

Sygn. akt: KIO 2861/12

**WYROK**

**z dnia 11 stycznia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne sp. z o.o. w Tarnowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Medyczny w Łodzi**

przy udziale wykonawcy **Activis Polska sp. z o.o. w Poznaniu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne sp. z o.o. w Tarnowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne sp. z o.o. w Tarnowie** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny w Łodzi prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa, integracja i konfiguracja Hybrydowego Systemu Telefonii składającego się z zestawu central i aparatów telefonicznych dla Centrum Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 grudnia 2012 r., poz. 256533.

W dniu 17 grudnia 2012 r. zamawiający przesłał w formie faksu wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne sp. z o.o. w Tarnowie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Activis Polska sp. z o.o. w Poznaniu, zwanego dalej „przystępującym”. Zamawiający poinformował także odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, jak również o odrzuceniu złożonej przez niego oferty.

Wobec czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, wobec czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty odwołujący wniósł w dniu 21 grudnia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie z postępowania przetargowego odwołującego i odrzucenie jego oferty pomimo, iż do dnia dokonania przez zamawiającego wyboru oferty oraz podjęcia czynności wykluczenia wykonawca nie miał żadnej możliwości uzupełnienia dokumentu w postaci polisy OC oraz dowodu jej opłacenia, jak również złożenia wyjaśnień co do rozbieżności występujących pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia a zestawieniem ilościowym oferowanego sprzętu i oprogramowania,
- 2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp polegające na prowadzeniu postępowania z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez ustalenie terminów: uzupełnienia braków oferty, złożenia wyjaśnień oraz prezentacji sprzętu w sposób uniemożliwiający prawidłowe wykonanie nałożonych przez zamawiającego obowiązków,
- 3) art. 27 ust. 1-3 ustawy Pzp polegające na zobowiązaniu wykonawcy w wezwaniu z dnia 12 grudnia 2012 r. do przesłania polisy OC i dowodu jej opłacenia także w drodze

- przesyłek poleconych, pomimo dokonania przez zamawiającego wyboru formy przesyłania wniosków, pism, oświadczeń w postaci faksu lub poczty elektronicznej,
- 4) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na niezłożenie wyjaśnień co do rozbieżności występujących pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia a zestawieniem ilościowym oferowanego sprzętu i oprogramowania, pomimo że wykonawca nie miał możliwości uczynienia tego w terminie określonym przez zamawiającego,
  - 5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najmniej korzystnej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, wykluczenia odwołującego, odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty,
- 2) powtórzenia czynności polegających na:
  - a) wezwaniu odwołującego do dostarczenia dokumentów: opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia oraz dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy,
  - b) wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia w punkcie 8 a zestawieniem ilościowym oferowanego sprzętu i oprogramowania, dotyczącej modułu centralnego ze złączami,
  - c) wezwaniu odwołującego do prezentacji systemu na potrzeby postępowania w zakresie opisanym w piśmie zamawiającego z dnia 12 grudnia 2012 r.,
- 3) unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku jej zawarcia.

W uzasadnieniu odwołujący wywodził, że w dniach 12 i 13 grudnia 2012 r. odnotował próby przesłania mu od zamawiającego faksu. Ponieważ były one nieskuteczne (nieczytelność dokumentów, przesłanie niepełnej treści) przesłał zamawiającemu dwa pisma z prośbą o skuteczne przesłanie pism. Ponadto, w tych dniach uszkodzeniu uległ serwer poczty elektronicznej, wskutek czego - z obiektywnych przyczyn - nie było możliwe otrzymanie przez odwołującego korespondencji tą drogą. W dniu 17 grudnia 2012 r. w godzinach wieczornych Prezes Zarządu odwołującego odebrał przesłane mu pocztą (awizowane w dniu 14 grudnia 2012 r.) wezwanie do przedstawienia dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej oraz dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy, a także do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia w punkcie 8 a zestawieniem ilościowym

oferowanego sprzętu i oprogramowania. Wskazano, iż ww. czynności należy dokonać do dnia 14 grudnia 2012 r. Zamawiający zażądał przesłania dokumentów w oryginałach lub uwierzytelnionych kopiach faksem oraz nadesłania ich także w drodze przesyłki poleconej. W tym samym dniu wykonawca otrzymał wezwanie do prezentacji systemu na potrzeby postępowania. W piśmie domagano się wykonania czynności w terminie 24 godzin od momentu zawiadomienia.

Odwołujący argumentował, że w dniu 17 grudnia 2012 r. o godzinie 18.05 otrzymał faksem zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty.

Zdaniem odwołującego, zamawiający z naruszeniem prawa wykluczył go z postępowania i odrzucił jego ofertę. Wykonawca uzyskał bowiem w tym samym dniu, tj.: 17 grudnia 2012 r.: wezwanie do uzupełnienia wskazanych braków oraz zawiadomienie o wyborze oferty wraz z informacjami o wykluczeniu i odrzuceniu oferty. Odwołujący nie miał żadnej możliwości uzupełnienia braków oraz złożenia wyjaśnień wskazanych w wezwaniu, albowiem zamawiający - nie czekając na nadesłanie żądanych dokumentów i informacji - przystąpił do rozstrzygnięcia przetargu.

Odwołujący wywodził, że nawet gdyby przyjąć, iż wezwanie z dnia 12 grudnia 2012 r. zostało przesłane odwołującemu w dniu 14 grudnia (dzień w którym awizowano przesyłkę) - to nie budzić może żadnych wątpliwości, iż wykonawca nie mógł do 14 grudnia (to jest w tym samym dniu) wykonać czynności, których domagał się zamawiający. Postępowanie to narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zasady te zamawiający potraktował jako formalności wyznaczając termin składania ofert do dnia 12 grudnia 2012 r., zaś termin uzupełnienia braków i złożenia wyjaśnień wskazał wykonawcy na dzień 14 grudnia 2012 r. Co więcej zamawiający zaznaczył, iż dokumenty określone w wezwaniu należy nadesłać w oryginałach lub potwierdzonych kopiach przesyłką poleconą na adres wskazany w piśmie, pomimo wyboru formy przesyłania wniosków, pism oświadczeń w postaci faksu lub poczty elektronicznej.

W ocenie odwołującego, skoro wezwanie zamawiający sporządził w dniu 12 grudnia 2012 r. - to oczywistym jest, że wykonawca nie mógł spełnić warunku, jakim było nadesłanie dokumentów przesyłką poleconą, do dnia 14 grudnia 2012 r. Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest zobowiązany do wezwania wykonawców, którzy nie złożyli w terminie wymaganych dokumentów - do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Nie może budzić wątpliwości, iż wyznaczając termin zamawiający musi kierować się podstawowymi zasadami udzielania zamówień. Należy do nich przede wszystkim zasada zachowania uczciwej konkurencji - w interesie zamawiającego i w interesie publicznym jest udział w postępowaniu

większej liczby wykonawców. Ustalenie rażąco krótkich terminów uchybia tej zasadzie, albowiem takie postępowanie w istocie wyklucza wykonawców, którzy z powodu drobnych braków nie mogą stanąć do konkurencji z innymi oferentami.

Odwołujący podniósł również, że naruszeniem wskazanych zasad było także zażądanie przez zamawiającego dostarczenia w celu prezentacji sprzętu opisanego w piśmie z 12 grudnia 2012 r. w terminie 24 godzin. Ponadto zamawiający dokonując wyboru oferty mniej korzystnej uchybił art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z 9 stycznia 2012 r., w której wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając swoje stanowisko i dowody na jego poparcie. Zamawiający przedstawił inny przebieg okoliczności faktycznych. Wywodził, że sekwencja wydarzeń wyglądała następująco:

1. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 grudnia 2012 r. z terminem otwarcia 12 grudnia 2012 r. W wyznaczonym terminie wpłynęły dwie oferty: przystępującego i odwołującego.
2. w dniu 12 grudnia 2012 r. o godz. 14:33 przesłano drogą elektroniczną wezwanie do złożenia wyjaśnień, uzupełnień oraz prezentacji. Godzina wezwania na faksie 15:21. Do przystępującego dostarczono skutecznie, do odwołującego - pierwsze próby nie przyniosły żądanego skutku.
3. w dniu 12 grudnia 2012 r. w związku z licznymi nieudanymi próbami dostarczenia wezwań do wykonawcy, pracownik zamawiającego wykonał telefon pod podany w ofercie numer. Na prośbę podania alternatywnego numeru faks lub adresu e-mail usłyszał, że do kontaktu z firmą należy używać danych podanych w ofercie.
4. w dniu 12 grudnia 2012 r. godz. 17:05 - otrzymano faksem od odwołującego informację o tym, że wysłany przez zamawiającego dokument składający się z dwóch stron dotarł niekompletny z czego pierwsza jest nieczytelna, druga zawiera tylko nagłówek faksu zamawiającego (oryginał przysłano do wykonawcy pocztą kurierską 13.12.2012 r. o godz. 13:30).
5. w dniu 13 grudnia 2012 r., godz. 8:37 - powtórne wezwanie do uzupełnień, wyjaśnień, prezentacji wysłane mailem na adres [biuro@iqcst.com](mailto:biuro@iqcst.com) oraz [dariusz.jasnoch@iqcst.com](mailto:dariusz.jasnoch@iqcst.com) – co stanowi dowód skutecznego dostarczenia na obydwa maile.
6. w dniu 13 grudnia 2012 r., godz. 10:00 wysłanie maila z witryny [wp.pl](http://wp.pl) -adres założony przez zamawiającego specjalnie na potrzeby postępowania - próba dostarczenia nieudana.
7. w dniu 13 grudnia 2012 r. wysłanie wezwania drogą pocztową, godz. 12:10 -przyjęcie przesyłki przez kuriera.

8. w dniu 13 grudnia 2012 r., godz. 13:11 - potwierdzenie skutecznego przesłania dwóch stron na numer faksu odwołującego.
9. w dniu 13 grudnia 2012 r. godz. 16:48 zamawiający otrzymał czytelny faks z prośbą o skuteczne dostarczenie korespondencji faksem lub listem (oryginał otrzymał 17.12.2012 r.).
10. w dniu 14 grudnia 2012 r. kurier pozostawia w siedzibie odwołującego awizo, ze względu na nieodebranie przesyłki z dokumentacją. Pracownik odwołującego stwierdził, że do odbioru przesyłek w firmie upoważniony jest tylko Prezes spółki. Na prośbę zamawiającego kurier próbował dwukrotnie, o godz. 8:50 oraz 11:35, dostarczyć przesyłkę.
11. w dniu 14 grudnia 2012 r. godz. 14:01, potwierdzenie skutecznego dostarczenia maila zawierającego wezwanie do uzupełnień, wyjaśnień, prezentacji, wysłane na adres na adres [dariusz.jasnoch@iqcst.com](mailto:dariusz.jasnoch@iqcst.com).
12. w okresie między 12 a 14 grudnia zamawiający wielokrotnie próbował przesłać wezwanie zarówno za pomocą faksu jak i maila oraz skontaktować się telefonicznie z wykonawcą - pracownicy wykonawcy nie odbierali telefonów.
13. wybór oferty najkorzystniejszej w dniu 17 grudnia 2012 r. godz. 18:04 przesłany i skutecznie dostarczony faksem do odwołującego.
14. w dniu 17 grudnia 2012 r. godz. 19:40 potwierdzenie odebrania awizo w urzędzie pocztowym.
15. w dniu 21 grudnia 2012 r. odwołanie wpłynęło do zamawiającego.

W oparciu o powyższy stan faktyczny zamawiający wywodził, że wszelkimi dostępnymi sposobami i kanałami komunikacji skierował do odwołującego korespondencję i posiada dowody skutecznego doręczenia zarówno faksu jak i wiadomości przesłanej drogą elektroniczną.

Na potwierdzenie powyższego zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie:

1. Raport z doręczenia wiadomości na adres [biuro@iqcst.com](mailto:biuro@iqcst.com) oraz [dariusz.jasnoch@iqcst.com](mailto:dariusz.jasnoch@iqcst.com) na okoliczność skutecznego dostarczenia na obydwie maile, w dniu 13 grudnia 2012 r. godz. 8:37;
2. Raport z doręczenia wiadomości na adres [dariusz.jasnoch@iqcst.com](mailto:dariusz.jasnoch@iqcst.com) na okoliczność skutecznego dostarczenia, z adresu mailowego 14 grudnia 2012 r. godz. 14:01;
3. Wydruk z raportu faksu z dnia 13 grudnia 2012 r. godz. 13:13;
4. Wydruk wiadomości mailowej wraz z raportem z dnia 14 grudnia 2012 r. godz. 15:41;
5. Wydruki z raportu faksu z dnia 14 grudnia 2012 r. godz. 14:54, godz. 12:11, godz. 12:09;
6. Wydruki z raportu faksu z dnia 13 grudnia 2012 r. godz. 16:45, godz. 16:43, godz. 13:01, godz. 12:53, godz. 10:08;
7. Wydruk wiadomości mailowej wraz z raportem z dnia 14 grudnia 2012 r. godz. 14:01;

8. Raport całościowy z faksu zamawiającego z dnia 14 grudnia 2012 r. godz. 12:09, godz. 16:32, godz. 16:28;
9. Wydruk wiadomości mailowej wraz z raportem z dnia 13 grudnia 2012 r. godz. 10:06;
10. Wydruk wiadomości mailowej wraz z raportem z dnia 13 grudnia 2012 r. godz. 10:00 dla adresu założonego na domenę wp.pl;
11. Wydruki z raportu faksu z dnia 12 grudnia 2012 godz. 15:24, godz. 15:22, godz. 13:01, godz. 12:53, godz. 10:08;
12. Analizę dziennika serwera pocztowego pod względem skuteczności wysyłki na adres: biuro@iqcst.com;
13. Opinię w sprawie wymiany korespondencji poczty elektronicznej między Edytą Wysokińską a odbiorcami w domenie iqcst.com w dnia 12-14 grudnia 2012 r.;
14. Notatkę służbową z dnia 18 grudnia 2012 r.

Zamawiający wywodził, że twierdzenia odwołującego odnośnie uszkodzenia serwera poczty nie znajdują potwierdzenia w trakcie dokonywania analizy merytorycznej. Powołując się na ww. opinię i analizę argumentował, że serwer poczty nie był uszkodzony i działał prawidłowo, a niemożność dostarczenia skutecznej wiadomości wynikała z błędu lub celowego działania, tak aby nie odbierał kierowanej korespondencji, co więcej ostatecznie w dniu 14 grudnia 2012 r. adres biuro@iqcst.com został usunięty z serwera. Komunikaty z dni 12 i 13 informują jedynie o nieudanej próbie zapisania wiadomości w skrzynce odbiorczej użytkownika „biuro”. Komunikaty te mogą wskazywać na brak dostępu z poziomu samego systemu plików w wyniku błędów konfiguracyjnych lub celowego działania.

Zamawiający zwracał uwagę, że w tym samym czasie inne konta domeny iqcst.com np.: dariusz.jasnoch@iqcst.com działały prawidłowo. Zmiana rodzajów błędów zgłaszanych przez serwer pocztowy domeny iqcst.com między 13 a 14 grudnia wskazuje na ingerencje administratora poczty, a tym samym oznacza, że administrator był świadomy sposobu funkcjonowania konta biuro@iqcst.com. Fakt utrzymywania takiego stanu konfiguracji jednego konta systemu poczty elektronicznej przez kilka kolejnych dni, z punktu widzenia praktyki należy rozumieć jako zamierzone działanie. Podkreślał brak jakichkolwiek dowodów, które wskazywałyby na rzeczywiste wystąpienie awarii m.in. w postaci zlecenia naprawy uszkodzonego faksu.

Argumentował, że działanie odwołującego polegające na odmowie przyjęcia przesyłki przesłanej kurierem, w sytuacji gdy wcześniej prosi się o kontakt listowny uznać należy za rażąco przykładowy niedołożenia należytej staranności. Jeżeli bowiem wnioskuje się do Zamawiającego o doręczenie korespondencji listownej, a następnie Prezes firmy opuszcza siedzibę firmy nie pozostawiając żadnej osoby upoważnionej do odbioru korespondencji, uznać należy takie działanie za rażąco nienależyte a nawet celowe.

Zamawiający wywodził, iż sprzecznym ze wskazaniami logiki i doświadczenia życiowego jest fakt, iż w spółce posiadającej oddział w Polsce, kapitał zakładowy na poziomie 126.000 zł, w której uprawnionym do składania oświadczeń woli jest Prezes Zarządu oraz dwóch prokurentów łącznie, jedyną osobą uprawnioną do odbioru korespondencji jest Prezes Zarządu. Tym bardziej, że do przyjmowania oświadczeń woli zgodnie z regulacją kodeksu spółek handlowych jaki i kodeksu cywilnego art. 1094 § 2 k.c. są uprawnieni jednoosobowo czy to prezes czy też prokurent choćby prokura miała charakter łącznej.

Zamawiający zwracał uwagę, iż fakсы kierowane przez odwołującego do zamawiającego dochodziły skutecznie oraz na fakt, iż wykonawca po uzyskaniu informacji o pozostawionym awizo w dniu 14 grudnia 2012 r., nie odebrał ich niezwłocznie, a dopiero po uzyskaniu informacji o wykluczeniu z postępowania w dniu 17 grudnia 2012 r. o godz. 19:40. Dodatkowo osoba wskazana w złożonej ofercie do kontaktu ze strony wykonawcy, na czas po złożeniu oferty, udaje się na urlop. Podczas kontaktu telefonicznego oświadcza, iż znajduje się na urlopie, nie wie co dzieje się w firmie i prosi o kontakt na numer faksu, adres mailowy podany w ofercie.

Zamawiający uważał, że uruchomił każdy kanał komunikacji z odwołującym, zaś podejmowane w tym zakresie działania miały charakter spójny i cechowały się wysokim stopniem należytej staranności. Wielokrotne próby doręczenia w drodze faksu, drogą elektroniczną zarówno na adres podany w ofercie jak i adres znany Zamawiającemu „z urzędu” z wcześniejszego postępowania, założenie dodatkowej skrzynki na domenie wp.pl, wysłanie jeszcze przed dostarczeniem prośby przez odwołującego z własnej inicjatywy kurierem przesyłki listowej.

Odnosząc się do drugiego zarzutu zamawiający wywodził, że polisa OC to dokument, który wykonawca powinien posiadać już na etapie składania ofert. Uczynienie zadość wezwaniu ogranicza się do sporządzenia i przesłania kserokopii polisy oraz potwierdzenia uiszczenia opłaty znajdującej się u wykonawcy. Wywodził natomiast, że odwołujący był w posiadaniu przedmiotowej polisy. Argumentował, że odwołujący nie kwestionował terminu prezentacji, który został określony w SIWZ. Podnosił, że odwołujący błędnie odczytał wezwanie zamawiającego, zamawiający wezwał do uzupełnienia opłaconej polisy oraz wyjaśnień za pośrednictwem dwóch kanałów tj. faksem oraz nadesłanie ich w drodze przesyłki poleconej. Odwołujący w ciągu 2 dni miał jedynie nadać przesyłkę zawierającą dokumenty i wyjaśnienia.

Co do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający argumentował, że wskazany przepis nie stanowił on podstawy wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu. W konsekwencji, za chybiony uznał także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.



Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu przystąpił wykonawca Activis Polska sp. z o.o. w Poznaniu. Wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego była ofertą najtańszą spośród wszystkich złożonych ofert. Zarzucał on zamawiającemu niezasadne wykluczenie go z udziału w postępowaniu i niezasadne odrzucenie złożonej przez siebie oferty. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp wykluczył go z postępowania względnie odrzucił złożoną ofertę, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tych czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zgodnie z pkt VIII 1.4 SIWZ zatytułowanym „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy *znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Warunek ten zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia o wartości nie niższej niż 140.000,00 zł.*

W celu potwierdzenia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu należało złożyć *opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (pkt IX. A.2 SIWZ).*

W pkt XII SIWZ zatytułowanym „Informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami” *w postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują faksem, pisemnie oraz drogą elektroniczną. Każda ze stron na żądanie drugiej potwierdza fakt otrzymania oświadczenia, wniosku, zawiadomienia lub informacji.*

Z kolei w myśl załącznika nr 2 do SIWZ *Przedmiotem zamówienia jest Hybrydowy System Telefonii.* Jednym z elementów zamawianego systemu było 5 szt. modułów centralowych ze złączami analogowymi cyfrowymi (pkt 8 załącznika nr 2 do SIWZ, z uwzględnieniem modyfikacji SIWZ z 6 grudnia 2012 r.).

Zamawiający przewidział również w pkt 4 załącznika nr 2 do SIWZ, iż na etapie badania ofert *zastrzega sobie możliwość weryfikacji oferty poprzez wezwanie oferenta do zaprezentowania wybranych elementów systemu oraz ich działania w zakresie:*

*- Prezentacji jednego z wybranych modułów VoIP zakresie konfiguracji następujących funkcjonalności:*

*a. konfiguracji 150 kont abonenckich w ramach prezentowanego modułu*

*b. konfiguracji modułu w trybie autonomicznym z obsługą 1 łącza SIP-TRUNK oraz 30 kont publicznych*

*c. podłączenia do skonfigurowanego modułu po jednym modelu dostarczanego telefonu (1 szt. stacjonarna i 1 szt. bezprzewodowa) oraz wykonania testowych połączeń w ramach skonfigurowanej grupy abonenckiej oraz do operatorów zewnętrznych (stacjonarnych, VoIP oraz komórkowych). Zamawiający wykona po 2 połączenia testowe do operatorów zewnętrznych (stacjonarnych, VoIP, komórkowych) oraz lokalnych, z których każde połączenie musi zakończyć się sukcesem.*

*W przypadku podjęcia przez Zamawiającego decyzji o przeprowadzeniu powyższych testów, Wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia wybranego przez Zamawiającego przykładowego modułu (jednego spośród oferowanych), jednej szt. telefonu stacjonarnego, jednej szt. telefonu bezprzewodowego oraz testowego SIP-TRUNKA i 30 kont publicznych umożliwiających przeprowadzenie powyższych testów w ciągu 24 godzin od momentu zawiadomienia.*

Odwołujący złożył ofertę, w której podał następujące dane kontaktowe: nr telefonu 14 637 66 20, nr faksu 14 637 66 21, adres poczty elektronicznej [biuro@iqcst.com](mailto:biuro@iqcst.com). Ponadto jako osobę uprawnioną do kontaktu z zamawiającym wskazał Pana D..... J..... (formularz ofertowy, s. 1).

Odwołujący w dacie upływu terminu składania ofert dysponował polisą potwierdzającą ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej (oświadczenie odwołującego złożone w trakcie rozprawy). Jednakże nie złożył wraz z ofertą polisy ani innego dokumentu potwierdzającego, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej.

Ponadto załączył do oferty zestawienie ilościowe oferowanego sprzętu i oprogramowania z 11.12.2012 r. w którym w pkt I.4. wymienił 5 szt. modułu centralowego ze złączami analogowymi iqSystem BL 2E1. Złożył również dokument – opis przedmiotu zamówienia, w którym w pkt 8 oświadczył, że oferuje moduły centralowe ze złączami cyfrowymi (oferta odwołującego).

Pismem z dnia 12 grudnia 2012 r., znak: ZP/114/P2/2012 zamawiający postanowił:

- a) wezwać odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia oraz dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy,
- b) wezwać odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień rozbieżności pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia w punkcie 8, w którym odwołujący oferował moduł centralny ze złączami cyfrowymi a załączonym zestawieniem ilościowym oferowanego sprzętu, w którym oferował moduł centralny ze złączem analogowym iqSystem BL 2E1.

Zamawiający wskazał w ww. piśmie, że termin dopełnienia czynności upływa 14 grudnia 2012 r. Dokument należało przesłać na numer faksu 42 272 5948 oraz nadać w drodze przesyłek poleconych nadawanych w ww. terminie na adres zamawiającego.

Ponadto, pismem z tego samego dnia, zamawiający powołując się na załącznik nr 2 punkt 4 postanowił wezwać odwołującego, celem prezentacji, opisanego w punkcie 8:

modułu centralowego ze złączami cyfrowymi wraz z systemem podtrzymania zasilania oraz po 1 sztuce zaoferowanych aparatów telefonicznych stacjonarnego i bezprzewodowego. Ponadto wezwał do dostarczenia SIP-TRUNK-a i 30 kont publicznych SIP umożliwiających przeprowadzenie testów. Zamawiający poinformował, że wykonawca zobowiązany jest do dopełnienia przedmiotowej czynności w ciągu 24 godzin od momentu zawiadomienia.

W dniu 12 grudnia 2012, godz. 14:39.17, a także 13 grudnia 2012, godz. 08:37.02 ww. wezwania zostały przesłane mailem na adres [biuro@iqcst.com](mailto:biuro@iqcst.com) w taki sposób, że odwołujący mógł zapoznać się z ich treścią. Powyższe ustalono na podstawie raportu z doręczenia wiadomości na adres [biuro@iqcst.com](mailto:biuro@iqcst.com), załączonego do odpowiedzi na odwołanie, sporządzonej na jego podstawie analizie dziennika serwera pocztowego pod względem skuteczności wysyłki na adres [biuro@iqcst.com](mailto:biuro@iqcst.com).

W dniu 13 grudnia 2012, godz. 13:11 ww. wezwania zostały przesłane pod nr faksu odwołującego w taki sposób, że mógł zapoznać się z ich treścią. Powyższe ustalono na podstawie raportu z transmisji faksowej, załączonego do odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 14 grudnia 2012 r. o g 8.00 oraz 11.35 pracownicy odwołującego dwukrotnie odmówili przyjęcia przesyłki kurierskiej z ww. korespondencją twierdząc, że do odbioru przesyłek w firmie upoważniony jest tylko Prezes Zarządu spółki. Powyższe wynikało z druku awiza załączonego do odwołania, a ponadto ta okoliczność faktyczna nie była sporna pomiędzy stronami. Odwołujący mógł zatem zapoznać się z treścią korespondencji przesłanej przez zamawiającego w formie pisemnej dnia 14 grudnia 2012 r. o g. 8.00.

Zamawiający w dniu 17 grudnia 2012 r. wykluczył odwołującego z postępowania, informując o tym odwołującego faksem o g. 18.04, w taki sposób że mógł on zapoznać się z jego treścią. Powyższa okoliczność faktyczna nie była sporna pomiędzy stronami. Zamawiający wskazał, że odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż w odpowiedzi na wezwania zamawiającego nie uzupełnił opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia oraz dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy. Ponadto zamawiający poinformował, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Wywiódł, że odwołujący nie złożył wyjaśnień rozbieżności pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia w punkcie 8, w którym wskazano moduł centralny ze złączami cyfrowymi, a zestawieniem ilościowym oferowanego sprzętu gdzie zaoferowano moduł

centralny ze złączem analogowym, a ponadto odwołujący nie stawiał się na prezentację wybranego modułu opisanego w SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. Odwołujący naruszenia przywołanych przez siebie przepisów upatrywał w tym, iż nie miał żadnej możliwości uzupełnienia dokumentu w postaci polisy OC oraz dowodu jej opłacenia, jak również złożenia wyjaśnień co do rozbieżności występujących pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia a zestawieniem ilościowym oferowanego sprzętu i oprogramowania. Zamawiający uważał zaś, że wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień skutecznie przesłał odwołującemu.

*Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu Cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei zaś w myśl art. 61 § 1 KC 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. Ponadto, w myśl art. 61 § 2 KC 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.*

Jak wynika z przywołanych przepisów, z punktu widzenia znajdujących zastosowanie w niniejszej sprawie przepisów materialnego prawa cywilnego bez znaczenia pozostaje zatem kwestia, czy adresat faktycznie zapoznał się z treścią składanego mu oświadczenia. Istotne jest jedynie, czy oświadczenie zostało mu przesłane w taki sposób, że potencjalnie miał możliwość zapoznania się z jego treścią.

W ocenie Izby zamawiający wykazał fakt przesłania wezwania odwołującemu w formie elektronicznej, w formie faksowej, jak również w formie pisemnej w taki sposób, że ten ostatni mógł, w normalnym toku czynności, zapoznać się z treścią wezwania.

Odnosnie formy elektronicznej Izba stwierdziła, że odwołujący miał możliwość zapoznania się z treścią wiadomości w dniu 12 grudnia 2012 r. g. 14:39:17 oraz w dniu 13 grudnia 2012 r. g. 08:37:02. Odwołujący podniósł w treści odwołania, iż w dniach 12 – 13 grudnia 2012 r. uszkodzeniu uległ serwer poczty elektronicznej, wskutek czego - z obiektywnych przyczyn - nie było możliwe otrzymanie przez niego korespondencji tą drogą. Powyższe twierdzenia odwołującego pozostały gołosłowne, albowiem nie przeprowadził on żadnego dowodu celem wykazania przywoływanej przez siebie okoliczności faktycznej.

Dowód przeciwny przeprowadził natomiast zamawiający. Do odpowiedzi na odwołanie zamawiający załączył bowiem raporty z przesłania wiadomości na adresy poczty elektronicznej `biuro@iqcst.com` oraz `dariusz.jasnoch@iqcst.com` a także sporządzone na ich podstawie analizy dziennika serwera pocztowego pod względem skuteczności wysyłki. Linia status=`sent (250 2.0.0 Ok: queued as A3F94DF015C)` oraz linia status=`sent (250 2.0.0 Ok: queued as 6492CDF015C)` świadczyły o przyjęciu przez serwer pocztowy `poczta.iqcst.com` przesyłki do kolejki pod numerem `A3F94DF015C` a następnie pod numerem `6492CDF015C`, odpowiednio w dniu 12 grudnia 2012 r. g. 14:39:17 oraz w dniu 13 grudnia 2012 r. g. 08:37:02.

Powyższe dowody pozwoliły Izbie na ustalenie, że serwer pocztowy działał w sposób prawidłowy i otrzymywał wiadomości mailowe. W orzecznictwie Sądu Najwyższego jako moment złożenia oświadczenia elektronicznego uznaje się chwilę przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych (por. postanowienie SN z dnia 10 grudnia 2003 r., V CZ 127/03, OSNC 2005, nr 1, poz. 12.). Natomiast obowiązek zapewnienia drożności samego urządzenia, które służy do obsługi elektronicznego kanału komunikacji, właściwej konfiguracji skrzynki pocztowej, jej regularnego opróżniania obciąża odbiorcę, a nie nadawcę wiadomości. W doktrynie prawa cywilnego akcentuje się bowiem, że w normalnym toku czynności mieści się konieczność zapewnienia prawidłowego funkcjonowania urządzenia adresata, które wskazał on nadawcy jako możliwy do wykorzystania środek komunikacji (por. Kodeks Cywilny. Komentarz, red. E. Gniewek, Wydawnictwo C.H. Beck wyd. 4, Warszawa 2011, s. 154). Zaś odwołujący wyraźnie wskazał zamawiającemu w formularzu ofertowym elektroniczny kanał komunikacji i adres poczty elektronicznej. W ocenie Izby okoliczności typu przepełnienie tego konta poczty elektronicznej czy przypadkowe usunięcie z serwera pocztowego wskazanego konta poczty elektronicznej obciążają odbiorcę a nie nadawcę wiadomości. Z omawianego powodu błąd polegający na braku możliwości zapisania wiadomości przez serwer pocztowy odwołującego w skrzynce pocztowej „biuro” (komunikat: `550 5.0.0 Can't create output`) obciążał odwołującego a nie zamawiającego. Do obowiązków adresata należy bowiem prawidłowe skonfigurowanie skrzynki pocztowej, która wskazywana jest zamawiającemu jako przeznaczona do kontaktów.

W tym kontekście podkreślenia wymaga, że odwołujący jest profesjonalistą, spółką prawa handlowego, a zatem należy jego staranność należy oceniać poprzez pryzmat zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Jednocześnie za zupełnie niezrozumiałe należy uznać to, że stan niemożności zapisania przez serwer pocztowy odwołującego otrzymanej wiadomości w skrzynce „biuro” utrzymywał się w dniach 12 – 13 grudnia 2012 r. i nie został usunięty. Podkreślenia wymaga ponadto, że jak wynika z raportów, od dnia 14 grudnia 2012 r. od godz. 14:01:02 serwer pocztowy odwołującego

zaczął zwracać nowy komunikat o błędzie: (550 5.1.1 User unknown in local recipient table) przy próbie zapisania wiadomości do skrzynki o nazwie „biuro”. Komunikat ten wskazywał w ogóle na brak skrzynki poczty elektronicznej o nazwie „biuro” w domenie iqcast.com, co świadczyło o jego usunięciu lub zablokowaniu przez administratora. A zatem administrator miał świadomość sytuacji, a pomimo tego przez trzeci kolejny dzień utrzymywał stan nieprawidłowej konfiguracji konta „biuro”, powodujący, że wiadomości otrzymywane przez serwer nie mogły być zapisane do skrzynki „biuro”. Nie świadczy o profesjonalizmie odwołującego również to, iż osoba, która wskazała jako osobę uprawnioną do kontaktów z zamawiającym, poinformowana o problemach w komunikacji elektronicznej i faksowej i poproszona o wskazanie innych numerów faksów czy adresów poczty elektronicznej nie wskazała takich danych, zasłaniając się tym, że znajduje się na urlopie. Analogicznie należy ocenić zaniechanie, zwykłych, w praktyce działania firmy informatycznej, działań, jak choćby założenia konta poczty elektronicznej na innym serwerze pocztowym i wskazania go zamawiającemu.

Odnośnie formy faksowej Izba stwierdziła, że w dniu 13 grudnia 2012 r., godz. 13:11 ww. wezwania zostały przesłane pod nr faksu odwołującego w taki sposób, że mógł zapoznać się z ich treścią. Na podstawie raportu z transmisji faksowej 2 stron dokumentu ze statusem „OK”, załączonego do odpowiedzi na odwołanie ustalono, że zamawiający przesłał odwołującemu skutecznie 2 strony wezwania. Z powyższego na zasadzie domniemania faktycznego Izba ustaliła, że przesłanie to nastąpiło w taki sposób, że odwołujący mógł zapoznać się z jego treścią. W tym kontekście podkreślenia wymaga, że w doktrynie prawa cywilnego i orzecznictwie Sądu Najwyższego dopuszcza się ustalenie tej ostatniej okoliczności na zasadzie domniemania faktycznego. Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę, że odwołujący, pomimo nałożonego na niego przez Izbę obowiązku przybycia na rozprawę z „całością dokumentacji w sprawie” (zawiadomienie o rozprawie z 3 stycznia 2013 r.), nie złożył faksów od zamawiającego, co do których w pismach kierowanych do zamawiającego twierdził, iż 1 strona była nieczytelna a druga zawierała jedynie nagłówek. Nie przedstawił także jakiegokolwiek raportu z połączeń odbiorczych swego urządzenia faksującego, dowodów na awarie tego urządzenia czy prób jego napraw. Nie wykazał zatem, iż z oświadczeniem zamawiającego przesłanym do niego za pomocą faksu nie mógł się zapoznać, choć jak sam twierdził w odwołaniu – odnotowywał próby przesłania mu korespondencji drogą faksową w dniach 12 – 13 grudnia 2012 r.

W ocenie Izby zamawiający wykazał również, że przesłał wykonawcy wezwanie również w formie pisemnej w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią. Nastąpiło to dnia 14 grudnia 2012 r. ok. godziny 8.00, tj. wtedy gdy w siedzibie odwołującego po raz

pierwszy stawiał się kurier z przesyłką listową. Chwilę awizowania przesyłki Izba ustaliła na podstawie awiza załączonego do odwołania. Pracownicy odwołującego odmówili przyjęcia korespondencji argumentując, że tylko Prezes Zarządu jest do tego upoważniony. Co znamienne, o stawiennictwie kuriera został niezwłocznie powiadomiony Prezes Zarządu, który – jak oświadczył w trakcie rozprawy - wiedząc, że przesyłka pochodzi od zamawiającego nie zdecydował się jednak na polecenie swym pracownikom przyjęcia przesyłki, a jedynie usiłował nakłonić kuriera aby ten oczekiwał na jego przybycie do siedziby formy przez ponad 30 minut. Ten nie zgodził się na to, ale na wyraźną prośbę zamawiającego ponowił próbę doręczenia o g. 11.35. Przybywszy na miejsce jednak powtórnie spotkał się z odmową przyjęcia przesyłki, tym razem z powodu wyjazdu Prezesa Zarządu poza siedzibę spółki.

Taka sytuacja jednoznacznie interpretowana jest w doktrynie prawa cywilnego jako możliwość zapoznania się z oświadczeniem nadawcy w normalnym toku czynności. W piśmiennictwie akcentuje się bowiem, że *gdy dochodzi do pozostawienia pisma w placówce pocztowej z jednoczesnym poinformowaniem przez tzw. awizo o możliwości podjęcia przesyłki, za datę złożenia oświadczenia w ujęciu prawa materialnego należy uznać dzień, w którym nastąpiła pierwsza próba doręczenia pod właściwym adresem, potwierdzona pozostawieniem odpowiedniej informacji dla adresata.* (por. *Komentarz do ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U.94.16.93)*, [w:] B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda, *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz, LEX, 2009*). *Pismo w postaci listu poleconego lub telegramu należy uważać za doręczone ("złożone") w razie odmowy przyjęcia pisma przez adresata.* (por. *Piasecki Kazimierz, komentarz, Zakamycze 2003, Komentarz do ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U.64.16.93)*, [w:] K. Piasecki, *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz, Zakamycze, 2003*).

W kontekście oceny całości zaistniałego stanu faktycznego, zaniechań odwołującego dodać należy, że wykonawca ten w piśmie z dnia 12 grudnia 2012 r. skierowanym do zamawiającego wnosił o „skuteczne dostarczenie korespondencji”. Pomimo monitów ze strony zamawiającego, nie podał jednak w jaki sposób możliwe jest skuteczne doręczenie do niego korespondencji. Nie podał innego numeru faksu (np. swojego oddziału w Gdyni), nie założył konta poczty elektronicznej na innym serwerze.

W dalszej kolejności wskazać należy, iż w piśmie z dnia 13 grudnia 2012 r. odwołujący wniósł o dostarczenie mu korespondencji faksem lub listem. Jednakże faks w dalszym ciągu nie działał prawidłowo, gdyż – jak odwołujący sam przyznał - 13 grudnia 2012 r. odnotowywał jedynie próby otrzymania pisma od zamawiającego tą drogą. Natomiast gdy zamawiający zdecydował się doręczyć wezwanie pisemnie, to 14 grudnia 2012 r. – wiedząc



od kogo pochodzi przesyłka (wyjaśnienia Prezesa Zarządu na rozprawie) - pracownicy odwołującego, pomimo kontaktu z Prezesem Zarządu odmawiają przyjęcia przesyłki, informując, iż jedyną osobą uprawnioną do odbioru korespondencji jest on sam.

Reasumując Izba stwierdziła, że bezpodstawne jest twierdzenie odwołującego iż do dnia dokonania czynności wykluczenia (tj. 17 grudnia 2012 r.) nie miał żadnej możliwości uzupełnienia dokumentu w postaci polisy OC oraz dowodu jej opłacenia, jak również złożenia wyjaśnień co do rozbieżności występujących pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia a zestawieniem ilościowym oferowanego sprzętu i oprogramowania. Możliwość taka istniała bowiem od dnia 12 grudnia 2012 r. od godziny 14:39:17.

W ocenie Izby całkowicie chybionymi okazały się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jak również naruszenia art. 27 ust. 1-3 ustawy Pzp. Naruszenie pierwszej grupy przepisów miało polegać na prowadzeniu postępowania z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez ustalenie terminów: uzupełnienia braków oferty, złożenia wyjaśnień oraz prezentacji sprzętu w sposób uniemożliwiający prawidłowe wykonanie nałożonych przez zamawiającego obowiązków. Z kolei naruszenia przepisów art. 27 ust. 1-3 ustawy Pzp odwołujący upatrywał w zobowiązaniu wykonawcy do przesłania polisy OC i dowodu jej opłacenia także w drodze przesyłek poleconych pomimo dokonania przez zamawiającego wyboru formy przesyłania wniosków, pism oświadczeń w postaci faksu lub poczty elektronicznej.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, 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, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający jest obowiązany wezwać wykonawców do złożenia brakujących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, jak również pełnomocnictwa w wyznaczonym przez siebie terminie. Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 26 ust. 3 nie określa w sposób wyraźny jak długi powinien być to termin, nie precyzuje też wskazówek którymi zamawiający powinien kierować się przy wyznaczaniu tego terminu. Mimo to, biorąc pod uwagę wykładnię celowościową tego przepisu, przyjmuje się, że powinien być to termin odpowiedni, a więc umożliwiający uzupełnienie oświadczeń i dokumentów przez wykonawcę, działającego z należytą starannością i w toku zwykłych czynności. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Izby:

„...jakkolwiek nie zostało to wyrażone *expressis verbis* w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jasne jest, iż, aby zrealizować cel tego przepisu, Zamawiający powinien wyznaczyć odpowiedni termin na uzupełnienie dokumentów, czyli realny dla wykonawcy zachowującego należyłą staranność.” (por. wyrok Izby z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 901/09 905/09).

Przy ocenie, czy zamawiający wyznaczył odpowiedni termin na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, należy brać pod uwagę także okoliczność, że obowiązkiem wykonawcy jest złożenie kompletnej oferty, zawierającej wszystkie oświadczenia i dokumenty wymagane przez zamawiającego w SIWZ. Dokumenty te, co do zasady, winny być więc w dyspozycji wykonawcy w dniu upływu terminu składania ofert, co również wynika z literalnego brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że uzupełniane w tym trybie dokumenty, czy oświadczenia mają potwierdzać stan – czyli spełnienie określonego warunku - na dzień upływu terminu składania wniosków (ofert). Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi więc wyjątek od zasady wskazującej na obowiązek złożenia kompletnej oferty w wyznaczonym terminie do składania ofert. Stanowisko takie było prezentowane w orzecznictwie Izby (por. wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt. KIO/UZP 993/09). Zatem celem instytucji wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest umożliwienie wykonawcy gromadzenia a jedynie uzupełnienia (przesłania) dokumentów, w których posiadaniu powinien być na dzień upływu terminu składania ofert.

Ponadto podnieść należy, że co do zasady ciężar udowodnienia faktu, że wyznaczony przez zamawiającego termin na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest terminem nierealnym obciąża wykonawcę, który z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zgodnie bowiem z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponadto, w myśl art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 6 KC ciężar dowodu obciąża stronę, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zasada ta nie dotyczy przypadków, gdy z okoliczności danej sprawy wynikać będzie, że wyznaczony przez zamawiającego termin na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest w sposób oczywisty nierealny (np. w przypadku wyznaczenia terminu jednogodzinnego).

Odnosząc powyższe rozważania do okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że w niniejszej sprawie nie zostało wykazane, iż termin wyznaczony przez zamawiającego do uzupełnienia brakujących dokumentów – 14 grudnia 2012 r. był terminem nierealnym, a więc uniemożliwiającym spełnienie żądania usunięcia braków. Jak ustalono, pierwsze wezwanie do uzupełnienia polisy potwierdzającej ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej zostało przesłane odwołującemu w taki sposób, że mógł

zapoznać się z jego treścią w dniu 12 grudnia 2012 r. o g. 14:39:17. Kolejne wezwania zostały złożone odwołującemu w dniach 13 grudnia 2012 r. i 14 grudnia 2012 r. Zaś termin na uzupełnienie polisy upływał 14 grudnia 2012 r. o g. 24.00 (art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 111 § 1 KC). Zatem odwołujący dysponował ponad dwoma dniami na przesłanie żądanych przez zamawiającego dokumentów.

Dostrzeżenia też wymaga, że odwołujący nie mógł być zaskoczony faktem wezwania. W niniejszej sprawie na uwagę zasługuje bowiem fakt, że odwołujący nie złożył w ogóle wraz z ofertą żądanej polisy. Odwołujący składając ofertę niekompletną musiał zatem oczekiwać, że konsekwencją złożenia jej w takiej postaci będzie konieczność uzupełnienia. W rozpatrywanej sprawie nie zachodziła bowiem sytuacja, że złożone przez wykonawcę dokumenty były obarczone błędami, zakresu których odwołujący nie mógł przewidzieć, co mogłoby uzasadniać wyznaczenie dłuższego terminu na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Na uwagę zasługuje również fakt, że odwołujący jedynie przez niedopatrzenie nie załączył do oferty żądanej przez zamawiającego polisy, którą na moment składania ofert dysponował. Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, że w uprzednio prowadzonym przez niego postępowaniu dotyczącym tożsamego przedmiotu zamówienia, w którym termin składania ofert upływał 19 listopada 2012 r., odwołujący złożył polisę odpowiadającą wymogom określonym w niniejszym postępowaniu. Powyższy fakt potwierdził odwołujący. A zatem ponad dwudniowy termin na przesłanie korespondencji faksem i nadanie jej w tym terminie na poczcie nie sposób uznać było za termin nieodpowiedni. Dokument, który należało uzupełnić był bowiem w posiadaniu odwołującego.

Powyższe rozważania pozostają aktualne również w odniesieniu do wyznaczonego przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp terminu do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej przez odwołującego oferty. Również w tym przypadku termin na złożenie wyjaśnień rozpoczął bieg w dniu 12 grudnia 2012 r. o g. 14:39:17, gdy odwołujący po raz pierwszy mógł zapoznać się z wezwaniem, upływał zaś 14 grudnia 2012 r. o g. 24.00. Przedmiotem wezwania było wyjaśnienie wewnętrznej rozbieżności w ofercie odwołującego pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia w punkcie 8, w którym odwołujący oferował moduł centralny ze złączami cyfrowymi, a załączonym zestawieniem ilościowym oferowanego sprzętu, w którym oświadczył, że oferuje moduł centralny ze złączem analogowym iqSystem BL 2E1. W ocenie Izby ustosunkowane się do wezwania zamawiającego nie wymagało znacznej pracochłonności. Ograniczać się mogło jedynie do wskazania, czy odwołujący zaoferował urządzenie ze złączem analogowym, czy też cyfrowym. Ponad dwudniowy termin na przesłanie wyjaśnienia faksem i nadanie go w tym terminie na poczcie nie sposób było uznać za termin nieodpowiedni.

Oдноśnie wyznaczonego odwołującemu przez zamawiającego w wezwaniu terminu na przeprowadzenie prezentacji (24 godziny od zawiadomienia) dostrzeżenia wymagało, że obowiązek przeprowadzenia takiej czynności w ww. terminie wynikał wprost z postanowień SIWZ (pkt 4 załącznika nr 2 do SIWZ). Odwołujący w złożonej ofercie potwierdził, że nie kwestionuje postanowień SIWZ. Izba uznała zatem zarzut nie tylko za całkowicie chybiony, ale ponadto spóźniony, gdyż skierowany de facto przeciwko postanowieniom SIWZ, wreszcie niedopuszczalny z mocy art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 27 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że jest on w całości niezasadny. Izba uznała, że nie znalazły potwierdzenia w stanie faktycznym twierdzenia odwołującego jakoby zamawiający w treści wezwania zażądał doręczenia korespondencji w formie przesyłki poleconej w terminie do 14 grudnia 2012 r. Analiza treści wezwania prowadziła do jednoznacznego wniosku, że zamawiający wezwał do uzupełnienia opłaconej polisy oraz do złożenia wyjaśnień za pośrednictwem faksu oraz poprzez „nadesłanie” ich w drodze przesyłki poleconej. W zakreślonym terminie wykonawca zobowiązany był przesłać korespondencję faksem i nadać ją jedynie na poczcie jako przesyłkę poleconą. Termin faktycznego doręczenia nadanej na poczcie korespondencji nie miał natomiast znaczenia z punktu widzenia analizowanego wezwania.

Dopuszczenie przez zamawiającego w pkt XII SIWZ na podstawie art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, obok formy pisemnej, także możliwości przekazywania w postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji faksem i drogą elektroniczną nie oznacza, że zamawiający miał prawo do odstąpienia od żądania złożenia polisy w formie pisemnej. Umknęło uwadze odwołującego, że polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, na gruncie przepisów ustawy Pzp, jest kwalifikowana jako dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu (§ 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Konsekwencją takiej kwalifikacji jest natomiast to, że dokument ten powinien być złożony, co do zasady, w formie określonej w § 6 ust. 1 przywoływanego rozporządzenia, tj. oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W ocenie Izby, okoliczność, iż polisa nie została złożona wraz z ofertą, a miała być złożona w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie uchyla obowiązku złożenia dokumentu w wymaganej przez ustawodawcę formie. Zaś uprzednie przesłanie dokumentu w drodze faksu miało jedynie umożliwić zamawiającemu wcześniejsze zapoznanie się z korespondencją, przeprowadzenie analizy polisy zanim fizycznie dotrze ona do jego siedziby i w konsekwencji przyspieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Reasumując Izba uznała, że określony przez

zamawiającego w wezwaniu z 12 grudnia 2012 r. sposób uzupełnienia dokumentów nie naruszał przepisów art. 27 ust. 1 – 3 ustawy Pzp.

Co do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba uznała ten zarzut za całkowicie chybiony. Przywołany przez odwołującego przepis stanowi, iż *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*. Analiza uzasadnienia rozstrzygnięcia postępowania prowadziła do wniosku, że zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego z powodów określonych w tym przepisie, jak również nie wskazał takiej podstawy prawnej. Zatem nie mógł naruszyć powołanego przez wykonawcę przepisu ustawy Pzp.

Wskutek uznania za chybione wszystkich zarzutów było stwierdzenie, iż zamawiający nie naruszył przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej był konsekwencją zasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:** .....