

Sygn. akt: KIO 63/18

Wyrok

z dnia 26 stycznia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2018 roku przez wykonawcę: **MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku**, w postępowaniu prowadzonym przez: **Gminę Miejską Ciechanów**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku** na rzecz Zamawiającego: **Gminy Miejskiej Ciechanów** - kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 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 Płocku.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Gmina Miejska Ciechanów [zwana dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: „*Dostawa systemu informacji pasażerskiej*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.], [zwanej dalej: „ustawą Pzp”].

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 października 2017 roku pod numerem 2017/S 197-404555. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego brał udział tylko jeden wykonawca, tj.: MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku.

W dniu 5 stycznia 2018 roku Zamawiający przekazał wykonawcy MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku informację o wynikach postępowania.

W dniu 10 stycznia 2018 roku wykonawca - MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku [zwany dalej: „Odwołującym”] wniósł odwołanie – w formie elektronicznej - opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym – od czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

- 1) wykluczeniu Odwołującego z powodu niewykazania braku podstaw do wykluczenia;
- 2) uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą z uwagi na wykluczenie Odwołującego z postępowania przetargowego;
- 3) zatrzymaniu wadium Odwołującego w wysokości 20.000,00 zł;
- 4) unieważnieniu postępowania przetargowego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji błędne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania przetargowego oraz uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, choć czynności te mogły mieć miejsce dopiero po zastosowaniu wobec Odwołującego obligatoryjnej procedury wezwania do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie wezwania do uzupełnienia brakujących informacji na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez skierowanie wezwania do Odwołującego z dnia 21.12.2017 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy było to pierwsze wezwanie jakie otrzymał Odwołujący od Zamawiającego;
- 4) § 5 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2016 poz. 1126) w związku z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż dokumenty w postaci zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego oraz zaświadczenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert nie spełniają przymiotu aktualności;
- 5) art. 46 ust. 4a ustawy Pzp poprzez zatrzymanie wadium Odwołującego, podczas, gdy nie doszło do sytuacji, w której Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu z przyczyn leżących po jego stronie.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 4) nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia konkretnych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia określonych w rozdziale XI ust. 7 SIWZ na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp;
- 5) w przypadku potwierdzenia przez Odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu przetargowym.

Ponadto Odwołujący wnosił o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, co następuje:

Uzasadnienie w zakresie zarzutu nr 1 – naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący uzasadniając ww. zarzut wskazywał, że nie otrzymał od Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 7 grudnia 2017r. Odwołujący wyjaśnił, że powziął telefonicznie wiedzę od pracownika Zamawiającego, w dniu, w którym upływał termin na uzupełnienie dokumentów, iż przedmiotowe wezwanie zostało jakoby wysłane do niego faxem, podczas, gdy ani w tym dniu, ani w dniach kolejnych nie odnotował otrzymania żadnej wiadomości. Podkreślił również, iż Zamawiający doręczając mu pozostałą korespondencję związaną z przetargiem posługiwał się pocztą e-mail i Odwołujący odebrał wszystkie wiadomości przekazane za jej pośrednictwem. Odwołujący podał, że dokonał sprawdzenia nie tylko połączeń fax-owych, ale także poczty e-mail (wszystkich folderów), w tym wiadomości Odebranych, wiadomości SPAM oraz Kosza. Stwierdził, że Zamawiający nie mógł

