do zatrzymania wadium (tak: W. Dzierżanowski *Odwołanie z powodu zatrzymania wadium Przetargi publiczne nr 10/2010* str. 14 oraz wyrok KIO z 19 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1422/11).

Czynność zatrzymania wadium wraz z odsetkami jest niezależna od formy w jakiej wadium zostało złożone i wynika bezpośrednio z art. 46 ust. 4 a i 5 pzp, a gwarancja zawiera wszystkie okoliczności uzasadniające dyspozycję tych przepisów. Kwestionowanie przez samego Odwołującego prawidłowości złożonej przez siebie oferty może rodzić domniemanie, że świadomie złożył ofertę dla pozorów, a po otwarciu ofert i zapoznaniu się z rankingiem cenowym postanowił wycofać się z przedmiotowego postępowania, co potwierdza także spóźnione niewyrażenie zgody na poprawienie tzw. innych omyłek w ofercie polegających na być może celowym usunięciu z załącznika do oferty takich danych jak: nazwa i adres Wykonawcy, nazwa i adres Zamawiającego, nazwa i adres Inżyniera, Sąd powszechny, które to dane są Odwołującemu jako realizującemu jeden kontraktów Zamawiającego powszechnie znane i nie budzące dotąd wątpliwości. Tego rodzaju czynności Odwołującego w oparciu o całokształt okoliczności ujawnionych w przedmiotowym postępowaniu mogą wypełniać znamiona sytuacji objętych wykładnią celowościową przepisu art. 46 ust. 4a na którą powołuje się sam Odwołujący.

Zamawiający nie może także zgodzić się z zarzutami błędnego ustalenia przyczyn odrzucenia oferty, to jest naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 7 pzp poprzez jego niezastosowanie. Pismo Odwołującego zawierające sprzeciw na poprawienie omyłek datowane jest na dzień 16 sierpnia 2011 r., czyli w ostatnim dniu na zachowanie 3-dniowego terminu, natomiast złożone zostało Zamawiającemu dopiero 17 sierpnia 2011 r. W oparciu o art. 14 pzp w zw. z art. 61 kc należy przyjąć, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów doszło do wiadomości w taki sposób że mógł on zapoznać się z jego treścią przed dniem 17 sierpnia 2011 r. Pismo to Zamawiający skierował do Odwołującego w dniu 12 sierpnia 2011 r. o godzinie 15:17, natomiast Odwołujący potwierdził odczytanie tej wiadomości w dniu 12 sierpnia 2011 r. o godz. 15:50. Potwierdzenie jakim dysponuje Zamawiający pochodzi z adresu poczty e-mail wskazanego w ofercie Odwołującego, w związku z czym Zamawiający nie może odpowiadać za bezpieczeństwo zarządzania systemem informatycznym u Odwołującego. Zamawiający próbował wysłać faks do Odwołującego 12 sierpnia 2011 r., o czym świadczą wydruki z urządzenia faksowego wskazujące na niemożność nadania faksu.

Wobec skutecznego doręczenia zawiadomienia 12 sierpnia 2011 r. termin na niewyrażenie zgody upłynął 16 sierpnia 2011 r., wobec czego wyrażony 17 sierpnia 2011 r.

sprzeciw Odwołującego był nieskuteczny i pozwalał przyjąć domniemanie dorozumianej zgody na poprawienie omyłki, a tym samym konieczność oceny przez Zamawiającego zadośćuczynienia przez Odwołującego wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. Wysłanie dokumentów w piątek przed długim weekendem świątecznym (15 sierpnia 2011 r. poniedziałek dzień wolny od pracy) nie jest zabronione przez przepisy prawa cywilnego ani ustawy pzp, ponieważ zgodnie z art. 115 kc w zw. z art. 14 pzp, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany za ustawowo wolny do pracy, termin upływa dnia następnego. Termin 3-dniowy na wyrażenie sprzeciwu wynikający z art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp jest terminem ustawowym a nie terminem wyznaczonym przez Zamawiającego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i Odwołujący uścił wpis od niego – podlegało merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku w tym zakresie odmiennych wniosków Stron, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w środkach ochrony prawnej, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę. Natomiast zatrzymanie przez Zamawiającego wadium złożonego w tym postępowaniu niewątpliwie powoduje u Odwołującego szkodę majątkową. Ponieważ w niniejszej sprawie Odwołujący podniósł również zarzuty dotyczące niezasadności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, nie można odmówić mu legitymacji do wniesienia odwołania nawet jeżeli równolegle postawił także zarzut zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego jego oferty, gdyż żadna z tych decyzji nie stała się jeszcze ostateczna

wobec wniesienia odwołania.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, protokołu postępowania, oraz wszystkich pism przywołanych w niniejszym uzasadnieniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie może zostać uwzględnione, pomimo zasadności zarzutu nieuprawnionego zatrzymania przez Zamawiającego wadium wniesionego przez Odwołującego.

