

Sygn. akt: KIO 1720/16

WYROK

z dnia 26 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

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

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 września 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **13 września 2016 r.** przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych C. S. i J.C. Spółka Jawna, ul. Pułaskiego 29, 33-380 Krynica-Zdrój**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Opiekuńczo - Lecznicy w Krakowie, ul. Wielicka 267, 30-663 Kraków**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych C. S. i J.C. Spółka Jawna, ul. Pułaskiego 29, 33-380 Krynica-Zdrój**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych C. S. i J.C. Spółka Jawna, ul. Pułaskiego 29, 33-380 Krynica-Zdrój**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego: **Przedsiębiorstwa Robót Budowlanych i Transportowych C. S. i J.C. Spółka Jawna, ul. Pułaskiego 29, 33-380 Krynica-Zdrój** na rzecz zamawiającego: **Zakładu Opiekuńczo - Lecznicy w Krakowie, ul. Wielicka 267, 30-663 Kraków**, kwotę **270,00 zł** (słownie: dwieście siedemdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7

dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Wykonanie robót budowlanych polegających na budowie Pawilonu nr 5 w Zakładzie Opiekuńczo - Leczniczym w Krakowie”, (BZP nr 135789 z 14.07.2016 i nr 166773 z 28.07.2016 r.), w dniu 13 września 2016 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych C. S. i J.C. Spółka Jawna z siedzibą w Krynicy-Zdroju, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie określonym w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 8 września 2016 r. o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania oraz o unieważnieniu przetargu.

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 14 lipca 2016 r. i mają do niego zastosowanie przepisy dotychczasowe, obowiązujące do daty wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Ustalona wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. w związku z powyższym odwołanie przysługuje zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp wobec czynności enumeratywnie wymienionych w tej normie.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia wniesionego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż skarżone czynności dotyczą wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 14 września 2016 r. przesłane drogą elektroniczną, żadne przystąpienia do postępowania odwoławczego nie zostały złożone.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności zamawiającego:

1. wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 4 Pzp, i w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 24 ust 4 Pzp,
2. unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Zakładowi Opiekuńczo - Leczniczemu w Krakowie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej „ustawą Pzp”, tj.:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp w zw. z przepisem §

Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013r. poz. 231) poprzez nieuzasadnione wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało odrzuceniem oferty, podczas gdy odwołujący załączył do oferty dokumenty odpowiadające warunkom SIWZ,

- 2) art. 93 ust. 1 pkt, 4 Pzp poprzez nieuzasadnione unieważnienie postępowania,
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców,
- 4) art. 9 ust. 1 Pzp przez niewłaściwą interpretację przez zamawiającego zasady pisemności i uznanie, iż z zasady określonej w art. 9 ust. 1 Pzp wynika obowiązek zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności, gdy w rzeczywistości chodzi wyłącznie o formę pisemną dla celów dowodowych,
- 5) art. 61 ust. 1 K.c. w związku z art. 14 Pzp przez niezastosowanie przez zamawiającego przepisu o chwili złożenia oświadczenia i w konsekwencji i uznanie, iż odwołujący uchybił terminowi do uzupełnienia dokumentów, podczas gdy w rzeczywistości zamawiający otrzymał i zapoznał się z oświadczeniem odwołującego,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez niewłaściwe zastosowanie skutkiem czego było odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ wobec braku ku temu przesłanek, gdyż nie miała miejsca niezgodność oferty z treścią specyfikacji. Wskazywane przez zamawiającego - forma uzupełnienia faksem dokumentów oraz uznanie, iż dokumenty uzupełnione zostały nieprawidłowo, tj. niezgodnie z SIWZ, stanowią o naruszeniu formy, a nie treści, specyfikacji i nie stanowią wypełnienia przesłanki zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wskazując na powyższe, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegających na:

- wykluczeniu odwołującego z postępowania i będącego skutkiem wykluczenia - odrzucenia jego oferty w powołanym postępowaniu przetargowym,
- unieważnieniu postępowania przetargowego.

Ponadto wnosił o zwrot kosztów postępowania - wpisu uiszczanego od odwołania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że jako oferent - uczestniczący w procedurze przetargowej, którego oferta została odrzucona przez zamawiającego, a którego oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą, posiada uzasadniony interes prawny i faktyczny w zaskarżeniu opisanych wyżej czynności

zamawiającego, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, istnieje możliwość rozstrzygnięcia wyniku przetargu w ten sposób, że oferta skarżącego zostanie uznana za najkorzystniejszą i dojdzie do zawarcia umowy o wykonanie robót.

Odwołujący wyjaśniał, że w powołanym rozstrzygnięciu przetargu zamawiający wskazał na odrzucenie oferty odwołującego, informując o tym, iż podstawą odrzucenia złożonej przez niego oferty jest brak prawidłowego uzupełnienia braków w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający podniósł w treści rozstrzygnięcia zarzut, iż odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 września 2016r. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania niezbędnego doświadczenia, przed upływem określonego w wezwaniu terminu (6 września 2016 r.) przesłał zamawiającemu dokumenty stanowiące uzupełnienie oferty pocztą elektroniczną (bez opatrzenia bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) i faksem a nie dostarczył wyżej określonych dokumentów do zamawiającego w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Odwołujący zaznaczał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w rozdziale IX - Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z Wykonawcami, określił w następujący sposób możliwości porozumiewania się pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w postępowaniu:

1. Zamawiający dopuszcza przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną, przy czym w razie ich przekazania faksem lub drogą elektroniczną każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdzi fakt ich otrzymania.
2. Oferta wraz z załącznikami może być złożona wyłącznie pisemnie.
3. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia, informacje oraz pytania kierowanego Zamawiającego z zachowaniem formy pisemnej należy kierować na adres Zamawiającego podany w pkt I SIWZ.
4. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia, informacje oraz pytania kierowane do Zamawiającego przekazywane za pomocą faksu należy kierować na nr faksu Zamawiającego podany w pkt. I SIWZ.
5. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia, informacje oraz pytania kierowane do Zamawiającego przekazywane za pomocą poczty elektronicznej należy kierować na adresy podane przez Zamawiającego w pkt. I SIWZ.