otrzymać potwierdzenia otrzymania wezwania przez Odwołującego. Podniósł, że wobec braku otrzymania wezwania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, nie mógł wykonać zobowiązania do złożenia oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Następnie podkreślił, że pomimo otrzymania informacji telefonicznej - w dniu upływu terminu na uzupełnienie dokumentów – złożenie ich nie było również możliwe z uwagi na odległość siedziby Odwołującego od siedziby Zamawiającego oraz brak znajomości treści wezwania. W dniu 21 grudnia 2017 roku otrzymał od Zamawiającego wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia określonych w rozdziale XI ust. 7 SIWZ, przy czym w treści uzasadnienia Zamawiający wskazał, że wykonawca nie udzielił odpowiedzi na pierwsze wezwanie z dnia 7 grudnia 2017 roku. Odwołujący podniósł, że skoro nigdy nie otrzymał wezwania z dnia 7 grudnia 2017 roku, to wezwanie z dnia 21 grudnia 2017 roku winno zostać potraktowane jako pierwsze wezwanie w sprawie. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie powinien w sposób ogólny i niesprecyzowany wzywać do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, a powinien w sposób jasny i szczegółowy wymienić w jego treści konkretne dokumenty, które Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania. W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 września 2017 roku, sygn. akt: KIO 1884/17. Odwołujący podniósł, że w piśmie z dnia 21 grudnia 2017 roku Zamawiający wezwał go ogólnie do przedłożenia dokumentacji przetargowej, zamiast wyszczególnić dokumentację, która winna zostać przez niego przedłożona. Pomimo tych wszystkich naruszeń ze strony Zamawiającego, Odwołujący przedłożył wszystkie wymagane dokumenty i wymienił je w treści pisma z dnia 28 grudnia 2017 roku. Odwołujący wyjaśnił ponadto, iż wszystkie dokumenty przekazane do Zamawiającego w związku z wezwaniem z dnia 21 grudnia 2017 roku, w tym wykaz wykonanych dostaw, jak również informacja KRK Podwykonawcy, zostały dokładnie zweryfikowane przez Prezesa Zarządu, jak również pracownika Odwołującego Panią O. S. . Odwołujący stwierdził, że jeżeli Zamawiający nie dysponował owymi dokumentami to

wyłączenie ze swojej winy na skutek ich zagubienia. Natomiast z uwagi na zagubienie przez Zamawiającego dokumentów - informacji KRK o Podwykonawcy oraz wykazu wykonanych przez Wykonawcę dostaw – Odwołujący powinien mieć możliwość ponownego przedstawienia tych dokumentów.

Z uwagi na powyższe Odwołujący sformułował w treści odwołania wnioski o: „Przesłuchanie Prezesa Zarządu Odwołującego B. H. oraz Pani O. S. na okoliczność przesłania do Zamawiającego wszystkich dokumentów wymienionych w treści pisma z dnia 28.12.2017 r.”.

Odwołujący wskazał też, że w dniu 8 stycznia 2018 roku wystosował do Zamawiającego informację o podjęciu przez Zamawiającego czynności niezgodnych z prawem. Do przedmiotowego pisma Zamawiający nie ustosunkował się.

Uzasadnienie w zakresie zarzutu nr 2 – naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz uzasadnienie w zakresie zarzutu nr 3 – naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że brak dopełnienia obowiązków przez Zamawiającego w zakresie doręczenia mu wezwania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, jak również w zakresie braku sprecyzowania żądanej dokumentacji w wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, skutkowało podjęciem przez Zamawiającego bezpodstawnej i bezzasadnej decyzji o wykluczeniu go z postępowania przetargowego oraz uznaniem jego oferty za odrzuconą. Zaznaczył, iż wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp jest możliwe tylko wówczas, gdy wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. W ocenie Odwołującego, w przedmiotowej sprawie, stwierdzenie, iż nie wykazał on braku podstaw do wykluczenia jest przedwczesne. Wskazał, że wykonawca musi dysponować możliwością przedłożenia dokumentów oraz oświadczeń w myśl reguł prawa zamówień publicznych i musi mieć również możliwość ich uzupełnienia. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, nie doręczył mu skutecznie wezwania na podstawie 26 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie od tego

Odwołujący podnosił, że doręczył Zamawiającemu wszystkie wymagane przez niego dokumenty, a brak ich posiadania przez Zamawiającego musi być wynikiem działań podjętych przez pracowników Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, iż wykazał, że nie podlega wykluczeniu z postępowania przetargowego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył także przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przedwczesne jego zastosowanie w stosunku do Odwołującego, w sytuacji, gdy Zamawiający był zobligowany do zastosowania art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać go do złożenia konkretnych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, określonych w rozdziale XI ust. 7 SIWZ na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadnienie w zakresie zarzutu nr 4 - § 5 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w związku z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że Zamawiający uznał za nieaktualne zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, które są datowane na dzień 18.09.2017 roku. W ocenie Odwołującego, przedmiotowe dokumenty zostały przez niego prawidłowo złożone i pozostają aktualne na dzień składania ofert. Odwołujący powołał się na przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp i zauważył, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawca może złożyć dokumenty zgodnie z terminem „ich ważności” wynikającym z przepisów Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o ile są nadal aktualne na dzień ich złożenia. Stwierdził, że Zamawiający jako dzień składania ofert wyznaczył 21 listopada 2017 roku, a zatem dokumentacja datowana na dzień 18 września 2017 roku jest aktualna. Na marginesie Odwołujący zaznaczył, że można złożyć również zaświadczenie wystawione po upływie terminu składania ofert. Rozporządzenie mówi bowiem jedynie „jak stary” może być dokument i wskazuje dzień składania ofert jak punkt, od którego ową „starość” się liczy. Nie oznacza to jednak, że nie można złożyć dokumentu nowszego.

Uzasadnienie w zakresie zarzutu nr 5 – naruszenie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp

Odwołujący powołał się na brzmienie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i stwierdził, że w okolicznościach niniejszej sprawy nigdy nie doszło do sytuacji, w której, Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3 a ustawy Pzp, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu z przyczyn leżących po jego stronie. Podniósł, że niezależnie od okoliczności, iż Zamawiający zaniechał skutecznego doręczenia mu wezwania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, istotnym jest, że nie wyartykułował w sposób należyty konkretnych dokumentów, które wykonawca zobowiązany był przedłożyć celem wzięcia udziału w postępowaniu również w wezwaniu wystosowanym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że miał niejako „skróconą” drogę do uzupełnienia dokumentacji, ale również Zamawiający teoretycznie utrudnił mu możliwość złożenia prawidłowej dokumentacji nie precyzując jakie dokładnie dokumenty musi przedłożyć.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosil jak we wstępie.

W dniu 19 stycznia 2018 roku Zamawiający – w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron – złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Jednocześnie w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron w dniu 19 stycznia 2018 roku pełnomocnik Zamawiającego oświadczył do protokołu, iż Zamawiający uwzględni w części zarzuty odwołania, tj. w zakresie zarzutu nr 4 dotyczącego naruszenia przepisu § 5 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w związku z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż dokumenty w postaci zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego oraz zaświadczenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert nie spełniają przymiotu aktualności.

Powyższe oświadczenie, Zamawiający podtrzymał również w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron w dniu 25 stycznia 2018 roku. Jednocześnie podkreślił,

iż nie ma to jednak wpływu na wynik postępowania, dlatego też wnosił o oddalenie odwołania w całości

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem (jak również okazanej w oryginale przez Zamawiającego na rozprawie w dniu 25 stycznia 2018 roku), w tym szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”], korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z Odwołującym, informacji o wynikach postępowania z dnia 5 stycznia 2018 roku. Izba dopuściła również dowody z dokumentów złożonych przez Strony w toku rozprawy w dniu 25 stycznia 2018 roku, z wyjątkiem dowodu z dokumentów w postaci wydruków faksowych poszczególnych dokumentów złożonych przez Odwołującego, który Izba postanowiła oddalić, stwierdzając, iż jest on nieprzydatny dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba uwzględniła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Pani O. S. na okoliczność przygotowania i przesłania do Zamawiającego wszystkich dokumentów wymienionych w treści pisma z dnia 28 grudnia 2017 r. W pozostałym zakresie Izba oddaliła wniosek (tj. w zakresie wykraczającym poza zakreśloną tezę dowodową).

Jednocześnie, Izba postanowiła oddalić wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka - Prezesa Zarządu Odwołującego B. H. z uwagi na to, iż Pan B. H., jako Prezes Zarządu spółki Odwołującego nie mógł zeznawać jako świadek. Odwołujący nie wnosił o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Stron.

Izba wzięła również pod uwagę stanowiska Stron wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 stycznia 2018 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

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

Izba ustaliła także, że Odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest zadanie polegające na zaprojektowaniu, dostawie i wdrożeniu 14 tablic przystankowych dwustronnych wraz z konstrukcjami wsporczymi, zawierających moduł transmisyjny do dynamicznego rozkładu jazdy, we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach (w skrócie ESIP).

W dniu 5 stycznia 2018 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – z powodu nie wykazania braku podstaw wykluczenia.

W uzasadnieniu Zamawiający podał, iż: *„Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego z dnia 7.12.2017 r., działającego w oparciu o przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia w terminie do dnia 19.12.2017 r. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.*

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.12.2017 r., działającego w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia w terminie do dnia 4.01.2018 r. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1., w dniu 2.01.2018 r. złożył część wymaganych przez Zamawiającego dokumentów.

Wykonawca nie złożył następujących dokumentów:

- 1) wykazu wykonanych przez Wykonawcę dostaw;*
- 2) informacji z KRK dotyczącej wskazanego przez siebie Podwykonawcy.*

Ponadto: zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego oraz zaświadczenie jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, datowane są na 18.09.2017 – a więc były nieaktualne w dacie ich złożenia”.

Zamawiający poinformował również Odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz o zatrzymaniu wpłaconego przez niego wadium w wysokości 20 000,00 zł w oparciu o przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Mając na uwadze, iż Zamawiający uwzględnił zarzut nr 4 odwołania, tj. zarzut naruszenia § 5 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w związku z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż dokumenty w postaci zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego oraz zaświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert nie spełniają przymiotu aktualności, Izba rozpoznała odwołanie wyłącznie w zakresie pozostałych zarzutów odwołania. Uwzględnienie ww. zarzutu nie miało wpływu na wynik postępowania.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, iż – wbrew twierdzeniom Odwołującego – Zamawiający w sposób prawidłowy wystosował do niego dwukrotnie wezwania do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, przy czym pierwsze z dnia 7 grudnia 2017 roku na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz drugie – z dnia 21 grudnia 2017 roku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Zamawiający w dniu 7.12.2017 roku, działając w oparciu o przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego, którego oferta została najwyżej oceniona,

do złożenia w terminie do dnia 19.12.2017 roku aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, określonych w rozdz. XI ust. 7 SIWZ. Jednocześnie, na podstawie rozdz. XII ust. 2 SIWZ Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o niezwłoczne potwierdzenie faktu otrzymania przedmiotowego pisma, poprzez podpisanie pierwszej strony dokumentu i odesłanie jej w trybie zwrotnym.

Izba ustaliła, że wezwanie, o którym mowa powyżej, Zamawiający przesłał Odwołującemu za pośrednictwem faksu na numer wskazany bezpośrednio w ofercie Odwołującego (na stronach 1 i 2), co wynika z dokumentacji postępowania, jak również, iż wynik nadania dokumentu faksem (1 strona) był pozytywny (wynik: „ok”).

Odwołujący podnosił w odwołaniu, że nigdy nie otrzymał ww. wezwania oraz, że Zamawiający doręczając mu pozostałą korespondencję związaną z przetargiem posługiwał się pocztą e-mail. Odwołujący zarówno w odwołaniu, jak i w toku rozprawy wskazywał, iż Zamawiający powinien zweryfikować czy wezwanie to dotarło do Odwołującego i dlaczego nie potwierdził on zwrótnie jego otrzymania.

W rozdz. XII ust. 1 SIWZ Zamawiający podał, iż: *„Zamawiający przewiduje trzy formy porozumiewania się z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień, informacji, tj. pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną, z zastrzeżeniem ust. 3.*

Z kolei w ust. 2 tego rozdziału określił, iż: *„Każda ze stron jest zobowiązana na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdzić fakt otrzymania korespondencji faksem lub drogą elektroniczną”.*

Zatem, wezwanie z dnia 7 grudnia 2017 roku zostało przekazane Odwołującemu w jednej z form korespondencji Zamawiającego z Wykonawcami dopuszczonych na mocy postanowień SIWZ, tj. zostało ono przekazane faksem. Odwołujący nie odwoływał się wobec postanowień SIWZ w tym zakresie. Wynik transmisji dokumentu faksem na numer podany przez Odwołującego w ofercie był pozytywny, a Odwołujący nie przedstawił dowodu, który potwierdzałby,

iż dokument nie został mu przekazany w sposób prawidłowy. Argumentem negującym prawidłowość czynności Zamawiającego w tym zakresie nie może być praktyka stosowana przy pozostałej korespondencji, tj. równoległe porozumiewanie się przez Zamawiającego zarówno za pośrednictwem faksu, jak i poczty elektronicznej. Obie te formy porozumiewania się z Wykonawcami zostały bowiem określone w SIWZ, są one równoważne, a w swojej ofercie Odwołujący wskazał zarówno numer faksu, jak i adres poczty elektronicznej. Co do braku potwierdzenia faktu otrzymania wezwania z 7 grudnia 2017 roku przez Odwołującego, to stwierdzić należy, że zaniechania Wykonawcy w tym względzie nie mogą obarczać negatywnymi skutkami Zamawiającego, który przecież dysponował potwierdzeniem, iż transmisja dokumentu faksem zakończyła się pozytywnie.

Tym samym należy stwierdzić, że wezwanie z dnia 7 grudnia 2017 roku, skierowane do Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zostało przesłane przez Zamawiającego w sposób prawidłowy. W związku z powyższym nie można uznać – tak jak chce tego Odwołujący – wezwania z dnia 21 grudnia 2017 roku za pierwsze wezwanie w sprawie.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

W dniu 21.12.2017 roku Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia w terminie do dnia 4.01.2018 roku dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia określonych w rozdz. XI ust. 7 SIWZ. W uzasadnieniu przedmiotowego wezwania Zamawiający podał, iż Wykonawca nie udzielił odpowiedzi na wezwanie z dnia 7.12.2017 roku wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp i wskazał, iż brak

złożenia dokumentów w wyznaczonym terminie skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z postępowania oraz, że jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złoży dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, chyba że Wykonawca udowodni, że brak złożenia dokumentów wynika z przyczyn nie leżących po jego stronie.

Pomiędzy Stronami nie było sporne, że Odwołujący otrzymał wezwanie z dnia 21 grudnia 2017 roku, o którym mowa powyżej. Sporna była kwestia czy traktować to wezwanie jako pierwsze – co zostało już przesądzone powyżej (z uwagi na powyższe uznać należy, że Zamawiający prawidłowo wskazał jako podstawę ponownego wezwania przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Ponadto, sporna była kwestia szczegółowości wystosowanego wezwania oraz to, czy Odwołujący w istocie przekazał Zamawiającemu wszystkie dokumenty wymienione w treści pisma przewodniego z dnia 28 grudnia 2017 roku, które przesłał w odpowiedzi na ww. wezwanie.

W ocenie Izby – w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy - nie są zasadne twierdzenia Odwołującego, że wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z dnia 21 grudnia 2017 roku jest ogólne i niesprecyzowane.

Zamawiający w treści przedmiotowego wezwania wskazał, iż wzywa do: *„złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia określonych w rozdz. XI ust. 7 SIWZ”*. Zamawiający zatem odwoływał się do konkretnych postanowień SIWZ, w których zostały wymienione wymagane dokumenty. Nie mogło też budzić wątpliwości, że Zamawiającemu chodzi o przedstawienie wszystkich wymaganych na podstawie postanowień SIWZ (rozdział XI ust. 7) oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, skoro Zamawiający powołał się w treści wezwania z dnia 21 grudnia 2017 roku na brak odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 grudnia 2017 roku wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, nie chodziło o braki, wątpliwości czy błędy w stosunku do uprzednio złożonych dokumentów.

Niemniej jednak, zasadnicze znaczenie dla oceny tej kwestii ma fakt, że dla samego Odwołującego wezwanie z dnia 21 grudnia 2017 roku było jasne i w pełni zrozumiałe, również co do jego zakresu, a co wynika z odpowiedzi złożonej przez Odwołującego na ww. wezwanie. Mianowicie, w piśmie przewodnim z dnia 28 grudnia 2017 roku, wystosowanym w odpowiedzi na ww. wezwanie, Odwołujący wymieniał z nazwy wszystkie dokumenty żądane przez Zamawiającego. Co więcej z przebiegu rozprawy wynika, że Odwołujący nigdy nie miał jakichkolwiek wątpliwości co do wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, albowiem Odwołujący przygotował je już w listopadzie i dokonywał co najmniej dwukrotnej ich weryfikacji. Ze stanowiska Odwołującego wynika również, że miał przygotowane pismo przewodnie w dniu 20 grudnia 2017 roku, które co do wymienionych w jego treści dokumentów, było identyczne jak to złożone w dniu 28 grudnia 2017 roku. Z tego też względu nie sposób uznać, że wezwanie Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2017 roku do złożenia dokumentów byłoby w jakimkolwiek stopniu niezrozumiałe dla Odwołującego.

Zasadniczą kwestią sporną była okoliczność czy Odwołujący doręczył Zamawiającemu wszystkie dokumenty, które wymienione zostały w treści pisma przewodniego z dnia 28 grudnia 2017 roku, w szczególności czy wśród przekazanych Zamawiającemu dokumentów znajdowały się: wykaz wykonanych przez Wykonawcę dostaw oraz informacja z KRK dotycząca wskazanego przez Odwołującego Podwykonawcy.

Przepis art. 190 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp stanowi, iż: *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.*

Natomiast, zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp *Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.*

Izba, biorąc pod uwagę całokształt dowodów zgromadzonych w niniejszej sprawie uznała, że Odwołujący nie udowodnił – a to na nim spoczywał ciężar dowodu - iż złożył komplet oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, a które zostały

przez niego wymienione w treści pisma przewodniego datowanego na dzień 28 grudnia 2017 roku, przy którym zostały złożone dokumenty w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2017 roku (pismo doręczone Zamawiającemu w dniu 2 stycznia 2018 roku).

Zgodnie z prezentatą Kancelarii Urzędu Miasta Ciechanów z dnia 2 stycznia 2018 roku ilość załączników przy piśmie złożonym przez Odwołującego została określona jako 20 kart, co oznacza, jak słusznie zauważył Zamawiający, iż nie ma możliwości, ażeby brakujące dokumenty (tj. wykaz dostaw oraz informacja z KRK dotycząca Podwykonawcy) zostały zamieszczone na owych 20 kartach, które przecież obejmują pozostałe złożone dokumenty. Ponadto, notatki służbowe pracowników Zamawiającego, przedłożone w toku rozprawy, potwierdzają okoliczność, iż do Urzędu Miasta Ciechanów wpłynęło pismo Odwołującego z załącznikami na łącznej ilości kart 20, tj. w ilości kart zgodnej z ilością kart na której w istocie złożone przez Odwołującego zostały pozostałe dokumenty, znajdujące się w dokumentacji postępowania posiadanej przez Zamawiającego. Gdyby zostały złożone wszystkie dokumenty oznaczone w treści pisma przewodniego Odwołującego datowanego na dzień 28 grudnia 2017 roku, ilość kart byłaby większa o 2.

Izba zwróciła uwagę na niespójność prowadzonej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania w zakresie zarejestrowanych dokumentów w wersji papierowej i w systemie elektronicznym, a mianowicie, iż do systemu elektronicznego (EZD) wprowadzono (zeskanowano) mniejszą liczbę załączników omawianego pisma z dnia 28 grudnia 2017 roku niż wynikało to z wersji tradycyjnej. Niemniej jednak, Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego w tym zakresie, potwierdzonym przedłożonym w toku rozprawy w dniu 25 stycznia 2018 roku Zarządzeniem nr 175/2015 Prezydenta Miasta Ciechanowa z dnia 21.10.2015 r. w *sprawie wprowadzenia elektronicznego obiegu dokumentów i wdrożenia aplikacji „Elektroniczne Zarządzanie Dokumentacją”*, iż u Zamawiającego podstawowym systemem rejestracji dokumentów jest system tradycyjny, a system EZD wykorzystywany jest wyłącznie pomocniczo, stąd też praktyka jest taka, że nie wszystkie załączniki do dokumentów, które wpłyną do Zamawiającego są skanowane i wprowadzane do systemu elektronicznego.

Natomiast Izba oceniła jako niewiarygodne zeznania świadka powołanego na okoliczność wykazania, iż Odwołujący przygotował i przesłał do Zamawiającego wszystkie dokumenty wymienione w treści pisma przewodniego z dnia 28 grudnia 2017 r.

Należy zauważyć, że zeznania świadka były nieściśle i niespójne w pewnym zakresie. Świadek, który został powołany z inicjatywy Odwołującego, nie był w stanie powiedzieć ile było kart załączonych do pisma przewodniego, nie był też w stanie wskazać z całkowitym przekonaniem liczby załączonych dokumentów, w stosunku do tego ostatniego świadek użył zwrotu „wydaje mi się”, choć należy przyznać, że wskazał prawidłową liczbę. Co więcej świadek nie był pewny co do daty wysyłki przedmiotowych dokumentów. Pomimo, akcentowania, iż świadek dwukrotnie weryfikował załączone dokumenty z ich wykazem wskazanym w piśmie przewodnim, nie potrafił odnieść się do treści samego pisma przewodniego, w tym do dat w nim wskazanych. Początkowo twierdził, że wszystkie dokumenty jakie miały być załączone do pisma przewodniego datowanego na dzień 28 grudnia 2017 roku były gotowe już w dacie 20 grudnia 2017 roku. Początkowo świadek wyjaśniał, że również wykaz wykonanych dostaw został przygotowany i sporządzony już w dacie 20 grudnia 2017 roku. Dopiero w toku dalszych zeznań świadek stwierdził, że wykaz dostaw został na nowo sporządzony przez niego z datą 28 grudnia 2017 roku. Rozbieżność w zeznaniach również dotyczyła innych kwestii. Otóż, w toku swobodnych zeznań składanych w odpowiedzi na pytanie co świadkowi wiadomo na temat tej sprawy świadek zeznawał, iż dokonał weryfikacji dokumentów zgodnie z pismem przewodnim i następnie zapakował i nadał do Zamawiającego i nikt nie miał dostępu do koperty i jej zawartości, natomiast już w dalszym toku zeznań - w odpowiedzi na poszczególne pytania - świadek zeznawał, że kopertę adresował i wysyłał Prezes Zarządu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania iż Odwołujący złożył Zamawiającemu komplet oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, a wymienionych w treści pisma z dnia 28 grudnia 2017 roku.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.*

Z kolei przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, iż: *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Jak już powyżej wskazano, Odwołujący w ogóle nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego wystosowane do niego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (wezwanie z dnia 7 grudnia 2017 roku). Z kolei na wezwanie z dnia 21 grudnia 2017 roku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący nie złożył wszystkich wymaganych dokumentów. W konsekwencji Zamawiający słusznie uznał, iż Odwołujący nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Na marginesie wskazać należy, że podniesiona na rozprawie okoliczność, iż już tylko na podstawie pozostałych dokumentów (co do których nie było wątpliwości, że zostały przez Odwołującego złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 grudnia 2017 roku) Zamawiający mógł stwierdzić, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia (bez udziału podwykonawcy) wykracza poza zarzuty podniesione w odwołaniu (poza okoliczności faktyczne, stanowiące uzasadnienie zarzutów).

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 46 ust. 4a. ustawy Pz, który stanowi, iż: *Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.*

W okolicznościach niniejszej sprawy, o których była mowa powyżej, Izba uznała, że ziściły się przesłanki, określone w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a mianowicie, iż Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wezwanie z dnia 21 grudnia 2017 roku) nie złożył dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez niego jako najkorzystniejszej. W konsekwencji Zamawiający zatrzymał wadium złożone przez Odwołującego.

Tym samym zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp okazał się bezpodstawny.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzuty odwołania są bezzasadne, a odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp: *W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp: Strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b), a także § 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 ze zm.).

Zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b) powołanego powyżej Rozporządzenia: *Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej "kosztami", zalicza się:*

1) wpis, obejmujący w szczególności:

a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Krajowej Izby Odwoławczej, zwanej dalej "Izbą", przygotowującymi do należytego rozpoznawania odwołań (...)

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniośł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności:

a) (...)

b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Stosownie zaś do § 5 ust. 3 pkt 1: *W przypadku odrzucenia albo oddalenia odwołania przez Izbę: Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2.*

W niniejszej sprawie – co wynika z sentencji orzeczenia – Izba oddaliła odwołanie.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł, którą to kwotę Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego, a także koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba orzekła o kosztach postępowania jak w pkt 2 sentencji wyroku i zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: