Sygn. akt: KIO 489/19

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2019 r. przez wykonawcę M.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PERFEKT-DRUK M.W. w Wąpielsku w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Kraków

przy udziale wykonawcy A.L.P., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej "KALAHARI" A.L.P. w Jastrzębnikach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PERFEKT-DRUK M.W. w Wąpielsku i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę M.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PERFEKT-DRUK M.W. w Wąpielsku tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy M.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PERFEKT-DRUK M.W. w Wąpielsku na rzecz zamawiającego Gminy Miejskiej Kraków kwotę 4 500 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset złotych zero groszy), stanowiącą łącznie koszt wynagrodzenie pełnomocnika i koszt dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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:……..…

Sygn. akt KIO 489/19

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

I. Gmina Miejska Kraków (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie i dostawa trzech elementów tekstylnych z nadrukiem, wchodzących w skład dedykowanego projektu pn. „Krakowska Wyprawka 2019” dla Wydziału Komunikacji Społecznej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 51115 l-N-2019. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Ustawa).

W dniu 19 marca 2019 r. wykonawca M.W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PERFEKT-DRUK M.W. w Wąpielsku (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez nieodrzucenie oferty wykonawcy A.L.P. Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI, pomimo że wykonawca ten nie złożył w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wyjaśnień i nie złożył stosownych dowodów, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
2. naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, gdyż Zamawiający skierował ponowne wezwania o wyjaśnienie, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, do wykonawcy A.L.P. Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI, który nie złożył ich w pierwotnym terminie,podczas gdy winien on odrzucić złożoną przez niego ofertę i zaniechać dalszych wezwań;
3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 12) Ustawy poprzez niedokonanie wykluczenia wykonawcy A.L.P. Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganego doświadczenia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, wskutek nieprzedłożenia własnoręcznie podpisanej dokumentacji, podczas gdy w takiej sytuacji Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia tego wykonawcy.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:
A) Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Ustawy.
W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez nieodrzucenie oferty wykonawcy A.L.P. Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI, pomimo że wykonawca ten nie złożył w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wyjaśnień i nie złożył stosownych dowodów, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Według Odwołującego, Zamawiający bowiem w treści SIWZ wprost wskazał, iż nie dopuszcza przekazywania za pomocą środków komunikacji elektronicznej (bez podpisu) m.in. wyjaśnień składanych Zamawiającemu w celu ustalenia, czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Stąd obowiązującą wzywanego wykonawcę formą sporządzenia i dostarczenia wyjaśnień była forma pisemna. Jest to o tyle ważne, że Zamawiający, wyznaczając termin na złożenie pierwszych wyjaśnień do dnia 22 lutego 2019 r. do godz. 12:00, w istocie zobowiązał wykonawcę A.L.P. Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI do złożenia podpisanego pisma (dokumentu) sporządzonego w formie tradycyjnej. Ww. wykonawca, wysyłając więc w swojej wiadomości e-mail z dnia 21 lutego o godz. 14:02 jedynie skan wyjaśnień uprzednio sporządzonych w formie pisemnej, nie dotrzymał określonego przez Zamawiającego terminu. W szczególności nie można przyjąć, iż skan ogólnikowych wyjaśnień nieopatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym czyni zadość wymaganiom wskazanym przez Zamawiającego w pkt. 7 SIWZ. Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku odpowiedzi ww. Wykonawcy na ponowne wezwanie Zamawiającego z dnia 25 lutego 2019 r. Wobec powyższego Zamawiający zobowiązany był do uznania, iż Wykonawca nie złożył w ogóle stosownych wyjaśnień, gdyż zarówno termin ich złożenia, treść jak i forma, uchybiała wymogom określonym przez Zamawiającego w SIWZ oraz art. 90 ust. 1 Ustawy.
B) Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy.
W przedmiotowym stanie faktycznym, według Odwołującego, Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, gdyż Zamawiający skierował ponowne wezwania o wyjaśnienie, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, do wykonawcy A.L.P. Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI, który nie złożył ich w pierwotnym terminie, podczas gdy winien on odrzucić złożoną przez niego ofertę i zaniechać dalszych wezwań. Wbrew jednakże tej zasadzie Zamawiający kierował dalsze wezwania do ww. wykonawcy, przyjmując, iż złożone przez niego za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej pisma nieopatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym zostały złożone z zachowaniem pierwotnie wyznaczonego terminu, co jest wadliwe, gdyż nie sposób przyjąć, iż wysłane przez ww. Wykonawcę skany są równoważne formie pisemnej.
C) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12) Ustawy.
Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12) Ustawy 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. W tym miejscu Odwołujący podnosi, iż zdaniem doktryny „podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 12 jest jedyną, co do zastosowania której ciężar dowodowy spoczywa na wykonawcy. Ciężar ten sprowadza się do wykazania, że spełnia on w wystarczającym stopniu warunki udziału w postępowaniu i że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia. Wykazanie polega najpierw na złożeniu odpowiednich oświadczeń, a następnie na potwierdzeniu treści oświadczeń odpowiednimi dokumentami. (...) Pomimo [więc] zmian w przepisach nadal aktualne jest stwierdzenie zawarte w jednym z wyroków KIO, iż zawarta obecnie w art. 24 ust. 1 pkt 12 przesłanka wykluczenia odnosi się do formalnego wymogu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie samego faktu ich spełnienia przez wykonawcę. Uwzględniając zasadę pisemności postępowania ustawodawca przyznał zatem prym prawdzie formalnej nad prawdą materialną w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jest to skutkiem przerzucenia na wykonawców ciężaru dowodu w zakresie wykazania spełniania warunków udziału i wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania (wyr. KIO z 4.6.2012 r., KIO 1020/12, Legalis).” [J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 14, Warszawa 2017].
Odwołujący podnosił, że orzecznictwo Izby również wskazuje na prawidłowość powyższego poglądu, gdyż w wyroku z dnia 27 marca 2018 r., o sygn. akt KIO 493/18, wskazano, że „zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę, gdy ten nie wykaże spełnienia warunku. Poprzez użycie słowa „wykazać”, ustawodawca przesądził, że istotnym elementem jest nie tylko spełnianie warunku przez wykonawcę, ale także konieczność należytego wykazania (uzewnętrznienia) tego faktu w sposób wskazany w ogłoszeniu.”, [zob. też: wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2018 r., o sygn. akt: KIO 1125/18], „Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy [wobec powyższego] wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,

sformułowanych przez zamawiającego. Zatem ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane." [wyrok KIO z dnia 5 lipca 2017 r., o sygn. akt: KIO 1276/17]. Przyznać wszakże należy rację M. Stachowiak, której to zdaniem „wykonawca nawet posiadający wszelkie wymagane przez zamawiającego przymioty będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli nie przedłożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie wykazał on bowiem, że warunki spełnia, i nie dostarczył wymaganych informacji pozwalających na weryfikację spełniania warunków.", [M. Stachowiak. Art. 24, [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VIL Lex 2018]. W świetle powyższego Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 12) Ustawy poprzez niedokonanie wykluczenia wykonawcy A.L.P. Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganego doświadczenia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, wskutek nieprzedłożenia własnoręcznie podpisanej dokumentacji, podczas gdy w takiej sytuacji Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia tego wykonawcy. Zamawiający zażądał w przedmiotowym postępowaniu przesłania własnoręcznie podpisanej dokumentacji potwierdzającej legitymowanie się wymaganym doświadczeniem w terminie do dnia 5 marca 2019 r, do godz. 11:00, a następnie dokonał ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień do dnia 13 marca 2019 r. do godz. 13:00.

Pomimo więc dwukrotnego – jak twierdził Odwołujący - wyznaczenia terminu do przedłożenia referencji poświadczonych za zgodność z oryginałem wykonawca nie doręczył ich we wskazanych terminach. W szczególności nie można za takowe poświadczenie uznać przesłania w wiadomości e-mail z dnia 5 marca 2019 r. o godz. 10:17 przez wykonawcę A.L.P. Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI jedynie skanu referencji, bez opatrzenia ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wszak sam Zamawiający w treści pkt. 9.1, SIWZ wyraźnie wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują w formie pisemnej przez posłańca, za pośrednictwem operatora pocztowego lub osobiście, a także faksem lub za pomocą środków komunikacji elektronicznej, z zastrzeżeniem pkt 9.2. i pkt 9.3. niniejszej specyfikacji. Za formę równorzędną do formy faksowej, Zamawiający uzna również skan podpisanego uprzednio dokumentu przekazanego mu jako załącznik do e-mail. Powyższe należy więc rozumieć jako przyjęcie formy pisemnej jako wiążącej, przy dopuszczeniu dodatkowego przesłania skanu (odzwierciedlenia graficznego) pisma, przy czym nie można tego utożsamiać z równoważnością formy pisemnej z faksem czy skanem. Po myśli bowiem § 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z 16 października 2018 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2018 r. poz. 1993), w przypadku zamówień podprogowych wszczętych od dnia 18 października 2018 r, do dnia 31 grudnia 2019 r., w których Zamawiający nie dopuścił komunikacji elektronicznej, w pełnym niemalże zakresie zastosowanie znajdują zmiany wprowadzone rozporządzeniem Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z 16 października 2018 r., z tym jednak zastrzeżeniem, że dokumenty i oświadczenia, o których mowa w tym rozporządzeniu, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem poprzez opatrzenie kopii dokumentu lub kopii oświadczenia, sporządzonych w postaci papierowej, własnoręcznym podpisem.

Na zakończenie należy zatem wskazać, iż Zamawiający także w tym przypadku winien wykluczyć A.L.P. Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI, na podstawie cytowanego wyżej art. 24 ust. 1 pkt 12) Ustawy, z uwagi na fakt nie wykazania przez owego wykonawcę potwierdzenia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. W konsekwencji również doszło do naruszenia przepisów, mającego istotny wpływ na dokonanie przez Zamawiającego błędnego badania i oceny oraz dalszej klasyfikacji złożonych w postępowaniu ofert i wyboru najkorzystniejszej z nich.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 14 marca 2019 r., dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy A.L.P. Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI;
2. ponowne przeprowadzenie procesu badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. wykluczenie z postępowania wykonawcy A.L.P. Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI, z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
4. alternatywnie w przypadku stwierdzenia braku przesłanek do wykluczenia z postępowania wykonawcy A.L.P. Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI, o odrzucenie oferty tego wykonawcy, z uwagi na brak złożenia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wyjaśnień i nie złożenia stosownych dowodów, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił A.L.P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej "KALAHARI" A.L.P. w Jastrzębnikach (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego

rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić. Choć jeden z zarzutów, postawionych w odwołaniu, potwierdził się, odwołanie należy oddalić ze względu na przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych (Izba uwzględnia odwołanie tylko wówczas, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów Ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – w ocenie składu orzekającego stwierdzone uchybienie nie ma wpływu na wynik postępowania).

Izba ustaliła, co następuje:

1. W pkt 7 SIWZ Zamawiający określił formę ofert i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (forma pisemna pod rygorem nieważności).

2. Zamawiający w pkt. 9 SIWZ określił sposób porozumiewania się stron w postępowaniu oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, zgodnie z art. 18a ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020). Zgodnie z pkt. 9.1 SIWZ ,,oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują w formie pisemnej przez posłańca, za pośrednictwem operatora pocztowego lub osobiście, a także faksem lub za pomocą środków komunikacji elektronicznej, z zastrzeżeniem pkt 9.2. i pkt 9.3. niniejszej specyfikacji. Za formę równorzędną do formy faksowej, Zamawiający uzna również skan podpisanego uprzednio dokumentu przekazanego mu jako załącznik do e- mail".

Zamawiający wykluczył jednocześnie możliwość przekazywania faksem lub za pomocą środków komunikacji elektronicznej:

a) oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 22a, art. 24 ust. 11, art. 25a ust. 1, oraz w art. 26 ust. 1, ust. 2 i ust. 2f ustawy, składanych w toku postępowania;

b) oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw, do których uzupełnienia wezwie Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 3a ustawy;

c) nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, wnoszonego w trybie art. 85 ust. 4 ustawy w jednej z form określonych w pkt 12.2.2. specyfikacji - jeżeli dotyczy;

d) wadium wnoszonego w trybie art. 46 ust. 3 ustawy w jednej z form określonych w pkt 12.2.2. specyfikacji - jeżeli dotyczy.

3. Ponadto Zamawiający wykluczył, z zastrzeżeniem pkt 9.1. specyfikacji zdanie drugie, przekazywania za pomocą środków komunikacji elektronicznej (bez podpisu) następujących dokumentów:

a) wyjaśnień dotyczących złożonych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 22a, art, 25 ust. 1, art. 25a ust. 1, art. 24 ust. 11 oraz art. 26 ust. 1 i ust. 2 ustawy (art, 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy);

b) oświadczenia Wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą (art. 85 ust. 2 ustawy);

c) wyjaśnień Wykonawcy dotyczących treści złożonej oferty (art. 87 ust. 1 ustawy);

d) oświadczenia Wykonawcy o odmowie wyrażenia zgody na poprawę innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy);

e) wyjaśnień składanych Zamawiającemu w celu ustalenia, czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską (art. 90 ust. 1 i ust. la ustawy);

f) oświadczeń o których mowa w art. 24 ust. 11 ustawy.

4. W toku badania i oceny ofert Zamawiający powziął wątpliwości co do ceny oferty wykonawcy A.L.P. Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI, w konsekwencji pismem z dnia 19 lutego 2019 r. wezwał ww. wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, zaznaczając zarazem, iż złożone wyjaśnienia powinny przedstawiać szczegółowy sposób kalkulacji wszystkich elementów składających się na cenę całkowitą zaproponowaną w ofercie. W piśmie Zamawiający pouczył o właściwej formie złożenia wyjaśnień – dla zachowania wyznaczonego terminu (22 lutego, godz. 12.00) wystarczające jest przesłanie wyjaśnień faksem, przy czym zgodnie z pkt 9.1. SIWZ zdanie drugie SIWZ za forę równorzędną formie faksowej Zamawiający uzna skan podpisanego pisma, przesłany jako załącznik do wiadomości e-mail.

5. Przystępujący w dn. 21 lutego 2019 r. przesłał wiadomość e-mail z załącznikami, m.in. skanem podpisanych wyjaśnień, oryginały wyjaśnień doręczono Zamawiającemu w dniu 25 lutego 2019 r.

6. Pismem z dn. 22 lutego 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, żądając m.in. przedłożenia danych technicznych bawełny, złożenia harmonogramów. Termin do złożenia odpowiedzi wyznaczono na dzień 25 lutego, godz. 12.00. Pouczono o formie złożenia dokumentów w taki sam sposób, jak poprzednio (dopuszczalny faks, wiadomość e-mail).

7. W dniu 25 lutego 2019 r. Przystępujący przesłał pocztą e-mail odpowiedź na wezwanie, z załącznikiem będącym skanem pisma (podpis zamieszczono na ostatniej stronie pisma). Oryginał doręczono Zamawiającemu 26 lutego 2019 r.
8. W dniu 25 lutego 2019 r. Zamawiający zwrócił się z kolejnym wezwaniem w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (m.in. na jakim etapie będzie się odbywać drukowanie motywu obwarzanka), z analogicznym pouczeniem o formie jak poprzednio. W wyznaczonym terminie Zamawiający otrzymał odpowiedź z wykorzystaniem poczty elektronicznej, a następnego dnia doręczono oryginał pisma.
9. Pismem z dnia 27 lutego 2019 r., Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 2 Prawa zamówień publicznych do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności wykazu wykonywanych usług wraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie. Zamawiający zastrzegł przy tym, że dokumenty powinny zostać przedłożone z zachowaniem formy określonej w pkt. 7 SIWZ (pouczenie innej treści, zgodne z postanowieniami SIWZ, odpowiednie do rodzaju składanych dokumentów). Wyznaczono termin do dnia 5 marca 2019 r. do godz. 11:00. Przystępujący w dniu 5 marca 2019 r. przesłał odpowiedź za pomocą poczty elektronicznej (załączając skany wykazu usług i listów referencyjnych), oryginały dokumentów doręczył Zamawiającemu następnego dnia.
10. Zamawiający w dniu 14 marca 2019 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, z czym się nie zgodził Odwołujący i wniósł odwołanie.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że potwierdził się jeden z zarzutów odwołania – rzeczywiście, dokumenty, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, złożone przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego zostały złożone w terminie w niewłaściwej formie (skany pism i listów referencyjnych załączone do wiadomości poczty elektronicznej); w formie pisemnej zostały złożone po upływie wyznaczonego terminu. Jednak Przystępujący do tej pory nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów – jeżeli wykonawca nie złożył odpowiednich dokumentów (zawierają one jakiekolwiek braki, czy zostały złożone w niewłaściwej formie), Zamawiający powinien go wezwać do ich uzupełnienia. Skład orzekający nie nakazał Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających posiadanie doświadczenia zawodowego, ponieważ znajdują się one u Zamawiającego w formie pisemnej (zostały złożone po upływie wyznaczonego terminu) – zatem odwołania nie można uwzględnić, ponieważ wcześniejsze uchybienie co do formy dokumentów, następnie samodzielnie naprawione przez Przystępującego, nie ma wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych). Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie wzywał Przystępującego dwukrotnie do złożenia referencji – drugie wezwanie w odniesieniu do dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu zostało skierowane do Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zresztą sam Odwołujący w odwołaniu wskazywał, że drugie wezwanie było wezwaniem do złożenia wyjaśnień.

Na marginesie należy zauważyć, że Odwołujący w odwołaniu nie kwestionował merytorycznie doświadczenia zawodowego, posiadanego przez Przystępującego, a jedynie formę, w której zostały złożone dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba rozstrzyga odwołanie w granicach zarzutów w nim postawionych (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych), a więc Izba nie badała treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, bowiem Odwołujący podważał w odwołaniu jedynie ich formę.

Pozostałe zarzuty odwołania nie potwierdziły się. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, że zaakceptował wyjaśnienia złożone przez Przystępującego (wyjaśnienia składników ceny, wyjaśnienia treści oferty) w formie niezgodnej z przewidzianą w SIWZ. Jednak, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w SIWZ dopuścił składanie niektórych dokumentów (m.in. wyjaśnień treści oferty, wyjaśnień składanych w celu ustalenia, czy zaoferowana cena jest rażąco niska) za pomocą faksu albo załącznika do wiadomości e-mail w postaci skanu podpisanego dokumentu (pkt 9.3.3 i 9.3.5 w zw. z pkt 9.1 zd. drugie SIWZ). Zatem wyjaśnienia złożone przez Przystępującego zostały złożone w formie dopuszczonej przez Zamawiającego (za pomocą przesłania skanów podpisanych pism, załączonych do wiadomości e-mail), a ponadto zgodnie z pouczeniem, zawartym w wezwaniach.

Ponadto Odwołujący zarzucał, że Zamawiający więcej, niż raz wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny – podczas gdy po otrzymaniu pierwszych, niewystarczających wyjaśnień, powinien był odrzucić jego ofertę. Należy zauważyć, że w odwołaniu Odwołujący nie podnosił merytorycznych zarzutów wobec wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, a jedynie zdawał się wnosić, że wyjaśnienia te musiały być lakoniczne i niewystarczające, skoro Zamawiający kierował ponowne wezwania. W ocenie składu orzekającego, jeżeli wyjaśnienia wykonawcy odnośnie zaoferowanej ceny wzbudzą w Zamawiającym wątpliwości – czy to odnośnie przedstawionych wyliczeń, czy odnośnie innych aspektów oferty (np. zgodności treści oferty z treścią SIWZ), nie ma przeszkód, aby skierować do wykonawcy wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie. Kolejne wezwania Zamawiającego, jak wynika wprost z ich treści, dotyczyły wyjaśnienia treści oferty. Zasada jednokrotnego wzywania wykonawcy do określonego działania, wynikająca z orzecznictwa, ma prowadzić do ochrony zasady równego traktowania wykonawców – a więc zapobiegać powtarzaniu wzywania preferowanego wykonawcy ,,aż do skutku". Za kolejne wezwanie nie można uznać też wezwania

skierowanego do Przystępującego w związku z pismem Odwołującego. W niniejszym postępowaniu Izba nie dopatrzyła się podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Kolejne wezwania kierowane do Przystępującego nie były bowiem powtórzeniem pierwotnego wezwania, ale wynikały z innych okoliczności faktycznych i były oparte na innych podstawach prawnych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, które miałyby wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5

Przewodniczący:

……