Na wstępie Izba rozważyła najdalej idący zarzut odwołania wynikający z końcowej części jego uzasadnienia. Choć Odwołujący nie wskazał przepisu i błędnie wskazał jako zaniechaną jego zdaniem czynność odrzucenie zamiast wykluczenia, to podniósł okoliczność dotyczącą nieprawidłowości wniesionego przez siebie wadium, a zatem potencjalnie skutkującą koniecznością uznania, iż podlega wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp. Zarzut ten jest oczywiście bezzasadny. W piśmie o zatrzymaniu wadium Zamawiający poinformował również, iż skierował do gwaranta wezwanie do niezwłocznej wypłaty z gwarancji przetargowej złożonej przez Odwołującego *kwoty 400.000,00 zł wraz z odsetkami od dnia otrzymania wezwania*. Odwołujący z takiej treści wezwania wywiódł nieprawidłowość gwarancji wskazującej kwotę 400 tys. zł jako maksymalną wysokość zobowiązania, choć nie sprecyzował z jakim przepisem pzp i s.i.w.z. miałyby to być niezgodne. Tymczasem taka kwota zabezpieczenia wadialnego wynika wprost z pkt. 12 ust. 1 IDW. Z kolei z przepisów ustawy pzp zawarte w art. 46 ust. 4, ust. 4a i ust. 5 pzp wynika, iż zarówno zwrot jak zatrzymanie wadium wniesionego w pieniądzu obejmuje również odsetki narosłe na rachunku bankowym, na którym były przechowywane.

Również zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4, a także art. 26 ust. 3 pzp są bezpodstawne. W ocenie składu orzekającego Izby błędne jest stanowisko Odwołującego, iż zaistnienie innej przesłanki

odrzućenia oferty, np. z art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp powoduje niemożność odrzućenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający ma prawo i obowiązek całościowej oceny ofert złożonych przez wykonawców, to jest dokonania zarówno oceny spełniania warunków udziału przez wykonawców, jak i badania złożonych przez nich ofert, gdyż ocenie według kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej mogą zostać podane wyłącznie oferty złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 i ust. 2 pzp, które jednocześnie nie podlegają wykluczeniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 89 ust. 1 lub art. 90 ust. 3 pzp. Rozdzielenie etapu wykluczenia z postępowania i odrzućenia ofert występuje jako zasada w postępowaniach dwuetapowych, jednak w przypadku takich trybów co do zasady nie dochodzi do złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego (w przeciwnym razie, znajdzie zastosowanie przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp), a jedynie wyjątkowo może dojść do wykluczenia wykonawcy na etapie badania i oceny ofert. Dopiero spośród ofert niepodlegających odrzućeniu złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp, a dokonany w ten sposób wybór może czynić zadość art. 7 ust. 3 pzp. W trybie przetargu nieograniczonego, jako postępowania jednoetapowego, po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej obowiązkiem zamawiającego jest również podanie pełnej informacji o zaistniałych przesłankach wykluczenia i odrzućenia w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty (art. 92 ust. 1 pzp). W razie zajścia zbiegu kilku podstaw wykluczenia lub odrzućenia wykonawcy nie mogą domagać się od zamawiającego by wykluczył lub odrzućił ich tylko na podstawie niektórych spośród zaistniałych przesłanek.

W przedmiotowej sprawie, choć Odwołujący formalnie zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp *przez jego zastosowanie*, domagając się unieważnienia wykluczenia z postępowania na tej podstawie, to w odwołaniu nie podał żadnych okoliczności wskazujących na to, iż wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie wskazywał na to, iż spełnił warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej. Co więcej, pomimo iż Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 pzp, to nie wskazał w odwołaniu żadnych okoliczności wskazujących na merytoryczną niezasadność dokonanego wezwania, to jest podważających istnienie stwierdzonych przez Zamawiającego braków w dokumentach załączonych do oferty. Odwołujący nie podważając, iż nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie może zatem jednocześnie

twierdzić, że wykluczenie go z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp jest niezasadne. Natomiast w chwili dokonywania przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp nie zachodziły podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, co umożliwiłoby odstąpienie od tego wezwania. Zamawiający jako prowadzący postępowanie ma prawo z uwagi na potrzebę jego sprawnego i szybkiego przeprowadzenia zdecydować się na kumulowanie pewnych czynności, np. jednocześnie z zawiadomieniem o dokonaniu poprawienia omyłek stwierdzonych w ofertach dokonać wezwania do uzupełnienia dokumentów, jak to uczynił w przedmiotowym postępowaniu. Zatem tylko gdyby Zamawiający dokonał jako pierwszą wyłącznie czynność poprawienia w ofercie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, brak na to zgody Odwołującego powodowałby możliwość odstąpienia od wezwania do uzupełnienia dokumentów. Nie zmieniłoby to jednak stanu niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, choć niewątpliwie spowodowało brak podstaw do rozważania możliwości zastosowania instytucji zatrzymania wadium z art. 46 ust. 4a pzp.

Natomiast żadne z podniesionych w odwołaniu okoliczności związane z wezwaniem Odwołującego do uzupełnienia dokumentów nie wskazują na naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 pzp. Treść pisma Zamawiającego z 12 sierpnia 2011 r. (znak JRP-253-7-50/11) należy uznać za poprawną, pomimo braku opisu na czym polegają stwierdzone przez Zamawiającego braki (zostało to dopiero wprost wyrażone w zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania) – wobec precyzyjnego wskazania jakie dokumenty podlegają uzupełnieniu. Również termin i sposób uzupełnienia został określony w sposób dostatecznie jasny – wskazano jako nieprzekraczalny termin godz. 10:00 22 sierpnia 2011 r., w którym to należało przesłać dokumenty na podany nr faksu lub podany adres e-mail. Wskazano także, iż następnie do sekretariatu Zamawiającego należy dostarczyć dokumenty w formie oryginałów lub potwierdzonych za zgodność przez wykonawcę kopii. W ocenie składu orzekającego Izby również zamieszczenia tej informacji na końcu całego pisma, dotyczącego oprócz wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp (pkt. I pisma) zawiadomienia o poprawieniu omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp wraz z pouczeniem o możliwości niewyrażenia zgody w terminie 3 dni od jego doręczenia (pkt. II pisma) oraz zawiadomienia o oparzeniu oczywistej omyłki rachunkowej (pkt. III pisma) – nie powinno stwarzać żadnych trudności z jej zrozumieniem dla przeciętnego odbiorcy władającego językiem polskim. Zupełnie niezasadne jest także wywodzenie przez Odwołującego nieprawidłowości wyznaczenia terminu na konkretną godzinę z przepisów kc o terminach, nie wspominając o odwoływaniu się do sposobu potwierdzania doręczenia przesyłek pocztowych. Przede

wszystkim jednak Zamawiający wyznaczył termin z takim zapasem (w chwili wystawienia pisma 10 dni), iż nawet przy doręczeniu 17 sierpnia 2011 r. należałoby go uznać go za całkowicie wystarczający w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy. Dla oceny prawidłowości dokonanego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp bezprzedmiotowe są zatem wywody odwołania dotyczące nieskutecznego przekazania wezwania e-mailem czy też niedostatecznej „uporczywości” Zamawiającego w próbach nadania pisma faksem. Na rozprawie Odwołujący przyznał, iż zapoznał się z tym pismem 16 sierpnia 2011 r., to jest na dzień wcześniej niż otrzymał je pocztą.

Określenie daty w jakiej Odwołujący otrzymał pismo z 12 sierpnia 2011 r. ma jednak kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii, czy oświadczenie Odwołującego z 17 sierpnia 2011 r. o braku wyrażenia zgody na poprawienie tzw. innych omyłek mieściło się w 3-dniowym terminie wynikającym z art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp. W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający nie dysponuje wystarczającym dowodem, iż doręczenie zawiadomienia nastąpiło 12 sierpnia 2011 r. Nieistotny jest przy tym spór toczony przez Strony spór, czy wiadomość e-mail z załączonym pismem została tego dnia wysłana w godzinach pracy Odwołującego i jakie miałyby to być godziny oraz czy Zamawiający przeprowadził uprzednio i udokumentował należycie nieudane próby nadania wezwania faksem. Postanowienia pkt. 37 ust. 1, 2 i 3 IDW s.i.w.z., w zakresie w jakim: klarownie wskazują prymat formy pisemnej i dopuszczalność komunikacji faksowej, i już dużo mniej precyzyjnie, kiedy dopuszczalne porozumiewanie się drogą elektroniczną (*wyjątkowo, w przypadku udokumentowanego braku możliwości porozumienia się za pomocą faksu*), – nie mają tutaj kluczowego znaczenia. Pkt 37 ust. 4 IDW s.i.w.z. wskazuje bowiem, iż *zgodnie z art. 27 ust. 2 u.p.z.p. każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt otrzymania przesłanych dokumentów*. O ile nie budzi wątpliwości, iż za uczynienie zadość takiemu żądaniu można uznać *faks zwrotny* (jak to wskazano w pkt. 37 ust. 2 IDW s.i.w.z.), o tyle, w ocenie składu orzekającego Izby, w przypadku drogi elektronicznej nie można uznać za wystarczające kliknięcie w programie pocztowym przez odbiorcę powodujące automatyczne wygenerowanie i przesłanie nadawcy, który wcześniej w swoim programie zaznaczył opcję potwierdzenia przeczytania, komunikatu *wiadomość przeczytano*. Nie spełnia to także wymagania *odbiór wiadomości e-mail musi być każdorazowo, niezwłocznie potwierdzony przez adresata* (przewidzianego w pkt. 37 ust. 3 IDW s.i.w.z.), zwłaszcza w kontekście dopuszczenia przez Zamawiającego tej formy komunikacji na zasadzie wyjątku. Z dokumentacji postępowania wynika, iż co prawda 12 sierpnia 2011 r. o 15:17 nastąpiło wysłanie wiadomości e-mail z załączonym plikiem o nazwie *JRP-253-7-50-11.pdf* oraz z

dopisaną prośbą o *zwrotne potwierdzenie odebrania niniejszego e-maila*, to Zamawiający w odpowiedzi nie otrzymał żadnego e-maila napisanego przez Odwołującego, lecz jedynie automatycznie generowane komunikaty o 15:17 (*doręczenia*) i 15:52 (*przeczytania*). Należy zauważyć, iż w przypadku przesłania faksu zwrotnego niemal niemożliwe jest by nastąpiło to przypadkowo, machinalnie, bez chociaż pobieżnego rzucenia okiem na treść otrzymanego pisma, odmiennie niż w przypadku tego typu potwierdzeń przeczytania wiadomości e-mail, zwłaszcza jeżeli właściwe pismo zostało zawarte w załączonym pliku.

W tych okolicznościach należy uznać, iż Zamawiający nie miał podstaw by uznać, iż Odwołujący przekroczył termin na wyrażenie braku zgody na poprawienie w swojej ofercie omyłek polegających na jej niezgodności z s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian treści oferty. Jednak zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 *przez jego niezastosowanie*, nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Zarzut ten pozostaje w oczywistej sprzeczności z żądaniami odwołania, gdyż Odwołujący wniósł o unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie oceny jego oferty. Ponieważ oferta Odwołującego została odrzucona, zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia także na tej dodatkowej podstawie, a nawet zamiast innej podstawy prawnej, nie tylko nie ma wpływu na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego rozumianego jako wybór oferty najkorzystniejszej, ale nawet na status oferty Odwołującego, która tak czy inaczej pozostaje odrzucona.

Należy zgodzić się z Zamawiającym, iż nieuzupełnienie dokumentów w terminie przez Odwołującego, który nie zakwestionował merytorycznej zasadności dokonanego wezwania, wypełniło pozytywne przesłanki zatrzymania wadium wynikające z pierwszej części przepisu art. 46 ust. 4 a pzp. Niezasadne jest stanowisko Odwołującego, iż tylko jego całkowita bierność uzasadniałaby zatrzymanie wadium na podstawie tego przepisu, natomiast złożenie dokumentów po terminie eliminuje taką możliwość co do zasady. Zatem niezasadne jest stanowisko Odwołującego, iż uzupełnienie dokumentów, choćby kilka godzin po upływie terminu, jest jednak uzupełnieniem. Wezwanie, o którym mowa w przepisie art. 26 ust. 3 pzp z istoty swej zawiera w sobie termin wyznaczony przez zamawiającego, którego niedochowanie jest równoznaczne z niezłożeniem dokumentów. Natomiast Zamawiający w niniejszej sprawie nie miał podstaw do zatrzymania wadium, gdyż przepis art. 46 ust. 4a pzp *in fine* przewiduje negatywną przesłankę, której wypełnienie wyklucza możliwość zatrzymania wadium. Zamawiający przed podjęciem decyzji o zatrzymaniu wadium prawidłowo wezwał 25 sierpnia 2011 r. Odwołującego do *wyjaśnienia, wykazania*

*przyczyn oraz przedstawienia stosownych dowodów na poparcie ewentualnych twierdzeń dotyczących braku odpowiedzi na wezwanie z dnia 12.08.2011 r. z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy oraz dotyczących oświadczenia zawartego w wiadomości e-mail z dnia 22.08.2011 r. w zakresie użytego stwierdzenia „problemy telekomunikacyjne”. Odwołujący w zakreślonym terminie 31 sierpnia 2011 r. do godz. 10:00 przesłał takie wyjaśnienia, w których powołał się na utratę bezpośrednio przed upływem wyznaczonego na godz. 10:00 terminu możliwości komunikacji zarówno faksem jak i pocztą elektroniczną z powodu awarii na łączach telekomunikacyjnych. Odwołujący podał, iż trzykrotnie (o 9:47, 9:52 i 9:55) próbował bezskutecznie przesłać dokumenty faksem, załączając raporty z urządzenia faksowego. Wskazał także, iż z powodu tej awarii nie powiodła się również próba wysłania dokumentów drogą elektroniczną. Przede wszystkim jednak Odwołujący załączył do wyjaśnień dokumenty uwiarygodniające wystąpienie takiej awarii: *Protokół odbioru robót* z 22 sierpnia 2011 r. dotyczący wykonanej naprawy, podpisany przez pracownika TEWAL sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, fakturę VAT za wykonane usługi, a także podpisany 25 sierpnia 2011 r. *Protokół dla urzędzeń TP* potwierdzający wymianę urządzenia ISDN, na którym znajduje się adnotacja *awaria wystąpiła 22.08.2011*, opatrzony podpisem pracownika podmiotu będącego upoważnionym przedstawicielem Telekomunikacji Polskiej. Oprócz tego Odwołujący przedstawił także część argumentów, które podniósł później w odwołaniu, w szczególności podnosząc, iż złożone 17 sierpnia 2011 r. oświadczenie o braku zgody na dokonanie poprawy omyłek powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp bez możliwości późniejszego zatrzymania wadium. Z treści *Protokołu nr 4* komisji przetargowej z 12 września 2011 r. wynika, iż Zamawiający skupił się głównie na polemice z tą częścią złożonych wyjaśnień, prezentując argumentację rozszerzoną później w złożonej odpowiedzi na odwołanie. Natomiast kwestia awarii została skwitowana jednym enigmatycznym zdaniem: *Ponadto wskazane w wezwaniu przyczyny techniczne dotyczące infrastruktury technicznej Wykonawcy także nie wskazują, iż niezuzpełnienie dokumentów w wyznaczonym terminie spowodowane zostało przyczynami od Wykonawcy niezależnymi*. Izba zważyła, iż Zamawiający również w zawiadomieniu o zatrzymaniu wadium, w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie nie kwestionował samego faktu wystąpienia takiej awarii uniemożliwiającej Odwołującemu przesłanie faksu lub wiadomości e-mail bezpośrednio przed upływem terminu na przesłanie uzupełnionych dokumentów. W szczególności Zamawiający nie wykazał, iż awaria ta została spowodowana przyczynami zależnymi od Odwołującego, ani nie podważył wiarygodności, kompletności i spójności dowodów załączonych do wyjaśnień z 31 sierpnia 2011 r. W ocenie składu orzekającego*

Izby awaria urządzenia, za które Odwołujący nie odpowiada i której celowo nie spowodował, nie może być uznana za przyczynę leżącą po stronie Odwołującego, która uniemożliwiła mu uzupełnienie dokumentów w terminie. Niezrozumiałe jest wobec tego domaganie się przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wskazania innych niż związane z awarią infrastruktury telekomunikacyjnej przyczyn, które mógłby uznać za obiektywnie nieleżące po stronie Odwołującego.

Zamiast podważenia tej przyczyny Zamawiający skupił się na dowodzeniu niezachowania przez Odwołującego należytej staranności. Zamawiający ma prawo uważać zwłokę przez Odwołującego z przekazaniem dokumentów faksem lub pocztą elektroniczną do ostatnich kilkunastu minut przed upływem terminu za nierozsądne i będące przejawem niedochowania należytej staranności wymaganej od profesjonalisty. Zasadnie Zamawiający uznał, iż w rezultacie nieuzupełnienia dokumentów w terminie nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i został z niego wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Jednak wykluczenie na tej podstawie, nawet jeżeli poprzedzone było wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 pzp, nie może przesądzać o zasadności zatrzymania wadium z uwagi na niedochowanie należytej staranności przy uzupełnieniu dokumentów, bez wzięcia pod uwagę okoliczności niezależnych od wykonawcy, nawet jeżeli wystąpiły pod koniec wyznaczonego terminu. Skład orzekający Izby wziął również pod uwagę, iż Zamawiający przez sformułowane w pkt. II pisma z 12 sierpnia 2011 r. pouczenie o skutkach niewyrażenia zgody na poprawienie omyłki (w szczególności przez dopisanie *Brak powyższej zgody nie powoduje utraty wadium*), nieświadomie mógł wprowadzić w błąd Odwołującego, iż sama odmowa zgody na dokonanie poprawienia omyłek, spowoduje odrzucenie oferty bez możliwości zatrzymania wadium na podstawie przepisu art. 46 ust. 4a pzp nawet w sytuacji zaniechania złożenia dokumentów.

Niezależnie od powyższego Zamawiający winien mieć na uwadze, iż przepis art. 46 ust. 4a pzp ma charakter szczególnie dotkliwej sankcji mogącej negatywnie wpłynąć na możliwości funkcjonowania wykonawcy, zatem nie tylko musi być interpretowany ściśle, lecz także z uwzględnieniem szczególnego celu, dla którego został wprowadzony. Nie budzi wątpliwości, iż jest nim zapobieganie „ustawianiu” przetargów przez celowe nieuzupełnianie dokumentów przez wykonawcę z niższą ceną, tak by wygrał będący z nim w zмовie wykonawca oferujący wyższą cenę. Stąd w orzecznictwie wielokrotnie podkreślono (np. w wyrokach KIO: z 2 czerwca 2011 r., sygn. akt 1088/11, z 19 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1422/11 i z 20 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1444/11), iż zamawiający winien wziąć pod uwagę nie tylko charakter przyczyn, które były u podstaw nieuczynieniu zadość wezwaniu do

uzupełnienia dokumentów, lecz także wpływu braku uzupełnienia na prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia, szczególnie pod kątem możliwości zaistnienia zmowy przetargowej. W niniejszej sprawie niesporne było, iż z uwagi na pozycję Odwołującego w rankingu ofert (siódma oferta pod względem ceny), obiektywnie brak jego dalszego uczestnictwa w postępowaniu nie mógł wypaczyć jego wyniku. Należy także stanowczo odrzucić sugestię Zamawiającego, iż z punktu wykładni celowościowej należałoby rozciągnąć stosowanie przepisu art. 46 ust. 4a pzp także na sytuację „celowego” niewyrażenia zgody na poprawienie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż może ona służyć wyłącznie zawężeniu a nie rozszerzeniu stosowania tego restrykcyjnego przepisu. Ponadto w przedmiotowej sprawie to Zamawiający podjął decyzję, iż uznał pewne omyłki za podlegające poprawieniu w tym trybie, a nie za omyłki oczywiste.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 7 i art. 46 ust. 4 a ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być uznane za mające wpływ na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. W szczególności Izba podziela pogląd, iż uwzględnienie zarzutów dotyczących niesłusznego zatrzymania wadium w żadnym wypadku nie może rzutować na wynik postępowania. *De lege lata* Izba nie widzi również możliwości uwzględnienia postulatu Odwołującego by kierując się względami słuszności interpretować art. 192 ust. 2 pzp jako odnoszący się do wyniku postępowania odwoławczego. Z tych względów Izba, działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisami: § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis. Nie uwzględniono jednak wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie od Odwołującego kosztów zastępstwa w kwocie 3600 zł, wobec nieprzedłożenia do zamknięcia rozprawy stosownego rachunku, czego bezwzględnie wymaga przepis § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: