

Sygn. akt V Ca 1215/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 stycznia 2015 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie V Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący-Sędzia	SSO Adam Simoni (spr.)
Sędzia:	SSO Wojciech Misiuda
Sędzia:	SSO Małgorzata Mazur
Protokolant:	Tomasz Kluz

po rozpoznaniu w dniu 28 stycznia 2015 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

z udziałem:

1. zamawiającego Gminy Miasta R.,
2. wykonawcy: Konsorcjum Firm J. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą (...) Przedsiębiorstwo (...) i (...) Sp. z o.o.

na skutek skargi wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 16 października 2014 r., KIO 2024/14

oddala skargę.

Sygn. akt I C 1215/14

UZASADNIENIE

Wyroku Sądu Okręgowego z dnia 28 stycznia 2015 r.

Odwołujący się od wyników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem miało być zaprojektowanie i wykonanie regionalnej sieci szerokopasmowej aglomeracji (...) (...) etap II, znak sprawy (...)w odwołaniu z dnia 29.09.2014 r. zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 Pzp a w konsekwencji naruszenie art.

24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w nim, w sytuacji, w której zamawiający sam pozbawił odwołującego możliwości wykazania, że spełnia te warunki, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 Pzp poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą z uwagi na błędne założenie, że oferta jest niezgodna z SIWZ oraz, że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania, naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. 82 ust. 2 Pzp poprzez uznanie przez zamawiającego domniemanego oświadczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, w zakresie udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia podwykonawców pomimo, że zamawiający żądał złożenia oferty w formie pisemnej, naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5, ust. 1 pkt 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy (...) sp. z o.o. pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim korzysta z zasobów podmiotów trzecich, a co za tym idzie zaniechanie odrzucenie oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z ustawą i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty (...) sp. z o.o., a z ostrożności procesowej naruszenie art. 46 ust. 1 Pzp poprzez brak podjęcia przez zamawiającego czynności polegającej na niezwłocznym zwrocie na rzecz odwołującego wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

W oparciu o powyższe wniósł o unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy (...) sp. z o.o., o unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania, na odrzuceniu oferty odwołującego, o dokonanie ponownego badania i oceny ofert, o ewentualne wezwanie odwołującego do uzupełnienia braków dokumentów, o uznanie oferty złożonej przez wykonawcę (...) sp. z o.o. za podlegającą odrzuceniu, o uznanie oferty odwołującego jako oferty ważnej, niepodlegającej odrzuceniu oraz złożonej przez wykonawcę spełniającego określone w SIWZ warunki udziału w postępowaniu i w konsekwencji oferty najkorzystniejszej, a z ostrożności procesowej o niezwłoczny zwrot wadium.

Postanowieniem z dnia 16.10.2014 r., (...) Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła odrzucić ww. odwołanie, kosztami postępowania obciążyła wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczonych tytułem wpisu od odwołania, nakazała Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz odwołujących kwoty 5.000 zł tytułem nadpłaconej kwoty wpisu. Przedmiotowe postanowienie zapadło w oparciu o motywy wskazane w jego uzasadnieniu (k. 39-41).

Skargę na ww. postanowienie wywiódł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaskarżając je w całości. Rozstrzygnięciu zarzucił naruszenie art. 187 ust. 3 w zw. 187 ust. 7 Pzp oraz § 9 w zw. z § 13 ust. 2 pkt 1 i § 4 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania do uzupełnienia braków formalnych odwołania złożonego przez wykonawców poprzez złożenie dokumentu pełnomocnictwa, z którego wynikałoby umocowanie osoby podpisującej odwołanie do jego złożenia w imieniu wykonawców, naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie odwołania w sytuacji gdy nie można uznać, że odwołanie zostało wniesione przez podmioty nieuprawnione do jego wniesienia, a odwołujący nie został wezwany do uzupełnienia braku formalnego odwołania w zakresie wykazania umocowania.

W oparciu o powyższe wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania z dnia 29.09.2014 r. oraz o rozstrzygnięcie w zakresie kosztów postępowania.

W odpowiedzi na skargę z dnia 24.11.2014 r. zamawiający wniósł o jej oddalenie jako bezzasadnej, ewentualnie o zmianę zaskarżonego postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej i oddalenie odwołania oraz o nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego.

Brak formalny odwołania w postaci nienależytego umocowania odwołującego został uzupełniony w toku postępowania skargowego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Mając na uwadze treść art. 179 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2004, nr 19, poz. 177 ze zm.) w świetle brzmienia którego środka ochrony prawnej przysługują wykonawcy jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ww. ustawy należało w pierwszej kolejności przesądzić kwestię legitymacji czynnej odwołującego z uwagi na fakt, że jej ewentualna utrata, jak postuluje zamawiający, byłaby równoznaczna z koniecznością uchylenia się przez Sąd Okręgowy od rozpatrywania zasadniczych zarzutów przedmiotowego odwołania. Przesłanka w postaci interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej, jak i możliwości poniesienia szkody w rozumieniu art. 179 ust. 1 ww. ustawy jest analizowana na chwilę wniesienia odwołania, co zdeterminowane zostało faktem, iż wykonawca właśnie w momencie wnoszenia odwołania ocenia czynności podjęte przez zamawiającego i podejmuje decyzję o skorzystaniu z drogi odwoławczej (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2013 r., KIO 346/13). Nietrafne jest więc stanowisko zamawiającego, że odwołujący utracił uprawnienie do merytorycznej analizy wniesionego odwołania wobec tego, że zamawiający w dniu 27.10.2014 r. zawarł umowę nr (...)z wykonawcą (...) sp. z o.o. z siedzibą w R., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr (...). Odwołanie datowane jest bowiem na dzień 29.09.2014 r. Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, skoro dowiódł, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności, która w sposób bezpośredni pozbawiła go możliwości uzyskania niniejszego zamówienia publicznego, tj. czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą z powodu braku wykazania spełnienia warunków udziału w przetargu. Powyższe naraziło także odwołującego na poniesienie wymiernej szkody. Należało uznać, że została wypełniona w tym zakresie materialnoprawna przesłanka rozpatrzenia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 powołanej wyżej ustawy a to pozwana na przejście do oceny zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów, w treści których wskazane zostały określone uchybienia przez zamawiającego przepisom prawa zamówień publicznych.

Nie zasługiwał na aprobatę zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 powołanej wyżej ustawy.

Zgodnie z pkt VI odnoszącym się do informacji o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazania osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla zamówienia o nazwie „Zaprojektowanie i wykonanie regionalnej sieci szerokopasmowej aglomeracji (...) (...) – Etap II” nr (...), ofertę wraz z załącznikami, zmiany do oferty, wycofanie oferty wykonawcy składają w formie pisemnej, zaś pozostałe oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują pisemnie na adres Urzędu Miasta R., faksem lub drogą elektroniczną na adres e-mail: (...), przy czym wszelka korespondencja winna być oznaczona numerem i nazwą postępowania. Jako osobę upoważnioną do kontaktowania się w wykonawcami zamawiający wskazał Pana F. K.. Nie ulega więc wątpliwości, że zamawiający był uprawniony w świetle treści SIWZ do wysłania do odwołującego się wykonawcy e-maila z wezwaniem do uzupełnienia oferty i złożenia wyjaśnień w zakresie okoliczności objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm. 4), jeżeli przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej (art. 14 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych). W kwestii skuteczności doręczeń należy więc stosować przepis art. 61 § 1 i 2 kc. Wynika z nich jednoznacznie, że 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 (tzw. kwalifikowana teoria doręczenia). Złożenie oświadczenia woli wyrażanego w postaci elektronicznej - w rozumieniu art. 61 § 2 polega na tym, że oświadczenie jest prawidłowo wprowadzone do urządzenia elektronicznego (komputera) nadawcy i przekazane przez internet za pomocą narzędzi programowych umożliwiających indywidualne wysyłanie i odbieranie danych na odległość trafia do operatora usług telekomunikacyjnych (serwera dostawy usług internetowych) i od razu jest dostępne dla adresata oświadczenia - posiadacza tzw. elektronicznej skrzynki pocztowej (tak słusznie SN w wyroku z dnia z dnia 16 maja 2003 r., I CKN 384/2001). W tej kwestii zasadne jest również przywołanie stanowiska Sądu Najwyższego

wyrażonego w postanowieniu z dnia 10 grudnia 2003 r. V CZ 127/2003 gdzie SN stwierdził, że oświadczenie woli w postaci elektronicznej dokonywane on line zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych. Zgodnie z teorią doręczenia, leżącą u podstaw art. 61 § 2 kc., ryzyko niedojścia oświadczenia woli do adresata spoczywa na składającym oświadczenie i to właśnie nadawcę obciążają ewentualne przeszkody w dostępie do sieci informatycznej, wadliwości jej funkcjonowania, czy niesprawność serwerów pośredniczących w przekazie. Po wprowadzeniu oświadczenia woli do środka komunikacji elektronicznej adresata ryzyko niemożności zapoznania się z treścią oświadczenia woli spoczywa na odbiorcy oświadczenia.

Zgodnie z ogólną regułą wynikającą z art. 6 kc na składającym oświadczenie woli spoczywa ciężar dowodu, że jego oświadczenie doszło do adresata w taki sposób, że mógł się z nim zapoznać w normalnym toku czynności, natomiast na adresacie tego oświadczenia spoczywa ewentualnie ciężar wykazania, że nie miał on rzeczywistej możliwości zapoznania się z jego treścią. Zamawiający wykazał, że wiadomość e-mail (odwołujący potwierdził, iż było to wezwanie do uzupełnienia oferty i złożenia wyjaśnień w przedmiocie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) została wygenerowana z adresu: _ (...) w dniu 09.09.2014 r. na adresy e-mail wskazane przez odwołującego w przedłożonej przez niego ofercie tj. (...)i (...) .pl. (...) zamawiający przedłożył do akt sprawy potwierdzenie dostarczenia wiadomości elektronicznej wygenerowane z adresu odwołującego _ (...)i datowane na dzień 09.09.2014 r. godz. 12:14. Nie było sporu co do tego, że przedmiotowa wiadomość elektroniczna oraz jej załącznik dotarła do odwołującego, a więc, że nastąpiło przekazanie załączonego do niej pisma stanowiącego wezwanie do uzupełnienia oferty i złożenia wyjaśnień w przedmiocie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Rzeczą sporną a zarazem wymagającą wyjaśnienia była ocena skuteczności dokonanego doręczenia w aspekcie możliwości zapoznania się z wystosowanym przez zamawiającego wezwaniem przez adresata.

W świetle twierdzeń odwołującego, wiadomość e-mailowa z dnia 09.09.2014 r. zakwalifikowana została przez administratora serwera poczty przychodzącej do sekcji kwarantanna z uwagi na fakt, że, adres IP hostingu poczty wychodzącej zamawiającego znajdował się na liście hostów rozsyłających informacje niebezpieczne, co spowodowało odpowiednie zakwalifikowanie go przez filtr antywirusowy, a tym samym uniemożliwiło odwołującemu odczytanie e-maila w normalnym toku czynności, skoro powyższe działanie filtra antywirusowego nastąpiło bez jakiegokolwiek udziału odwołującego, jak i niezależnie od niego. Odwołujący, jak sam wskazał odnalazł przedmiotową wiadomość na skrzynce e-mail już po upływie terminu wyznaczonego do uzupełnienia braków oferty i złożenia wyjaśnień. Powołane wyżej okoliczności nie stanowią podstawy do obalenia domniemania, że adresat wiadomości e-mail w zwykłym biegu zdarzeń uzyskał realną możliwość zapoznania się z treścią zawartego w niej oświadczenia i załączonego wezwania.

Nie jest kwestionowane, że odwołujący dysponował sprawnym komputerem, oprogramowaniem i skrzynką elektroniczną, a więc posiadał, w normalnym toku czynności, możliwość zapoznania się z wszystkimi wiadomościami znajdującymi się w skrzynce elektronicznej, a sama klasyfikacja wiadomości dokonywana przez filtr antywirusowy do poszczególnych folderów wymaga kontroli w ramach szczególnej staranności wymaganej od profesjonalisty, skoro filtry takie służą do zarządzania pocztą elektroniczną pozostawiając w gestii jej użytkownika to w jakiej konfiguracji zostaną wykorzystane. Powyższe stwarza takie domniemanie szczególnie w stosunkach handlowych pomiędzy profesjonalistami co do skuteczności dokonanego wezwania. Odwołujący nie zdołał wykazać, by sekcja kwarantanny nie była przez niego kontrolowana, czy też tego, że wezwanie zredagowane przez zamawiającego zostało przesłane przy użyciu programu, czy zastosowanego pliku niestandardowego, nieznajdującego się w powszechnym użyciu i przez to szczególnie kłopotliwego do odczytania.

Należało mieć na uwadze, że przedsiębiorca, do którego stosuje się podwyższony miernik należytej staranności (art. 355 § 2 kc), wykorzystując skrzynkę pocztową jako narzędzie do komunikacji z zamawiającym i mając na uwadze, że filtr antywirusowy może być jedynie pomocny w zarządzaniu wiadomościami, powinien kontrolować automatyczną klasyfikację wiadomości co z kolei nie wymaga podjęcia jakiś nadzwyczajnych, niestandardowych czynności. Wykonawca biorący udział w postępowaniu i wskazujący w ofercie dane adresowe e-mail winien liczyć się z faktem, iż na te urządzenia mogą mu być przekazywane informacje czy wezwania, których niezrealizowanie może negatywnie skutkować dla jego dalszego udziału w tym postępowaniu w sytuacji kiedy zastrzeżono dopuszczalność

takiej formy komunikacji w SIWZ. Zaniedbania organizacyjne nie mogą być poczytane jako zachowanie należytej staranności obowiązującej przedsiębiorcę a tylko z ich powodu odwołujący nie podjął w odpowiednim terminie działań, które stanowiłyby odpowiedź na wezwanie zamawiającego do uzupełniania braków.

Skoro tak, to brak podstaw do twierdzenia, że wezwanie skierowane do odwołującego nie zostało skutecznie złożone.

Takiej oceny nie zmienia również cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i środki jakie winien wykonawca przedsięwziąć w drodze do realizacji tego celu wyrażającego się dążeniem do wyboru oferty najkorzystniejszej – a więc mając na uwadze wydatkowanie pieniędzy publicznych w sposób racjonalny i celowy zgodnie z zasadą gospodarnego wydatkowania środków publicznych. Ani przepis art. 27 ust. 2 powołanej wyżej ustawy, ani też podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych statuowane przez przepis art. 7 ust. 1 ww. ustawy nie dają podstaw do zrekonstruowania obowiązku zamawiającego dokonywania ustaleń dotyczących ewentualnego braku potwierdzenia odebrania oświadczenia złożonego przez zamawiającego w postaci elektronicznej i braku złożenia wyjaśnień na jego wezwanie zamawiającego. Wynika to stąd, że wykonawca jest samodzielnym i profesjonalnym uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zamawiający nie jest reprezentantem interesów żadnego z wykonawców. Brak działania po stronie wykonawcy nawet w sytuacji, w której niesie to dla niego negatywne konsekwencje, nie rodzi po stronie zamawiającego obowiązku podejmowania wszelkich czynności, które miałyby zapobiec tym skutkom (tak słusznie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2013 r., KIO 2323/13). To właśnie zasada przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i zasada równego traktowania wykonawców na którą powołuje się skarżący wymaga, aby zamawiający stworzył wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu równe warunki uczestniczenia w nim. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Co do braku wystosowania przez zamawiającego żądania potwierdzenia otrzymania wezwania należało wskazać, iż ani ustawa ani postanowienia SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie nakładały na zamawiającego obowiązku przedstawienia takiego żądania, zaś norma z art. 27 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania) odnosi się do sytuacji wykonania obowiązku odpowiedzi na takie żądanie o ile druga strona skorzysta z prawa do jego wystosowania. O obowiązku wystosowania takiego żądania przez zamawiającego a dotyczącego potwierdzenia otrzymania wezwania można by mówić jedynie w przypadku powstania u niego wątpliwości co do prawidłowości transmisji danych, czy to odnoszących się do trudności z nawiązaniem połączenia, czy do braku pozytywnego raportu nadania a w przedmiotowym postępowaniu żadna z podobnych okoliczności nie zaistniała, powstało natomiast domniemanie skutecznego przekazania wezwania (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2014 r., KIO 110/14).

Odwołujący zarzucił również, że wezwanie skierowane do wykonawcy nie pochodziło od osoby uprawnionej wymienionej w treści specyfikacji a od Pana P. N., zaś do wiadomości e-mail został jedynie załączony plik word przekompilowany na pdf a nie podpisany przez stronę umocowaną po stronie zamawiającego dokument i co za tym idzie wezwanie takie nie jest aktem woli zamawiającego ważnym oraz wiążącym. Z taką argumentacją nie sposób się zgodzić. W pierwszej kolejności należy wskazać, że odwołujący nie udowodnił twierdzonych przez siebie okoliczności. Niemniej jednak nawet przy uznaniu ich prawdziwości nie można mówić o nieskuteczności wezwania bez podpisu osoby wymienionej w specyfikacji. Analogicznie bowiem do przepisu art. 97 kc osobę podpisującą pisma w imieniu zamawiającego należy traktować tak, jak osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności, czyli należy ją poczytywać – w razie wątpliwości – za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa (tak też słusznie KIO w wyroku z dnia 14 października 2008 r., KIO/UZP 1042/08). Zamawiający o ile dopuścił do podpisania w swoim imieniu pism przez osoby niewymienione w specyfikacji, jako osoby uprawnione do porozumiewania się z wykonawcami nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wezwanie skierowane do wykonawcy, wbrew jego twierdzeniom, nie musiało również dla swej skuteczności zostać wyrażone w formie pisemnej, bądź też w formie elektronicznej opatrzonej podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 27 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych określił w

specyfikacji sposób porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami, a zatem dopuścił możliwość równorzędnego posługiwania się formą pisemną, faksową, jak i elektroniczną. Jedynie przepisy powołanej ustawy wprowadzają od tej zasady wyjątki, te zaś należy interpretować ścieśniająco. Z przepisu art. 27 ust. 1-3 ww. ustawy nie wynika, by za wyjątkiem przypadków wskazanych w ww. ustawie przekazywanie drogą elektroniczną wniosków, zawiadomień, oświadczeń oraz informacji musiałyby dla swej skuteczności zostać zaopatrzone w bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4). Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 89 ust. 5). W konsekwencji zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za chybiony.

Nie ma również racji odwołujący zarzucając naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 i ust. 1 pkt 1 oraz art. 91 ust. 1 ww. ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy (...) sp. z o.o. pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim korzysta z zasobów podmiotów trzecich. W świetle brzmienia art. 25 ust. 1 ww. ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Zamawiający w SIWZ zdecydował się nie określać szczegółowego sposobu oceny spełniania przez wykonawcę warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ani warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym uznając ten warunek za spełniony w momencie, kiedy wykonawca złoży oświadczenie o spełnianiu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp zawarte w druku OFERTA (rozdz. V ust. 1 pkt 3 i 4 SIWZ). Zarówno odwołujący, jak i (...) sp. z o.o. takie oświadczenia w treści przedłożonych przez siebie ofert zawarli.

Zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2b ww. ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zarówno odwołujący, jak i (...) sp. z o.o. załączyli do przedłożonych przez siebie ofert zobowiązania podmiotów trzecich do udostępniania zasobów i udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Skoro zamawiający nie przewidział wymogu składania przez wykonawców oświadczeń potwierdzających fakt samodzielnego w tym zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy to w ogłoszeniu o zamówieniu, czy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak było podstaw do konstruowania takiego wymogu przez odwołującego.

Odwołujący nie ma również racji zarzucając naruszenie art. art. 46 ust. 1 ww. ustawy polegające na braku dokonania na jego rzecz zwrotu wadium. W świetle brzmienia art. 46 ust.4a zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, 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. Jak ustalono brak reakcji wykonawcy na wystosowane do niego przez zamawiającego wezwanie został spowodowany własnymi zaniedbaniami wykonawcy, w związku z czym istniały podstawy do zatrzymania wadium.

Stosownie do treści art. 198f ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku. Sąd określając wysokość kosztów w treści orzeczenia uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem skargi. Zgodnie natomiast z treścią art. 198a ust. 2 cyt. ustawy w związku z art. 98 § 1 kpc strona przegrywająca obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Stosownie do treści art. 98 § 3 kpc do niezbędnych

kosztów procesu strony reprezentowanej przez adwokata lub radcę prawnego zalicza się ich wynagrodzenie jednak nie wyższe niż stawki określone w odrębnych przepisach oraz wydatki jednego adwokata lub radcy prawnego związane z ich stawiennictwem. Uczestnik postępowania – zamawiający reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, nie zgłosił stosownego wniosku dotyczący zwrotu kosztów zastępstwa procesowego na jego rzecz w związku z czym brak było podstaw do orzekania w tym przedmiocie.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art. 198f ut. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 198a ust. 2 ww. ustawy w zw. z art. 385 kpc orzeczono jak w sentencji.