Odwołujący kontynuował, że w związku z wezwaniem z dnia 1 września 2016 r. przekazany drogą elektroniczną (bez opatrzenia bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) - do uzupełnienia

dokumentów PRBIT Cechini pismem z dnia 02.09.2016 r. przekazany drogą elektroniczną (bez opatrzenia bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) wniósł o przełożenie terminu złożenia wyjaśnień z dnia 06.09.2016 r. na dzień 07.09.2016 r., argumentując swój wniosek koniecznością zwrócenia się do zewnętrznych instytucji w celem uzyskania stosownych dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów SIWZ. W tym samym dniu także drogą elektroniczną zamawiający poinformował, iż nie wyraża zgodny na powyższe.

dowód: pismo o zmianę terminu złożenia wyjaśnień wraz z odpowiedzią zamawiającego

Wykonawca zaznaczał, że we wskazanym wyżej wezwaniu zamawiający nie określił szczegółowej formy złożenia dokumentów, wzywając jedynie do „złożenia” określonych dokumentów potwierdzających spełnienie udziału w postępowaniu, nie zastrzegł także, iż termin jest nieprzekraczalny.

Wykonując wezwania zamawiającego, odwołujący w dniu 06.09.2016 r. przekazał zamawiającemu, zachowując dotychczasową formę korespondencji, tj. drogą elektroniczną (bez opatrzenia bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) oraz faxem wyjaśnienia wraz z uzupełnieniem dokumentów, w ramach postępowania o uzupełnieniu braków na podstawie 26 ust. 3 Pzp.

dowód: potwierdzenie nadania faxu.

W tym samym dniu osoba uprawniona do kontaktu z wykonawcami, drogą elektroniczną potwierdziła otrzymanie wiadomości elektronicznej.

dowód: potwierdzenie otrzymania wiadomości.

Odwołujący z kolei wysłał drogą pocztową bez zbędnej zwłoki oryginał wyjaśnień wraz z uzupełnieniem dokumentów w wymaganej formie na adres zamawiającego.

dowód: - dowód nadania pisma z dnia 08.09.2016 r. pocztex EE443424192PL

W dniu 08.09.2016 r. zamawiający przekazał drogą elektroniczną odwołującemu zawiadomienie o podjętych w sprawie czynnościach, tj. „Zawiadomienie o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania i o unieważnieniu postępowania.”

W ocenie odwołującego, zamawiający w wezwaniu powinien wskazać formę uzupełnienia dokumentów a skoro tego nie uczynił wykonawca uznał, iż zamawiający dopuszcza złagodzenie wymagań określonych treścią § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013, poz. 231). Uznał zatem, że dokonał skutecznego uzupełnienia dokumentów.

Na poparcie swego stanowiska powołał wyrok KIO - sygn. akt: 1780/14 z dnia 11 września 2014 r. w którym stwierdzono: „*Ponadto, należy uznać uzupełnienie za skuteczne, jeśli Zamawiający zdecyduje się na złagodzenie formy wymaganej treścią § 7 ust. 1 powołanego rozporządzenia, poprzestając, przykładowo na przesłaniu w oznaczonym terminie jedynie faksu lub przesyłki pocztą elektroniczną, albo wskaże, że zadowolony jest przesłaniem w oznaczonym terminie faksu lub poczty elektronicznej zawierającej stosowne uzupełnienie, przy potwierdzeniu w określonym czasie tych dokumentów w postaci pisemnej (w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem), a wykonawca zastosuje się do tak określonego wezwania....*”

Odwołujący wyjaśniał dalej, że w niniejszym postępowaniu miało miejsce, na wcześniejszym etapie - uzupełnianie braków dotyczących wykazania się przez odwołującego spełnianiem warunków posiadania wiedzy i doświadczenia, gdzie zamawiający odstąpił od konieczności dotrzymania formy dokumentów przekazywanych przez odwołującego zamawiającemu, i dotyczyło tego samego zagadnienia. Zamawiający przyjął od odwołującego uzupełniające dokumenty na wcześniejsze wezwanie z dnia 22 sierpnia 2016 r. (także niewskazujące formy uzupełnienia) dokumenty zostały przesłane jedynie w formie elektronicznej (bez opatrzenia bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) oraz faksem, a następnie oryginały wyjaśnień i dokumentów zostały dostane drogą pocztową. Wówczas zamawiający nie zwracał uwagi, że stanowi to naruszenie przepisów prawa, i że traktowane jest jako wyjątek od reguły.

dowód: potwierdzenie wysyłki faksem oraz e-mailem i potwierdzenie obioru przez zamawiającego

Wykonawca podnosił, że w kolejnym wezwaniu o uzupełnienie brakujących dokumentów, zamawiający nie pouczył, iż nie przyjmie dokumentów przekazywanych tytułem wykonania wezwania o uzupełnienie braków, jeśli nie spełnią warunków formalnych, określonych w powołanym rozporządzeniu. W okolicznościach dotyczących przedmiotowego postępowania, odwołujący przyjął, że poprzez *facta concludentia* nastąpiło złagodzenie wymagań formalnych odnoszonych do przekazywania dokumentów wymaganych jako uzupełnienie oferty. Zwrócił uwagę, że sposób uzupełnienia nie polega na odstąpieniu od wymagań dotyczących formy dokumentów w postępowaniu przetargowych określonych w SIWZ, ustawie o Prawo zamówień publicznych i w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Uznał, że formy zostały dochowane, bowiem dokumenty we właściwej formie zostały doręczone zamawiającemu (przesyłka listowa). Zamawiający otrzymał także w terminie przez siebie określonym przedmiotowe dokumenty w formie elektronicznej i faksem i zapoznał się z ich treścią.

Uznał, iż także w tym przypadku odwołujący postępując w taki sam sposób jak w

poprzednim wypadku, dokonał skutecznego uzupełnienia dokumentów. Nie może ponosić konsekwencji praktyki przyjętej przez zamawiającego w postępowaniu przetargowym.

Powołał się na treść uzasadnienia przytaczanego wyżej wyroku KIO z dnia 11 września 2014 r.: *„W orzecznictwie kształtuje się pogląd, zgodnie z którym wykonawca nie może być obciążany skutkami niejednoznacznego wezwania zamawiającego. W ocenie Izby pogląd ten winien znaleźć zastosowanie, nie tylko, co do treści oświadczeń lub dokumentów składanych zamawiającemu przez wykonawców wezwanych w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p., ale również w odniesieniu do zachowania terminu na złożenie dokumentów w związku z wymaganiami stawianymi formie, w jakich dokumenty te mają zostać złożone.”*

Odwołujący podnosił, że w danych okolicznościach sprawy - mógł oczekiwać, że prawidłowo wykonał wezwanie zamawiającego - skoro wymagany dokument został przesłany zamawiającemu wyznaczonym terminie za pośrednictwem faksu i [niezwłocznie] wysłany pocztą, to późniejsze wpłynięcie dokumentu w żądanej formie pisemnej - nie uprawnia zamawiającego - w okolicznościach sporu - do odrzucenia oferty odwołującego.

Jako wnioskowane dowody, odwołujący załączył:

1. wniosek o przesunięcie terminu udzielenia wyjaśnień wraz z odpowiedzią zamawiającego,
2. potwierdzenie wysłania wyjaśnień z dnia 6 września faxem,
3. e-mail z wysłanymi odpowiedziami z dnia 6 września 2016 wraz z potwierdzeniem otrzymania od zamawiającego,
4. dowód nadania pocztex EE443424192PL,
5. potwierdzenie wysłania wyjaśnień z dnia 30 sierpnia faxem.

Zamawiający w odpowiedzi wnosił o oddalenie odwołania i przedstawił następującą argumentację.

„W ostatecznie zmodyfikowanym ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu wiedzy i doświadczenia obejmujących wykonanie przez wykonawcę w okresie ostatnich pięciu lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) przed upływem terminu składania ofert, co najmniej:

a. Jednej roboty budowlanej polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 5000 m³, który- jest objęty programem priorytetowym LEMUR - Energooszczędne Budynki Użyteczności Publicznej ogłoszonym przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i osiągnął klasę energooszczędności budynku, co najmniej na poziomie klasy B, lub

Jednej roboty budowlanej polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej o

kubaturze nie mniejszej niż 5000 m³, którego jednostkowe zapotrzebowanie energii użytkowej do celów grzewczych, chłodniczych, cwu i oświetlenia wraz z urządzeniami pomocniczymi (Eu) wynosi nie więcej niż 50kWh/(m² rok), a jednostkowe zapotrzebowanie nieodnawialnej energii pierwotnej do powyższych celów (Ep) wynosi nie więcej niż 80 kWh/(m² rok).

b. Jednej roboty budowlanej polegającej na budowie budynku o kubaturze nie mniejszej niż 5000m³, który przeszedł próbę szczelności powietrznej z wynikiem nie gorszym niż 0.3 wymiany na godzinę (0.5h⁻¹).

c. Jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej przeznaczonego na potrzeby opieki zdrowotnej, w którym udzielane są stacjonarne i całodobowe świadczenie zdrowotne o kubaturze nie mniejszej niż 20 000 m³, (por. pkt. VII ppkt. 2 SIWZ).

W pkt. VIII ppkt. 3 lit. a SIWZ Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia wykonawca składa:

a. Wykaz wykonanych robót budowlanych, o których mowa w pkt. VII ppkt. 2 SIWZ, z podaniem w szczególności: ich rodzaju i wartości, przedmiotu, dat i miejsc wykonania - zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 9a, 9b i 9c do SIWZ oraz z załączeniem dowodów, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Dowodami, o których mowa w zdaniu powyższym są:

- poświadczenia.
- inne dokumenty" -jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej.

W pkt. VIII ppkt, 6 lit a SIWZ Zamawiający wskazał: Postanowienia dotyczące składanych dokumentów:

a. Wymagane dokumenty mogą być przedstawione w formie oryginału lub kserokopii potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy.

W pkt. IX ppkt. 2 SIWZ Zamawiający wskazał, iż oferta wraz z załącznikami może być złożona wyłącznie pisemnie.

W pkt. XII ppkt. 8 SIWZ Zamawiający wskazał, że dokumenty składające się na ofertę to komplet oświadczeń lub dokumentów wymienionych w pkt. VIII SIWZ.

W pkt. XII ppkt. 13 SIWZ Zamawiający wskazał, że oferty przesłane faksem lub elektroniczną nie będą rozpatrywane. W przypadku przesłania oferty za pośrednictwem operatora

pocztowego lub za pośrednictwem kuriera, pod uwagę będzie brana data oferty w siedzibie Zamawiającego, a nie data nadania poczcie operatora pocztowego lub kuriera.

W terminie składania ofert, oferty w ww. postępowaniu złożyły dwa podmioty, w tym Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych C. S. i J.C. spółka jawna z siedzibą w Krynicy-Zdrój.

Dla wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca ten przedłożył wykaz wykonanych robót, w którym wskazał m.in. wykonanie robót budowlanych polegających na budowie Hali Sportowej Uniwersytetu Rolniczego im. H. Kołłątaja w Krakowie przy al. 29 listopada.

Wykonawca przedłożył także dokument o nazwie referencje wystawiony przez Uniwersytet Rolniczy im. Hugona Kołłątaja w Krakowie, z którego wynikało, iż budynek objęty wskazanymi w wykazie robotami budowlanymi jest budynkiem w standardzie pasywnym o zapotrzebowaniu na energię służącą do ogrzewania wnętrza poniżej 15 kWh/m²a.

W związku taką treścią przedłożonego przez Wykonawcę wykazu robót oraz referencji Zamawiający powziął wątpliwość, czy wskazane przez Wykonawcę roboty budowlane polegające na budowie hali sportowej Uniwersytetu Rolniczego im. H. Kołłątaja w Krakowie przy al. 29 listopada spełniają postawiony przez Zamawiającego w pkt. VII ppkt. 2 lit. a SIWZ warunek posiadania wiedzy i doświadczenia polegający na wykonaniu roboty budowlanej polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 5000 m³, którego jednostkowe zapotrzebowanie energii użytkowej do celów grzewczych, chłodniczych, cwu i oświetlenia wraz z urządzeniami pomocniczymi (Eu) wynosi nie więcej niż 50kWh/(m²rok), a jednostkowe zapotrzebowanie nieodnawialnej energii pierwotnej do powyższych celów (Ep) wynosi nie więcej niż 80 kWh/(m²rok).

W szczególności, wątpliwości Zamawiającego budziło czy wskazany w wykazie budynek osiągnął łączne zapotrzebowanie rodzajów energii użytkowej do celów grzewczych, chłodniczych, cwu i oświetlenia wraz z urządzeniami pomocniczymi (Eu) nie większe niż 50kWh/(m²rok), skoro w referencjach była mowa jedynie o zapotrzebowaniu na energię służącą do ogrzewania wnętrza poniżej 15 kWh/m²a oraz czy jednostkowe zapotrzebowanie nieodnawialnej energii pierwotnej do powyższych celów (Ep) wynosi nie więcej niż 80 kWh/(m²rok).

Dlatego też w dniu 23 sierpnia 2016 r., stosownie do art. 26 ust. 4 ustawy. Zamawiający wezwał ww. Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonego przez niego wykazu wykonanych robót i referencji, z których jednoznacznie będzie wynikać potwierdzenie spełnienia stawianego przez Zamawiającego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

W zakreślonym terminie, w dniu 30 sierpnia 2016 r. Wykonawca przedłożył wyjaśnienia, na

podstawie których Zamawiający ustalił (także po zasięgnięciu informacji u projektanta tego budynku), iż budynek hali sportowej Uniwersytetu Rolniczego im. H. Kołłątaja w Krakowie przy al. 29 listopada miał Eu do celów grzewczych, chłodniczych, cwu i oświetlenia wraz z urządzeniami pomocniczymi na poziomie 109,28 kWh/(m²rok), zaś Ep budynku wynosiło 120,7kWh/(m²rok).

W tym samym piśmie Wykonawca wskazał dwa inne wykonane przez siebie budynki, które miały spełniać stawiany przez Zamawiającego warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia:

- budynek Małopolskiego Laboratorium Budownictwa Energooszczędnego Politechniki Krakowskiej przy ul. Warszawskiej 24 w Krakowie, oraz
- budynek hali montażowo -magazynowej z instalacją fotowoltaiczną przy ul. Ligockiej 103.

Na podstawie złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, Zamawiający ocenił, że Wykonawca nie spełnia stawianego przez Zamawiającego warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (także przy pomocy wskazanych w piśmie z dnia 30 sierpnia 2016 r. dodatkowych dwóch robót).

Zdaniem Zamawiającego, wskazany w załączonym do oferty wykazie robót budynek hali sportowej Uniwersytetu Rolniczego im. H. Kołłątaja w Krakowie przy al. 29 listopada miał Eu do celów grzewczych, chłodniczych, cwu i oświetlenia wraz z urządzeniami pomocniczymi na poziomie 109,28 kWh/(m²rok), gdy tymczasem warunek Zamawiającego wynosił nie więcej niż 50 kWh/(m²rok). Natomiast Ep budynku wynosiło 120,7 kWh/(m²rok), gdy warunek Zamawiającego wynosił nie więcej niż 80 kWh/(m²rok).

Także wskazane dodatkowo przez Wykonawcę w piśmie z dnia 30 sierpnia 2016 r. roboty budowlane nie spełniały stawianego przez Zamawiającego warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Budynek Małopolskiego Laboratorium Budownictwa Energooszczędnego Politechniki Krakowskiej przy ul. Warszawskiej 24 w Krakowie miał Eu całkowite na poziomie 88,76 kWh/(m²rok), gdy tymczasem warunek Zamawiającego wynosił nie więcej niż 50 kWh/(m²rok). Natomiast Ep budynku wynosiło 222,68 kWh/(m²rok), gdy warunek Zamawiającego wynosił nie więcej niż 80 kWh/(m²rok).

Z kolei budynek hali montażowej - magazynowej z instalacją fotowoltaiczną przy ul. Ligockiej 103 nie potwierdzał spełniania wymaganego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, gdyż nie można było tego budynku zakwalifikować jako budynku użyteczności publicznej, którego definicja została określona w § 3 pkt. 6 rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

W tej sytuacji, Zamawiający w dniu 1 września 2016 r. wezwał Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w

postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, wyznaczając mu w tym celu termin do dnia 6 września 2016 r.

W dniu 2 września 2016 r. Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o wydłużenie wyznaczonego mu terminu do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

W dniu 2 września 2016 r. Zamawiający odmówił wydłużenia tego terminu.

W dniu 6 września 2016 r. do Zamawiającego wpłynęło pocztą elektroniczną (bez opatrzenia bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) i faksem pismo Wykonawcy datowane na 6 września 2016 r. Do pisma załączono:

- uzupełniony załącznik nr 4 do SIWZ, wskazujący powierzenie wykonania podwykonawcom określonych części zamówienia,
- uzupełniony załącznik nr 9a do SIWZ stanowiący wykaz wykonanych robót, wskazujący dodatkowo roboty budowlane polegające na budowie Centrum Sportowo - Rehabilitacyjnego w Daszynie - rozbudowa hali sportowej wraz z zapleczem i łącznikiem, które to roboty zostały wykonane przez J.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo - Budowlany M.J. z siedzibą w Kutnie,
- dokument o nazwie referencje wystawiony przez Urząd Gminy Daszyna potwierdzający wykonanie robót wskazanych w uzupełnionym wykazie zgodnie z dokumentacją, załącznik nr 3 do SIWZ
- oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy podpisane przez J.M.,
- zobowiązanie J.M. z dnia 10 sierpnia 2016 r. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, oraz
- odpis z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej J.M..

W dniu 8 września 2016 r., o godz. 12.19 Wykonawca nadał także powyższe pismo do Zamawiającego w oryginale, za pomocą kuriera i Zamawiający otrzymał je w dniu 9 września 2016 r.

W dniu 8 września 2016 r. Zamawiający wykluczył z postępowania Wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych C. S. i J.C. spółka jawna z siedzibą w Krynicy - Zdrój oraz unieważnił postępowanie.

Uzasadniając te czynności Zamawiający wskazał, iż Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych C. S. i J.C. spółka jawna z siedzibą w Krynicy - Zdrój nie uzupełnił prawidłowo braków swojej oferty w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W określonym terminie nie złożył bowiem dokumentów w formie przewidzianej rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, tj. w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a jedynie wysłał dokumenty pocztą elektroniczną (bez opatrzenia ich bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) i faksem.

W zaistniałych okolicznościach Zamawiający uznał, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych C. S. i J.C. sp. j. z siedzibą w Krynicy podlega wykluczeniu z postępowania stosownie do art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, a jego ofertę uznaje się za odrzuconą stosownie do art. 24 ust. 4 ustawy.

Równocześnie, w związku z faktem, iż w postępowaniu zostały złożone jedynie dwie oferty, z czego ww. Wykonawca został wykluczony z postępowania, zaś cena zawarta w ofercie drugiego Wykonawcy przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Zamawiający zmuszony był unieważnić postępowanie. Zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy i unieważnieniu postępowania Zamawiający wysłał do Odwołującego w dniu 8 września 2016 r. o godzinie 14:41.

W tak ustalonym stanie faktycznym uznać należy, iż czynności: wykluczenia z postępowania Wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych C. S. i J.C. spółka jawna z siedzibą w Krynicy - Zdrój oraz unieważnienia postępowania - były prawidłowe.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał spełnienia stawianego przez Zamawiającego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż wskazany przez niego w wykazie złożonym wraz z ofertą budynek nie spełniał parametrów określonych przez Zamawiającego, zaś w wyznaczonym Odwołującemu terminie, nie uzupełnił on tego braku, gdyż w terminie tym nie przedłożył wymaganych dokumentów (wykazu wykonanych robót i dowodu ich prawidłowego wykonania) w prawidłowej formie.

Do dokumentów składanych w ramach uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy stosuje się ogólne reguły dotyczące oferty i dokumentów składanych w postępowaniu. Zatem w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący miał obowiązek przedłożyć w wyznaczonym mu terminie żądane dokumenty w formie wskazanej w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie z § 7 ust. 1 tego rozporządzenia, dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, a więc m.in. dokumenty z art. 25 ust. 1 ustawy, są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Przepisy dotyczące formy dokumentów mają charakter bezwzględnie obowiązujący i znajdują zastosowanie również w odniesieniu do dokumentów składanych w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie przywołanego przepisu do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że spełnia warunki udziału w postępowaniu jest więc złożenie w wyznaczonym czasie dokumentu prawidłowego, nie tylko pod względem treści, ale również co do formy.

Skoro Odwołujący w terminie nie złożył dokumentów w formie przewidzianej rozporządzeniem a jedynie wysłał dokumenty "zwykłą" pocztą elektroniczną (bez opatrzenia ich bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) i faksem, to uchybił obowiązkowi wynikającemu z rozporządzenia.

Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 maja 2015 r. (KIO 918/15) Jeżeli wykonawca w terminie nie składa dokumentów w formie przewidzianej rozporządzeniem z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) (np. przed upływem terminu wysłał wysłał dokumenty zwykłą pocztą elektroniczną - bez opatrzenia ich bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu), zamawiający odrzuca ofertę).

W tej sytuacji Zamawiający miał obowiązek wykluczyć Odwołującego z postępowania, zaś jego oferta została uznana za odrzuconą stosownie do art. 24 ust. 4 ustawy. Konsekwencją wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą musiało być unieważnienie postępowania, gdyż drugi z Wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu zaoferował cenę, która przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny tej oferty.

Całkowicie chybiony jest zarzut Odwołującego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W niniejszej sprawie Zamawiający zapewnił zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Dopiero gdyby Zamawiający nie wykluczył Odwołującego, który nie przedłożył dokumentów w wymaganej formie w wyznaczonym terminie, to można by uznać, że Zamawiający faworyzuje Odwołującego. Wszak w art. 26 ust. 3 ustawy wyraźnie wskazano, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Ustawodawca jednoznacznie nakłada na zamawiającego obowiązek wyznaczenia terminu. Nie można w takiej sytuacji wywodzić, że

termin ten nie ma znaczenia i może być przez zamawiającego traktowany dowolnie. Podobnie w przypadku formy dokumentów określonej w § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów - także w tym wypadku ustawodawca dał jednoznaczny wyraz istotności składania tych dokumentów w odpowiedniej formie. Na marginesie zauważyć należy (mimo że Odwołujący nie formułuje zarzutu w tym zakresie), iż Zamawiający wyznaczył Odwołującemu odpowiedni termin na uzupełnienie braków dokumentów. Zamawiający określił ten termin na 5 dni, co samo w sobie jest odpowiednią ilością czasu. Dodatkowo w niniejszej sprawie należy mieć na uwadze, że Zamawiający już wcześniej wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści dokumentów, a zatem Odwołujący był świadom możliwości otrzymania wezwania do uzupełnienia tych dokumentów i powinien był przedsięwziąć w tym celu odpowiednie przygotowania.

Odwołujący twierdzi, iż Zamawiający naruszył art. 9 ust. 1 ustawy, gdyż z przepisu tego wynika forma pisemna dla celów dowodowych, a nie pod rygorem nieważności. Zarzut ten jest chybiony, bowiem z orzecznictwa KIO jednoznacznie wynika, iż forma wskazana w § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów zastrzeżona jest od eventum, a nie ad probationem (por. np. wyrok KIO 2621/13). Oznacza to, że dokumenty nie złożone w tej formie nie wywołują skutków prawnych (por. art. 73 § 2 zdanie drugie k.c.). W tym konkretnym wypadku, niezłożenie wykazu robót i dowodu prawidłowego ich wykonania w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem oznaczało, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, którego dokumenty" te miały dowodzić.

Zamawiający nie naruszył także wskazywanego przez Odwołującego art. 61 §1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy. Art. 61 §1 k.c. stanowi, iż 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. W niniejszej sprawie, dokumenty do przedłożenia, których Zamawiający wezwał Odwołującego nie zawierały jednak oświadczeń woli. Stanowiły raczej oświadczenia wiedzy, w odniesieniu, do których ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera odrębne uregulowanie (zawarte w § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, wydanego na podstawie upoważnienia ustawowego w art. 25 ust. 2 ustawy). Zgodnie z art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, ale tylko, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Paragraf 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wyraźnie wskazuje, że dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem (względnie opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym). Nie może mieć więc tutaj zastosowania art. 61 § 1 k.c., który mówi o przekazywaniu oświadczeń woli w dowolny sposób, byleby adresat mógł się z nimi zapoznać.

Ponadto, zgodnie z art. 60 k.c., z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Gdyby przyjąć, że dokumenty do których złożenia wezwany został Odwołujący zawierały jednak oświadczenia woli, to § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, wyraźnie wymagał że powinny one być złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem (względnie opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym). W takiej sytuacji § 7 ust. 1 rozporządzenia stanowiłby wyjątek od art. 60 k.c., o którym mowa w tym przepisie („z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych”), a zatem w takim przypadku oświadczenie woli musiałoby być składane w sposób określony w § 7 ust. 1.

Nie jest zrozumiałą zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy, gdyż Zamawiający nie stosował w niniejszej sprawie tego przepisu. W przypadku wykluczenia wykonawcy w toku postępowania jednoetapowego (w niniejszej sprawie toczyło się w trybie przetargu nieograniczonego), jego ofertę uznaje się za odrzuconą z mocy prawa stosownie do art. 24 ust. 4 ustawy. Art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy stosuje się zaś tylko w stosunku do wykonawców wykluczonych w toku postępowania wielostopniowego, gdy mimo wykluczenia składają oni ofertę w drugim etapie takiego postępowania (por. wyroki- KIO 268/16; KIO 270/16; KIO 113/16; KIO 3/16; KIO 950/15; KIO 747/15; KIO 1053/14). Tym bardziej Zamawiający nie stosował przy wykluczeniu Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy, których naruszenie Odwołujący również w sposób niezrozumiałą zarzuca.

Odwołujący powołuje się na treść pkt. IX SIWZ, gdzie między innymi wskazano, że Zamawiający dopuszcza przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.

Jednakże określenie w pkt. IX pkt. I SIWZ sposobu porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami nastąpiło w innym celu, niż wskazanie sposobu uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W pkt. IX SIWZ Zamawiający nie dopuścił składania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (a więc m.in. wykazu robót i dowodu ich wykonania) w formie faksu lub drogą elektroniczną.

W pkt. IX ppkt. 1 Zamawiający dopuścił przekazywanie faksem i drogą elektroniczną wyłącznie oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji. W punkcie tym nie ma mowy o dokumentach.

Z kolei, w pkt. IX ppkt. 2 Zamawiający jednoznacznie wskazał, że oferta wraz z załącznikami może być złożona wyłącznie pisemnie, zaś w pkt. XII ppkt. 8 SIWZ Zamawiający wskazał, że na ofertę składają się m.in. dokumenty wymienione w pkt. VIII SIWZ, a więc także wykaz robót

i dowód ich wykonania (por. pkt. VIII ppkt. 3 lit. a).

Dodatkowo, w pkt. VIII ppkt. 6 lit. a SIWZ Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące składanych dokumentów i stwierdził, że wymagane dokumenty mają być przedstawione w formie oryginału lub kserokopii potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy.

Zaś w pkt. XII ppkt. 13 SIWZ Zamawiający wskazał, że oferty przesłane faksem lub drogą elektroniczną nie będą rozpatrywane. W przypadku przesłania oferty za pośrednictwem operatora pocztowego lub za pośrednictwem kuriera, pod uwagę będzie brana data doręczenia oferty w siedzibie Zamawiającego, a nie data nadania na pocztę operatora pocztowego lub u kuriera.

Jak już wyżej wskazano, w pkt. XII ppkt. 8 SIWZ Zamawiający wskazał, że na ofertę składają się m.in. dokumenty wymienione w pkt. VIII SIWZ, a więc także wykaz robót i dowód ich wykonania (por. pkt. VIII ppkt. 3 lit. a).

Trzeba także mieć na uwadze, że treść pkt. IX ppkt. 1 SIWZ stanowi realizację dyspozycji normy art. 27 ust. 1 ustawy. W przepisie tym wskazano, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Przepis ten nie mówi nic o dokumentach, a zwłaszcza o dokumentach potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Nie można więc uznać, że art. 27 ustawy wyłącza stosowanie § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów. Tak samo zapisy pkt. IX ppkt. 1 SIWZ nie wyłączyły innych zapisów SIWZ, które określiły sposób składania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Także art. 36 ust. 1 pkt. 7 ustawy określający zawartość specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie rozróżnia informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami od informacji o sposobie przekazywania oświadczeń lub dokumentów. Dlatego też Zamawiający zawarł w SIWZ osobno informację o sposobie przekazywania faksem i drogą elektroniczną jedynie oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji (pkt. IX, ppkt 1 SIWZ) oraz o sposobie przekazywania dokumentów (pkt. IX ppkt. 2 oraz VIII ppkt. 6 lit. a SIWZ).

Wbrew twierdzeniom podnoszonym przez Odwołującego, w wezwaniu wystosowanym do niego w dniu 1 września 2016 r. Zamawiający wcale nie złągodził wymogów odnośnie formy dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wezwanie to nie zawierało żadnych zapisów odnośnie formy tych dokumentów, co oznacza, że w tym zakresie miały zastosowanie przepisy bezwzględnie obowiązujące, tj. § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów oraz powielające te przepisy zapisy SIWZ.

Odwołujący wskazuje, że w toku postępowania prowadził z Zamawiającym komunikację za

pomocą poczty elektronicznej i faksu. Jego zdaniem mógł z tej okoliczności wywodzić, iż także uzupełnienie braków dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu może nastąpić pocztą elektroniczną i faksem.

Zauważyć jednak należy, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 22 sierpnia 2016 r., złożenie tych wyjaśnień w dniu 30 sierpnia 2016 r., wezwanie do uzupełnienia braków dokumentów z dnia 1 września 2016 r., wniosek o przedłużenie terminu z dnia 2 września 2016 r. i odpowiedź na ten wniosek z tego samego dnia - wszystkie stanowiły inne rodzajowo czynności, niż uzupełnienie braków dokumentów, które dokonać miał Odwołujący. W szczególności wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 22 sierpnia 2016 r. nie było wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, tylko wezwaniem w trybie art. 26 ust. 4 ustawy.

W odniesieniu do wszystkich tych wymienionych przez Odwołującego czynności brak jest w ustawie szczególnych wymogów formalnych, stąd Odwołujący i Zamawiający mogli ich dokonywać w zwykłej formie elektronicznej.

Natomiast w odniesieniu do dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3, ustawodawca wyraźnie przewidział odrębne wymagania formalne zawarte w § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Dlatego też Odwołujący winien był przedłożyć wymagane dokumenty w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem (względnie pocztą elektroniczną z bezpiecznym podpisem).

Zresztą Odwołujący doskonale był świadom, że powinien przedłożyć te dokumenty w takiej formie, gdyż ostatecznie to zrobił, tyle że po upływie wyznaczonego terminu. Podkreślić przy tym też należy, że Odwołujący wysłał te dokumenty do Zamawiającego dopiero 8 września 2016 r., a więc dwa dni po upływie wyznaczonego mu terminu, a dotarły one do Zamawiającego dopiero 9 września 2016 r., a więc już po wykluczeniu Odwołującego z postępowania i unieważnieniu postępowania.”

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z postanowień SIWZ, oferty odwołującego, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z odwołującym, z zawiadomienia o wyniku przetargu.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

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

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynikał stan faktyczny i chronologia czynności w postępowaniu zbieżny z przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie, którego

odwołujący nie kwestionował, ani nie wnosił o jego uzupełnienie.

Z tych względów Izba przyjęła ten stan faktyczny za podstawę rozstrzygnięcia.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności przez zamawiającego - z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co prowadzi do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskania wynagrodzenia za zrealizowane zamówienie.

Termin składania ofert zamawiający wyznaczył do dnia 12 sierpnia 2016 r. Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia - 25 600 000,00 zł. Zostały złożone dwie oferty z cenami:

1. oferta odwołującego - 24 671 738,54 zł
2. oferta konsorcjum IDS -BUD S.A. - 30 218 382,39 zł.

W pkt. XII ppkt. 8 SIWZ zamawiający wskazał, że dokumenty składające się na ofertę to komplet oświadczeń lub dokumentów wymienionych w pkt. VIII SIWZ, w którym wymieniono między innymi: a) wypełniony, podpisany i opieczętowany przez osobę uprawnioną do reprezentowania wykonawcy formularz ofertowy zgodnie z wzorem załącznika 1 do SIWZ, punkt 3. Wykaz wykonanych robót budowlanych, o których mowa w pkt VII ppkt 2 SIWZ (...) zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik 9a,9b i 9c do SIWZ oraz załączeniem dowodów, potwierdzających należyte wykonanie robót. Punkt 6 określał postanowienia dotyczące formy składanych dokumentów, a) wymagane dokumenty mogą być przedstawione w formie oryginału lub kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy. Za osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy uznaje się osoby wskazane we właściwym rejestrze bądź w stosownym pełnomocnictwie.

Wzory Wykazów robót budowlanych wymagały ich podpisania przez osobę uprawnioną do reprezentowania wykonawcy.

Powyższe postanowienia SIWZ zostały ustanowione w zgodności z przepisami ustawy Pzp i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013, poz. 231).

Przepis § 7 ust. 1 ww. rozporządzenia stanowi, że dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, a więc m.in. wykaz robót budowlanych przywołany w § 1 ust. 1 pkt 2 tego aktu, są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez

wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów, powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W przypadku innych podmiotów na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę, lub te podmioty.

W dniu 22 sierpnia 2016 r. odwołujący został wezwany w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Wezwanie dotyczyło robót referencyjnych, ujętych w wykazie robót, załączonym w dokumentacji oferty odwołującego i zostało przesłane drogą elektroniczną.

Wykonawca w dniu 30 sierpnia 2016 r. udzielił zamawiającemu wyjaśnień oraz samodzielnie bez wezwania przesłał uzupełniony wykaz robót budowlanych, gdzie wskazał dodatkowo budowę hali montażowo- magazynowej w Katowicach. W ocenie Izby zamawiający nie był zobowiązany rozpatrywać dokumentów odwołującego, które zostały złożone poza procedurą określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 1 września 2016 r. wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania niezbędnego doświadczenia, według pkt VII ppkt 3 lit. a SIWZ, gdyż uznał wszystkie wykazywane uprzednio przez odwołującego roboty za nieodpowiadające stawianym wymaganiom. Zamawiający wyznaczył termin do dnia 6 września 2016 r. i nie zgodził się na jego przedłużenie.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy (...), do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania (...) składania ofert.

Bezspornie w dniu 6 września 2016 r. odwołujący za pośrednictwem faksu oraz zwykłą drogą elektroniczną e-mail przesłał zamawiającemu swoje wyjaśnienia, których tym razem zamawiający nie żądał.

Do wyjaśnień załączono:

- uzupełniony załącznik nr 4 do SIWZ, wskazujący powierzenie wykonania podwykonawcom określonych części zamówienia
- uzupełniony załącznik nr 9a do SIWZ stanowiący wykaz wykonanych robót, wskazujący dodatkowo roboty budowlane polegające na budowie Centrum Sportowo - Rehabilitacyjnego w Daszynie - rozbudowa hali sportowej wraz z zapleczem i łącznikiem, które to roboty zostały wykonane przez J.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo - Budowlany M.J., z siedzibą w Kutnie
- dokument o nazwie referencje wystawiony przez Urząd Gminy Daszyna potwierdzający wykonanie robót wskazanych w uzupełnionym wykazie zgodnie z dokumentacją
- oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy podpisane przez J.M.
- zobowiązanie J.M. z dnia 10 sierpnia 2016 r. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, oraz
- odpis z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej J.M..

W dniu 8 września 2016 r., odwołujący nadał także powyższe pismo do zamawiającego w oryginale, przesyłką kurierską, a zamawiający otrzymał je w dniu 9 września 2016 r., po unieważnieniu postępowania w dniu 8 września 2016 r.

Na gruncie cytowanych wyżej przepisów i postanowień SIWZ - jedynie skuteczne uzupełnienie żądanych dokumentów - nastąpiłoby poprzez ich złożenie w wyznaczonym terminie do 6 września 2016r. w oryginale lub przypadku składania elektronicznych dokumentów, powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Zwłaszcza dotyczy to takich dokumentów jak oświadczeń wykonawcy, tj.: wykazu robót, oświadczenia o powierzeniu robót podwykonawcy. Bez względu na formy oryginału, lub kwalifikowanej formy podpisu elektronicznego, wymagało też zobowiązanie J.M. o udostępnieniu na rzecz odwołującego zasobu wiedzy i doświadczenia oraz oświadczenie ww. o niepodleganiu wykluczeniu. Pozostałe załączone dokumenty: referencje Gminy Daszyna, odpis z CEIDG dla J.M. oraz uchwała Rady Gminy w Daszynie, czy poświadczenie finansowania inwestycji z programu LEMUR mogły być złożone w kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, przez podmiot udostępniający swoje zasoby w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Izba podziela pogląd, iż forma wskazana w § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów.... zastrzeżona jest *ad eventum*, a nie *ad probationem* - wyłącznie do celów dowodowych. Oznacza to, że dokumenty nie złożone w tej formie nie wywołują następstw prawnych, jakimi podjęta czynność miała skutkować, stanowi o tym art. 73 § 2

zdanie drugie K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. W tym konkretnym wypadku, niezłożenie uzupełnionego wykazu robót w oryginale oznaczało, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, którego dokumenty te miały dowodzić. Dostarczenie dokumentów w oryginale - przesyłką kurierską nastąpiło po upływie wyznaczonego terminu i zamawiający zasadnie pominął ich rozpatrzenie oraz wykluczył odwołującego z postępowania, gdyż niezuzupełnienie prawidłowo wymaganych dokumentów na żądanie zamawiającego w wyznaczonym terminie kwalifikowane jest na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jako niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nakazującego wykluczenie wykonawcy z tej przyczyny.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp postanowienia Kodeksu cywilnego stosuje się do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów wydane jest z delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp i jego postanowienia mają pierwszeństwo zastosowania w uregulowanej odrębnie kwestii dokumentów wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przed przepisami K.c., tj. art. 61 § 1 K.c. stanowiącym, że oświadczenie woli jest złożone innej osobie z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.

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

Powyższa regulacja znalazła odzwierciedlenie w postanowieniach punktu IX SIWZ Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów. Jak wskazuje sama treść cytowanego tytułu - postanowienia dotyczą sposobu porozumiewania się, a nie uzupełniania dokumentów podmiotowych i przedmiotowych oferty, takich które prawidłowo powinny się niej znaleźć, już na upływ terminu składania ofert.

Postanowienia, odnośnie możliwości porozumiewania się pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w postępowaniu, że:

1. Zamawiający dopuszcza przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną, przy czym w razie ich przekazania faksem lub drogą elektroniczną każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdzi fakt ich otrzymania

4. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia, informacje oraz pytania kierowane do Zamawiającego przekazywane za pomocą faksu należy kierować na nr faksu Zamawiającego podany w pkt. I SIWZ

5. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia, informacje oraz pytania kierowane do Zamawiającego przekazywane za pomocą poczty elektronicznej należy kierować na adresy podane przez Zamawiającego w pkt. I SIWZ

- należy rozumieć w ten sposób, że dotyczy to innych dokumentów niż składnych w ofercie, przykładowo wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, które niewątpliwie mogą być przez wykonawcę przekazywane za pośrednictwem w faksu lub zwykłą drogą e-mail.

Zamawiający nie kwestionował formy wyjaśnień, które zostały przesłane przez odwołującego zwykłą drogą elektroniczną w dniu 30 sierpnia 2016 r., gdyż mieściło się to w upoważnieniu punktu IX SIWZ, a załączone inne dokumenty, nie wchodziły w zakres wezwania. Wbrew twierdzeniom podnoszonym przez odwołującego, w wezwaniu wystosowanym do niego w dniu 1 września 2016 r. zamawiający wcale nie złagodził wymogów odnośnie formy dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wezwanie to nie zawierało żadnych zapisów odnośnie formy tych dokumentów, i wykonawca powinien zastosować się do odnośnych wskazań SIWZ, z którymi miał obowiązek się zapoznać.

Izba rozważyła stanowisko zamawiającego, który wskazywał, że z dat wystawienia dokumentów (10 sierpnia 2016 r.), które odwołujący złożył na jego wezwanie, wynika że wykonawca był w ich posiadaniu, jeszcze przed otrzymaniem rzeczonoego wezwania, zatem wyznaczony czas na dostarczenie tych dokumentów we właściwej formie, tj. od dnia 1 września 2016 r. do dnia 6 września 2016 r. był wystarczający i możliwy do dotrzymania. Tego rodzaju dokumenty jak referencje, wspomniana uchwała Rady Gminy Daszyna, poświadczenie tej Gminy, że budowa referencyjna była finansowana z programu LEMUR mogły mieć postać kserokopii potwierdzonej za zgodność oryginałem przez osobą uprawnioną.

Materiał dowodowy sprawy dawał podstawy do stwierdzenia, że czynności zamawiającego podane w powiadomieniu z dnia 8 września 2016 r., tj. uznania złożonej oferty odwołującego za odrzuconą ze względu na wykluczenie odwołującego - w zaistniałych okolicznościach znajdowały normatywne wsparcie w przywołanych jako podstawa tej czynności art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Postępowanie podlegało unieważnieniu w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, skoro cena najkorzystniejszej oferty drugiego wykonawcy konsorcjum IDS-BUD S.A. (po wykluczeniu odwołującego) przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia i nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny proponowanej w ofercie

konsorcjum IDS-BUD S.A.

Nie potwierdziły się zarzuty odwołującego naruszenia przez zamawiającego nw. przepisów, tj.:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp w zw. z przepisem § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013r. poz. 231) poprzez nieuzasadnione wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało odrzuceniem oferty, podczas gdy odwołujący załączył do oferty dokumenty odpowiadające warunkom SIWZ - odwołujący w określonym terminie nie wykazał spełnienia wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu,

1a) art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp odnosi się do postępowań dwuetapowych i nie znajduje zastosowania w przetargu nieograniczonym,

2) art. 93 ust. 1 pkt, 4 Pzp poprzez nieuzasadnione unieważnienie postępowania - zarzut bezpodstawny, w stanie faktycznym danej sprawy,

3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców - skoro nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp w odniesieniu do kwestionowanych czynności zamawiającego, ich podważanie z punktu widzenia zasad generalnych postępowania nie znajduje usprawiedliwionych racji,

4) art. 9 ust. 1 Pzp przez niewłaściwą interpretację przez zamawiającego zasady pisemności i uznanie, iż z zasady określonej w art. 9 ust. 1 Pzp wynika obowiązek zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności, gdy w rzeczywistości chodzi wyłącznie o formę pisemną dla celów dowodowych - zarzut bezpodstawny z przyczyn omówionych wyżej,

5) art. 61 ust. 1 K.c. w związku z art. 14 Pzp przez niezastosowanie przez zamawiającego przepisu o chwili złożenia oświadczenia i w konsekwencji i uznanie, iż odwołujący uchybił terminowi do uzupełnienia dokumentów, podczas gdy w rzeczywistości zamawiający otrzymał i zapoznał się z oświadczeniem odwołującego - zarzut bezpodstawny z przyczyn omówionych wyżej,

6) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez niewłaściwe zastosowanie skutkiem czego było odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ wobec braku ku temu przesłanek, gdyż nie miała miejsca niezgodność oferty z treścią specyfikacji. Wskazywane przez zamawiającego - forma uzupełnienia faksem dokumentów oraz uznanie, iż dokumenty uzupełnione zostały nieprawidłowo, tj. niezgodnie z SIWZ, stanowią o naruszeniu formy, a nie treści, specyfikacji i nie stanowią wypełnienia przesłanki zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do treści oferty,

jako przedmiotu świadczenia i nie miał zastosowania na omawianym etapie postępowania, gdyż oferta odwołującego nie została podana ocenie merytorycznej w wyznaczonych kryteriach, albowiem wykonawca został wykluczony z postępowania za niewykazanie spełnienia warunków udziału, co skutkuje uznaniem oferty za odrzuconą z mocy prawa zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

.....