

WYROK
z dnia 13 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 czerwca 2010 r. przez **Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Gutkowski Jan Gutkowski, 64-100 Leszno, ul. 17 stycznia 92** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Teatr Lalek „PLECIUGA”, 71-405 Szczecin, pl. Teatralny 1**

przy udziale **ERBUD Spółka Akcyjna, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300 A**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wykluczenia Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Gutkowski Jan Gutkowski, 64-100 Leszno, ul. 17 stycznia 92 oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem dokumentów złożonych w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Teatr Lalek „PLECIUGA”, 71-405 Szczecin, pl. Teatralny 1 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczzonego przez Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Gutkowski Jan Gutkowski, 64-100 Leszno, ul. 17 stycznia 92,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez Teatr Lalek „PLECIUGA”, 71-405 Szczecin, pl. Teatralny 1 na rzecz Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą**

Sygn. akt KIO 1349/10

Firma Gutkowski Jan Gutkowski, 64-100 Leszno, ul. 17 stycznia 92,
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Teatr Lalek „PLECIUGA” ze Szczecina – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na „przebudowę basenu przeciwpożarowego na fontannę i podziemny rezerwowy zbiornik wody gaśniczej, wykonanie ogrodzenia zaplecza oraz wyburzenie ściany i montaż bramy stalowej na ścianie tylnej sceny głównej Teatru”.

24 czerwca 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający za pośrednictwem faksu poinformował Odwołującego – przedsiębiorcę Jana Gutkowskiego z Leszna działającego pod firmą Firma Gutkowski Jan Gutkowski o wynikach postępowania – wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ERBUD Spółkę Akcyjną z Warszawy. W tym samym dniu Zamawiający odrębnym pismem zawiadomił Odwołującego o zatrzymaniu wniesionego wadium.

29 czerwca 2010 r. (data wpływu na elektroniczną skrynkę podawczą Izby) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego, któremu w tym samym dniu przekazał kopię odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, iż przez podjęte czynności Zamawiający naruszył następujące następujących przepisy:

1. Art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 46 ust. 4a, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. § 6 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817; zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”).
3. Postanowień rozdziału V pkt 2 ppkt 2, ppkt 3 i ppkt 4 lit. b) i rozdziału IX pkt 3 ppkt specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”) W szczególności naruszają dyspozycje art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 46.

W związku z podniesionym zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty ERBUD S.A. jako najkorzystniejszej.

Sygn. akt KIO 1349/10

2. Dokonanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.
3. Zwrotu zatrzymanego wadium.
4. Dokonania ponownego badania ofert.
5. Dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podniósł, iż pismem z 16 czerwca 2010 r. Zamawiający wystąpił do Odwołującego z żądaniem złożenia wyjaśnień dotyczących oferty oraz uzupełnienia wskazanych w treści pisma dokumentów ofertowych w terminie do dnia 21 czerwca 2010 r. do godz. 12:00. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący w terminie złożył wyjaśnienia i uzupełnił dokumenty w formie faksu, co Zamawiający potwierdził. Odwołujący ten sam komplet dokumentów, zawierający uzupełnienia, przesłał także za pomocą operatora pocztowego na adres Zamawiającego, w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Odwołujący wypełnił oczekiwania Zamawiającego, bowiem Zamawiający miał możliwość we wskazanym przez siebie terminie zapoznać się z kompletem dokumentów (faks otrzymał w terminie) i otrzymał także uzupełnienia w formie pisemnej, bowiem w takiej formie miał przekazane (dostarczone drogą pocztową). Zamawiający rozdziela w informacji o wykluczeniu z postępowania wyjaśnienia od uzupełnień, tymczasem wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, używając przy tym koniunkcji a nie alternatywy. Ponieważ w zakresie tego samego warunku (dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) żądano zarówno złożenia wyjaśnień jak i uzupełnień, przygotowane przez Odwołującego w odpowiedzi stanowiły merytoryczną całość. Wobec braku przejrzystości zapisów s.i.w.z. w rozdziale IX (bardzo duże rozdrobnienie dokumentów i możliwości w zakresie porozumiewania się faksem) i nieostrego wyartykułowania oczekiwania Zamawiającego w piśmie z dnia 16 czerwca 2010 r. (dopuszcza przekazanie wyjaśnień faksem, uzupełnienia należy przekazać w formie pisemnej), a także błędnego wskazania w wezwaniu postanowienia s.i.w.z. w zakresie porozumiewania się (wskazano ppkt 4 pkt. 3 rozdziału IX jako podstawę składania wyjaśnień w formie faksu, mimo że podpunkt ten dotyczy wyjaśnień treści oferty, zamiast ppkt 5 pkt 3 rozdziału IX) – Odwołujący uznał, że właściwą komplementarną formą przekazania całego kompletu wyjaśnień wraz z uzupełnionymi dokumentami jest forma faksowa z jednoczesnym przekazaniem całości tych dokumentów w formie pisemnej z wykorzystaniem operatora pocztowego. Niesprawiedliwym dla Odwołującego i naruszającym zasadę równego traktowania wykonawców (różne odległości wykonawców od siedziby Zamawiającego, od siedziby Odwołującego o 285 km) byłoby skrócenie terminu na przygotowanie kompletnej odpowiedzi na tyle, aby zdążyć z fizycznym dostarczeniem jej w formie pisemnej przed upływem terminu wskazanego przez Zamawiającego. Odwołujący zrozumiał, że zapis o

Sygn. akt KIO 1349/10

konieczności przekazania uzupełnień także w formie pisemnej Zamawiający zamieścił w oparciu § 6 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jednak termin dotyczył przekazania odpowiedzi w sposób umożliwiający zapoznanie się z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, a nie fizycznego ich dostarczenie.

Z treści wezwania z 16 czerwca 2010 r. wynika, że Zamawiający w terminie 21 czerwca 2010 r. do godz. 12:00 chce przekazania dokumentów w formie pisemnej („uzupełnienia należy przekazać Zamawiającemu w formie pisemnej”). Odwołujący ten zapis zrozumiał w taki sposób, że we wskazanym terminie należy przesłać (przekazać Zamawiającemu np. poprzez operatora pocztowego) uzupełnienia w formie pisemnej. Wskazana interpretacja wynika z okoliczności, że Zamawiający nie posługuje się czasownikiem „doręczyć” lecz „przekazać”. Biorąc pod uwagę wskazane wyżej okoliczności można dojść do wniosku, że wezwanie do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów nie było jednoznacznie precyzyjne i nie znajdowało uzasadnienia w zapisach s.i.w.z. dotyczących formy komunikowania się z Zamawiającym. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 16 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1530/08): „Precyzyjne określenie żądania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP obciąża Zamawiającego. Brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wykonawcy, a w konsekwencji nie może stanowić podstawy do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP”).

Dla zobrazowania skutków prawnych przedmiotowej sytuacji ma znaczenie uchwała Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2002 r. sygn. akt III PZP 17/02 w zakresie oceny skuteczności i ważności oświadczenia woli przedstawionego drugiej stronie w odmiennej niż wynika to z uregulowań prawnych formie. W objętej uchwałą sytuacji pracodawca złożył pracownikowi wypowiedzenie w formie faksowej, mimo że art. 30 § 3 Kodeksu pracy stanowi, że wypowiedzenie umowy o pracę powinno nastąpić na piśmie. Uchwała brzmi: Sąd Najwyższy w uzasadnieniu stwierdza: 1. „Możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia woli ma również znaczenie przy ocenie skuteczności oświadczeń woli składanych na odległość za pomocą telefaksu. Według słownika terminów komputerowych Bryana Pfaffenbergera (przekład zbiorowy pod redakcją Leksemu, Warszawa 1999, s. 79), faks jest urządzeniem, które może nadawać lub odbierać treść dokumentów papierowych przy wykorzystaniu linii telefonicznych. Faks skanuje kartkę papieru, tworzy jej obraz w postaci cyfrowej, po czym go transmituje. Faks, do którego jest wysyłany dany dokument, odbiera zapis cyfrowy, dekoduje go i drukuje kopię strony oryginalnej. Jak więc z przytoczonych wyjaśnień wynika, faks (telefaks) polega na przesyłaniu wiadomości w postaci obrazów nieruchomych (pisma, rysunków, nut itp.) między dwoma aparatami, z których - w konkretnej sytuacji - jeden jest aparatem nadawcy wiadomości, a drugi - odbiorcy. Jest przy tym

charakterystyczne, a zarazem istotne to, że osoba składająca oświadczenie woli za pomocą telefaksu otrzymuje wydruk kontrolny, z którego wynika, że powyższe oświadczenie zostało wysłane z jej aparatu nadawczego (wysyłającego) oraz odebrane przez aparat odbiorcy. Ów wydruk stwarza równocześnie domniemanie prawne, że oświadczenie doszło do adresata w sposób określony w art. 61 KC, to znaczy w sposób pozwalający mu zapoznać się z treścią oświadczenia woli nadawcy. Wydruk ten jest bowiem - podobnie jak recepis pocztowy - traktowany w doktrynie jako tzw. dowód *prima facie*, to znaczy dowód, który jest dowodem dojścia oświadczenia woli do adresata, dopóki adresat nie wykaże środkami przewidzianymi w przepisach postępowania cywilnego, że na przykład z powodu zakłóceń pracy aparatu odbiorczego nastąpiło takie zniekształcenie tekstu przesłanego oświadczenia, iż stało się ono niezrozumiałe. W takim też wypadku nie ma podstaw do uznania, że oświadczenie woli wysłane za pomocą telefaksu (faksu) doszło do adresata w znaczeniu przyjętym w art. 61 KC. Poza jednak takimi sytuacjami, jak przykładowo wskazane, oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Chwilą tą jest chwila odbioru faksu przez aparat adresata (zob. S. Dmowski, S. Rudnicki: *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*. Wydanie trzecie, Warszawa 2001, s. 202)". 2. „Po rozpoznaniu przedstawionego przez Sąd Okręgowy zagadnienia prawnego dotychczasowe stanowisko Sądu Najwyższego można uzupełnić stwierdzeniem, że przesłanie faksem (telefaksem) dokumentu zawierającego oświadczenie woli, na którym był złożony własnoręczny podpis, nie spełnia warunku podpisu własnoręcznego w rozumieniu art. 78 zdanie pierwsze KC, a tym samym nie czyni zadość art. 30 § 3 KP. Faks jest bowiem jedynie kopią pisma, a więc także kopią złożonego na nim własnoręcznego podpisu. Dlatego też należało uznać, że doręczenie pracownikowi za pomocą faksu pisma pracodawcy wypowiadającego umowę o pracę, choć jest skuteczne, to jednak stanowi naruszenie przepisów o wypowiedaniu umów o pracę".

Zwrócić należy uwagę, że podobnie jak Kodeks pracy ustawa pzp także nie przewiduje sankcji w postaci nieważności czynności z powodu nie dochowania formy tej czynności. Zatem, nawet jeśli Odwołujący, nie rozumiejąc intencji Zamawiającego, popełnił błąd nie doręczając uzupełnień w formie pisemnej w terminie wskazanym przez Zamawiającego, to ze względu na okoliczność stworzenia Zamawiającemu możliwości zapoznania się z uzupełnieniami w tym terminie, ta czynność doręczenia uzupełnień jest skuteczna. Tym bardziej, że Odwołujący potwierdził (powtórzył) czynność przez faktyczne, następcze przekazanie dokumentów w formie pisemnej.

Bezspornie Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przekazał Zamawiającemu dokumenty w terminie wskazanym przez niego w sposób pozwalający na zapoznanie się z wyjaśnieniami i uzupełnieniami potwierdzającymi

Sygn. akt KIO 1349/10

spełnianie warunków. Przekazał także dokumenty w formie pisemnej wypełniając żądanie Zamawiającego. Nie było podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Nie było także podstaw do zatrzymania wadium Odwołującego, który złożył dokumenty żądane przez Zamawiającego w dwóch formach, w formie faksowej i pisemnej. Zamawiający jest w dyspozycji dokumentów w obydwu tych formach. Przepis nie odnosi się do formy złożonego dokumentu, nie odnosi się także do terminu złożenia dokumentu. Odwołujący wykazał wyżej, że jeżeli już można by mówić o przyczynach, to przyczyny niezłożenia uzupełnianych dokumentów terminie wskazanym przez Zamawiającego w formie pisemnej nie leżą po stronie Odwołującego a po stronie skomplikowanych zapisów s.i.w.z. i nieprecyzyjnych określeń w wezwaniu do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów. Odwołujący objął odwołaniem zarzut bezprawnego zatrzymania wadium przez Zamawiającego oraz wniosek o objęcie wyrokiem kwestii zwrotu zatrzymanego wadium, bowiem jest przekonany o słuszności swoich racji, także co do tego, że Izba może orzec w powyższym zakresie, gdyż czynność Zamawiającego podjęta była w fazie pozyskiwania zamówienia przez Odwołującego i czynność ta może mieć wpływ na możliwość uzyskania tego zamówienia. W przypadku przywrócenia Odwołującego do dalszego postępowania wskutek wyroku Izby i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, Zamawiający wezwie Odwołującego do wniesienia wadium i wtedy środki, które zostały zablokowane wskutek zatrzymania będą potrzebne.

Zamawiający naruszył także przepis art. 91 ust. 1 ustawy pzp, bowiem dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która w rzeczywistości, na podstawie kryterium oceny ofert określonego w s.i.w.z., nie jest najkorzystniejsza.

9 lipca 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, którą przesłał również do Odwołującego, a w formie pisemnej została przekazana Odwołującemu i Przystępującemu na rozprawie – w której wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska, Zamawiający wskazał na postanowienia pkt. 2 i 3 rozdziału IX s.i.w.z., z których wynika jednoznacznie, iż oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawca przekazują sobie pisemnie, z zastrzeżeniem enumeratywnie wyliczonych w 15. podpunktach rodzajów pism i dokumentów, co do których dopuszczalne było porozumiewanie się za pomocą faksu, między innymi dla wniosku o wyjaśnienie i wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy (ppkt 5 oraz dla wezwania kierowanego do wykonawców na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy (ppkt. 6). W wyliczeniu tym brak było uzupełnień oferty, co jednoznacznie wskazuje, iż co do tego rodzaju pism Zamawiający wymaga formy pisemnej.

Sygn. akt KIO 1349/10

Po analizie ofert złożonych w postępowaniu będącym przedmiotem niniejszego odwołania Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia następujących dokumentów: po pierwsze – do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane należycie, na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia z rozdziału V pkt 2 ppkt 2) s.i.w.z.; po drugie – do uzupełnienia dokumentu w zakresie opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na potwierdzenie warunku z rozdziału V pkt 2 ppkt. 4) lit. b) s.i.w.z.; po trzecie – do złożenia wyjaśnień dotyczących osób przewidzianych do realizacji zamówienia lub złożenia ewentualnych uzupełnień, na potwierdzenie warunku opisanego w rozdziale V pkt 2 ppkt 3) s.i.w.z. Zamawiający w piśmie wyraźnie wskazał, iż na podstawie rozdziału IX pkt 3 ppkt 4 s.i.w.z. w zakresie wyjaśnień dopuszcza porozumiewanie się za pomocą faksu, natomiast wskazał przy tym także jednoznacznie, że uzupełnienia należy przekazać Zamawiającemu w formie pisemnej rozróżniając wyraźnie tę formę korespondencji. Przywołanie ppkt 4. (który również dotyczy wyjaśnień treści ofert) zamiast ppkt. 5, stanowiło oczywista omyłkę pisarską i nie ma z punktu widzenia czytelności wezwania znaczenia. Wykonawcy wyznaczono pięciodniowy termin na uzupełnienie oferty. Odwołujący nie wniósł o przedłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów. W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, tj. do 21 czerwca 2010 r do godz. 12:00 Wykonawca nie uzupełnił oferty w formie pisemnej. W związku z powyższym należy uznać, iż nie spełnił on postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

Powyższe działanie Zamawiającego jest prawidłowe i pozostaje w zgodzie z wszystkimi obowiązującymi przepisami oraz s.i.w.z. Po pierwsze, wskazać należy, iż zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem zasady pisemności. Oznacza to, iż wszelkie oświadczenia oraz dokumenty składane przez uczestników postępowania wymagają formy pisemnej. Obowiązek zachowania formy pisemnej prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego służy realizacji zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz, co jest bardzo ważne, zachowaniu jego przejrzystości. Do zachowania pisemności postępowania zobowiązany jest zarówno zamawiający, który sporządza dokumentację oraz kontaktuje się z wykonawcami w tej formie, jak również wykonawcy, którzy przekazują oświadczenia i zawiadomienia zamawiającemu.

Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Prawo zamówień publicznych przewidując obowiązek zachowania formy pisemnej jednoznacznie wskazuje, iż pod tym pojęciem należy rozumieć przewidzianą przez art. 7 Kodeksu cywilnego formę pisemną, dla zachowania, której wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Podpis dokumentu służy do identyfikacji wystawcy i daje podstawę do jego powiązania z treścią dokumentu. Podpis stanowi gwarancję, iż dokument, na którym został złożony, pochodzi od osoby, której ściśle osobiste cechy, zawiera charakter pisma podpisującego, przez co indywidualizuje tę osobę, a zarazem stanowi potwierdzenie, że podpisane oświadczenie woli ma charakter ostateczny.

Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem Zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną (art. 27 ust. 1 pzp). Tym samym literalna wykładnia tego przepisu nakazuje uznać, że to zamawiającemu ustawodawca pozostawił swobodę wyboru w zakresie formy oświadczeń. Zakres rodzajowy korespondencji wskazanej w art. 27 ust. 1 pzp nie jest skorelowany z art. 36 ust. 1 pkt 7 pzp, który stanowi dodatkowo o przekazywaniu dokumentów. Zamawiający obowiązany jest zatem w s.i.w.z. określić zasady przekazywania dokumentów stosując przez analogię art. 27 ust. 1 pzp. oraz uwzględniając postanowienia rozporządzenia w sprawie dokumentów, z którego wynika, iż dokumenty są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Ustawodawca przyjął przy tym, że wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji, a zatem zawsze dopuszczalna jest forma pisemna. Wyjątki od niej wskazywać może tylko ustawa.

Art. 27 pzp wprowadził istotne ograniczenie zasady pisemności, pozostawiając decyzji zamawiającego prawo do odstąpienia od formy pisemnej w stosunku do wielu czynności w postępowaniu. Odstąpienie od formy pisemnej nie jest jednak możliwe w odniesieniu do kilku czynności – w tym m.in. złożenia oferty. Jednym z ważniejszych postanowień w ramach praktycznej realizacji zasady pisemności jest bowiem art. 82 pzp dotyczący składania przez wykonawców ofert. Może on złożyć tylko jedną ofertę, pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Z uwagi na treść art. 14 pzp do oferty stosujemy przepisy kc, co oznacza, że ofertą jest każde oświadczenie woli odpowiadające wymaganiom art. 66 § 1 k.c., a więc skierowanie do innej osoby stanowczej propozycji zawarcia umowy, obejmujące minimalną jej treść. Wola musi być więc stanowcza o definitywnie określonej treści. Art. 82 ust. 2 ustawy pzp wyraźnie wskazuje, że ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej. Takie rozwiązanie związane jest z tym, że

Sygn. akt KIO 1349/10

oferta jest stanowczą wolą wykonawcy zawarcia umowy z zamawiającym, o treści określonej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak więc ustawodawca wyraźnie narzuca formę pisemną, wyłączając tym samym kompetencję zamawiającego zawartą w art. 27 ust. 1 pzp do określenia formy korespondencji. Na podstawie powyższych rozważań dotyczących składanej przez wykonawcę oferty przyjmując zasadę, iż ze względu na zasadę pisemności postępowania, zamawiający musi opierać się tylko na dokumentach sporządzonych na piśmie i dołączonych do oferty lub dołączonych do uzupełnienia, zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp.

W konsekwencji wskazać należy, iż Zamawiający nie miał prawa dopuścić i nie dopuszczał do uzupełniania oferty w formie faksu, bowiem uzupełnienia jako element oferty muszą zostać Zamawiającemu przekazane w formie pisemnej, pod rygorem nieważności. Za wprowadzające w błąd nie można uznać, przy jednoczesnej treści art. 78 kc, użycia przez zamawiającego słowa przekazać, zamiast doręczyć, które w języku polskim stosowane są zamiennie.

Dla ważności czynności uzupełnienia oferty dokonanej przez odwołującego się, z uwagi na treść art. 82 w zw z § 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie mają żadnego znaczenia cytowane przez odwołującego się wyroki dotyczące prawa pracy, z uwagi na ich zdecydowaną odrębność od prawa zamówień publicznych. Co prawda ustawa Prawo Zamówień Publicznych nakazuje stosowanie kodeksu cywilnego, z tym jednakże zastrzeżeniem, że z ograniczeniami wynikającymi z samej ustawy pzp. Ta zaś w sposób jednoznaczny reguluje formę oferty, a nie sposób nie zgodzić się że uzupełniane dokumenty stanowią jej część. Gdyby bowiem przyjąć wniosek przeciwny, wykonawcy w postępowaniu prowadzonym w trybie ustawy pzp równie dobrze mogliby składać faksem nie tylko uzupełnienia ofert ale i same oferty. Ustawa pzp takiej możliwości jednak nie przewiduje i nie można jej w żaden sposób i przepisów wyprowadzić, nawet w drodze daleko idącej analogii. Tym samym nie można uznać czynności uzupełnienia za skuteczną, bowiem w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, Wykonawca nie wniósł dokumentów stanowiących część oferty w Wymaganej przepisami prawa formie pisemnej. Potwierdza to także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 października 2008 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1015/08 wskazała jednoznacznie, iż w przypadku zastrzeżenia określonej formy (pisemnej), niekwestionowanej przez wykonawców, nie można za dochowanie terminu uznać wniesienia dokumentu w innej formie (faksem).

Konsekwencją powyższego był obowiązek Zamawiającego zatrzymania wadium Odwołującego się Wykonawcy na podstawie art. 46 ust. 4 a ustawy pzp. Wskazać przy tym należy, iż Zamawiający wykazując daleko idącą dobrą wolę pismem z dnia 24.06.2020 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień braku uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Wykonawca nic udowodnił jednakże że wynikało to z przyczyn nieleżących po jego stronie,

Sygn. akt KIO 1349/10

zaś w nadesłanych wyjaśnieniach ograniczył się do wykładni gramatycznej przedmiotowego przepisu oraz przytaczania fragmentów wybranego orzecznictwa. Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w opinii prawnej zamieszczonej na serwisie www.uzp.gov.pl z uwagi na fakt, iż przepis art. 46 ust. 4a ustawy pzp odnosi się wprost do art. 26 ust. 3 ustawy pzp, należy uznać, iż ocena czy w świetle art. 46 ust. 4a ustawy pzp wykonawca złożył – na wezwanie zamawiającego – wymagane dokumenty lub oświadczenia winna być dokonywana według tych samych zasad, co ocena dokonywaną na gruncie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. W konsekwencji należy uznać, iż przez niezłożenie dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego w świetle art. 46 ust. 4a ustawy pzp należy rozumieć nie tylko przypadek bierności wezwanego wykonawcy, gdy w ogóle nie składa dokumentu lub oświadczenia wskazanego w wezwaniu (brak fizyczny dokumentu), ale także sytuację, w której wykonawca składa dokument lub oświadczenie, z którego nie wynika potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Taka wykładnia art. 46 u 4a ustawy PZP zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych, odpowiada *ratio legis* tego przepisu. Reasumując wskazać należy, Zamawiający, w niniejszym stanie faktycznym ma obowiązek zatrzymania wadium Wykonawcy. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp następuje w zakresie wszystkich dokumentów, które są niezbędne do potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu oraz ich formy. Jeżeli Wykonawca dokumentów tych nie złożył, ponosi skutki takiego zachowania, określone w przepisie art 46 ust. 4a pzp.

2 lipca r. (pismem z tej daty) ERBUD S.A. zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

ERBUD S.A. podniósł w uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia okoliczności i argumentację zbieżną ze stanowiskiem Zamawiającego w zakresie wymaganej formy składania dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu w sprawie dokumentów oraz w zakresie zasadności zatrzymania wadium Odwołującemu. Zdaniem Przystępującego, Odwołujący wadliwie wniósł odwołanie, gdyż w zakresie niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie podniósł praktycznie żadnej argumentacji. Jednocześnie Przystępujący obszernie odniósł się do spełniania warunków udziału w postępowaniu przez dokonując negatywnej oceny ich spełniania przez Odwołującego z uwzględnieniem treści dokumentów złożonych w wyniku wezwania do ich uzupełnienia

Sygn. akt KIO 1349/10

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, jednak wobec złożenia na posiedzeniu przez Zamawiającego wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 7 pzp, w pierwszej kolejności Izba zajęła się ustaleniem czy zaszła przesłanka określona w tym przepisie. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, gdyż nie stwierdziła by Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 pzp, który nakazuje przesłanie jej przed upływem terminu na złożenie odwołania w taki sposób by zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią i ustanawia w tym zakresie domniemanie, iż mógł on to uczynić, jeżeli przesłanie kopii odwołania nastąpiło za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 pzp, a więc faksem lub drogą elektroniczną.

W toku posiedzenia Izba ustaliła, iż bezsporna między Stronami jest okoliczność, iż Odwołujący przesłał kopię odwołania drogą elektroniczną jako e-mail na adres poczty elektronicznej administracja@pleciuga.pl, który ustalił na stronie internetowej Zamawiającego jako należący do Pani Iwony Z., upoważnionej w s.i.w.z. do kontaktów z wykonawcami. Wiadomość została przesłana wieczorem ostatniego dnia terminu na wniesienie odwołania, a Pani Z. odczytała ją następnego dnia, w którym Zamawiający poinformował pozostałych wykonawców o wniesieniu odwołania. W ocenie Izby, przesłanie kopii odwołania na używany przez pracownika Zamawiającego adres poczty elektronicznej, nieujawniony w s.i.w.z. lecz dostępny dla każdego na podstawie oficjalnej strony internetowej Zamawiającego, umożliwiło Zamawiającemu zapoznanie się z treścią odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie. Ponieważ termin ten upływał dopiero o północy, bez znaczenia jest również okoliczność, iż przesłanie nastąpiło po godzinach pracy Zamawiającego, ujawnionych w s.i.w.z. Zamawiający miał możliwość stwierdzenia, iż nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego z Przystępującym, którego ofertę wybrał, a także wywiązania się z obowiązku powiadomienia innych wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwania do zgłoszenia przystąpienia do postępowania wywołanego jego wniesieniem, co zresztą uczynił. Z tych względów, w ocenie Izby, Odwołujący dopełnił wynikający z przepisu art. 180 ust. 5 pzp obowiązek przekazania kopii odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania, który upływał 29 czerwca 2010 r.

W drugiej kolejności Izba ustaliła z urzędu, iż nie została wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp.

Po ustaleniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Uczestnik podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 24 maja 2010 r. pod nr 132939-2010, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.bip.pleciuga.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i wynosi 3.144493,70 zł, co stanowi równowartość 819.092,00 euro.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, która zgodnie postanowieniami rozdziału XII s.i.w.z. stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł między innymi następujące postanowienia:

W rozdziale IX *Wyjaśnienia treści SIWZ i jej modyfikacja oraz sposób porozumiewania się wykonawców z zamawiającym*:

„Zamawiający urzęduje w następujących dniach (pracujących) od poniedziałku do piątku w godzinach od 8:00 do 16:00”. /pkt 1/

„Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawca przekazują pisemnie, z zastrzeżeniem pkt 3”. /pkt 2/

„Zamawiający dopuszcza porozumiewanie się za pomocą faksu, przy przekazywaniu następujących dokumentów:

- 1) pytania i wyjaśnienia dotyczące treści siwz,
- 2) modyfikacje treści siwz,
- 3) wniosek wykonawcy o przekazanie informacji z otwarcia ofert, o których mowa w art. 86 ustawy oraz odpowiedź zamawiającego,
- 4) wniosek o wyjaśnienie i wyjaśnienie treści oferty,
- 5) wniosek o wyjaśnienie i wyjaśnienia dotyczące oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy,
- 6) wezwanie kierowane do wykonawców na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy,
- 7) wniosek o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz odpowiedź wykonawcy,

Sygn. akt KIO 1349/10

- 8) informacja o poprawieniu oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych,
- 9) informacje o poprawieniu innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,
- 10) oświadczenie wykonawcy w kwestii wyrażenia zgody na poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,
- 11) wniosek zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz odpowiedź wykonawcy,
- 12) oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą,
- 13) zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykonawcach, którzy zostali z postępowania wykluczeni i wykonawcach, których oferty zostały odrzucone,
- 14) zawiadomienie o unieważnieniu postępowania,
- 15) informacje i zawiadomienia kierowane do wykonawców na podstawie art. 181 ustawy”.

/pkt 3/

„Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania”. /pkt 4/

„Osobą uprawnioną do bezpośredniego kontaktowania się z wykonawcami jest p. Iwona Z. tel. (91) 44 55 140 w godz. 9:00- 15:00 fax (91) 48 83 171 (czynny całą dobę)”. /pkt 8/

W rozdziale V Wykluczenie wykonawcy z postępowania. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Wymagane dokumenty.

„Zamawiający wezwie wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert”. /pkt 6/

Sygn. akt KIO 1349/10

16 czerwca 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał Odwołującemu faksem wezwanie na podstawie przepisów art. 26 ust. 3 i 4 pzp „do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia następujących dokumentów:

1. Wykazu robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane należycie (...) Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia oferty poprzez uzupełnienie opisu wskazanych w pozycji 1 i 2 prac podobnych (według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do siwz), zgodnie z warunkiem postawionym przez Zamawiającego. W przypadku gdyby ww. prace podobne nie obejmowały budowy fontann o powierzchni lustra wody minimum 300,00 m² Zamawiający wezwał do złożenia wykazu prac (według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do siwz) zawierającego prace podobne spełniające warunek postawiony przez Zamawiającego, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

2. Opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (...) Wykonawca załączył polisę wystawioną na jego rzecz przez ERGO Hestia. Z ww. dokumentu wynika, iż ww. polisa płatna była jednorazowo, przelewem do dnia 2009/08/17. Brak w ofercie jednakże jakiegokolwiek dowodu czy informacji iż ww. polisa została opłacona.

3. Jednocześnie Zamawiający wzywa Wykonawcę, do złożenia wyjaśnień dotyczących osób przewidzianych do realizacji zamówienia (...) Wykonawca, jako osobę do kierowania robotami w branży elektrycznej wskazał Pana Ryszarda ., załączając jednocześnie do oferty niewymagane dokumenty (decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego oraz zaświadczenie o przynależności do izby samorządu zawodowego) wystawione na Ryszarda P. Ponadto z dokumentów tych wynika, iż ww. osoba posiada wykształcenie średnie: technik-elektryk, co wyklucza posiadanie przez nią uprawnień do kierowania robotami w specjalności elektrycznej bez ograniczeń. W związku z powyższym zamawiający wnosi o wyjaśnienie, czy osobą przewidzianą do wykonania zamówienia je Pan P. czy P. oraz czy osoba ta posiada wymagane przez Zamawiającego uprawnienia. W przypadku, gdyby okazało się, iż wskazana przez wykonawcę osoba nie posiadała wymaganych uprawnień do kierowania robotami w specjalności elektrycznej bez ograniczeń, Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP wzywa do uzupełnienia oferty o wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (według wzoru, stanowiącego załącznik nr 5 do siwz), zgodnie postawionym przez Zamawiającego warunkiem w zakresie osoby przewidzianej, do kierowania robotami w specjalności elektrycznej wraz z

Sygn. akt KIO 1349/10

oświadczeniem, iż osoba ta posiada wymagane uprawnienia, według wzoru, stanowiącego załącznik nr 6 do siwz.

Przedmiotowe wyjaśnienia i uzupełnienia należy przekazać Zamawiającemu – teatr Lalek Pleciuga, Pl. Teatralny 1, 71-405 Szczecin, pokój kierownika administracyjno-gospodarczego, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 21.06.2010 r., do godz. 12.00.

Na podstawie Rozdziału IX pkt 3 ppkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający w zakresie wyjaśnień dopuszcza porozumiewanie się za pomocą faksu. Uzupełnienia należy przekazać Zamawiającemu w formie pisemnej”.

21 czerwca 2010 r. w godzinach porannych Odwołujący przekazał faksem wyjaśnienia oraz dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wysłał je za pośrednictwem „Pocztexu” – kuriera Polskiej Poczty.

22 czerwca 2010 r. wyjaśnienia i dokumenty otrzymał Zamawiający w formie pisemnej.

24 czerwca 2010 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, odrzucając jego ofertę, wskazując jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, natomiast jako podstawę faktyczną wskazując, iż Wykonawca nie spełnił: 1) wymogu określonego w Rozdziale V pkt. 2 ppkt 2 s.i.w.z., 2) wymogu określonego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 4 lit. b) s.i.w.z., 3) wymogu określonego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 3 s.i.w.z. Oprócz tego w zawiadomieniu Zamawiający wskazał, iż „na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP wezwał do uzupełnienia oferty, oraz na podstawie art. 26 ust. 4 do złożenia wyjaśnień co do osoby wskazanego specjalisty i w przypadku braku spełniania postawionych przez zamawiającego wymogów – jej uzupełnienia. Zamawiający przy tym w wezwaniu wyraźnie zaznaczył, że na podstawie Rozdziału IX pkt 3 ppkt 4 siwz zamawiający w zakresie wyjaśnień dopuszcza porozumiewanie się za pomocą faksu, uzupełnienia zaś należy przekazać Zamawiającemu w formie pisemnej.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Wykonawca nie uzupełnił oferty w formie pisemnej. W związku z powyższym, należy uznać, że Wykonawca nie spełnił postawionych przez Zamawiającego wymogów dotyczących warunków udziału w postępowaniu”.

24 czerwca 2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wskazania, czy brak uzupełnienia dokumentów nastąpił z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy oraz przedłożenia ewentualnych dowodów, pod rygorem zatrzymania wadium na podstawie przepisu art. 46 ust. 4 a pzp.

Sygn. akt KIO 1349/10

29 czerwca 2010 r. Odwołujący (pismem z 28 czerwca 2010 r.) przesłał w wymaganym terminie pismo wyjaśniające.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w dokumentacji postępowania, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, wezwania do uzupełnienia dokumentów i udzielonej odpowiedzi, oferty Odwołującego oraz na podstawie innych przywołanych pism i dokumentów.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika złożone ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 24 maja 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc tym samym szkodę. W ocenie Izby, Odwołujący legitymuje się interesem, gdyż złożył najkorzystniejszą ofertę pod względem ceny stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert, zatem uwzględnienie odwołania otworzyłoby mu realną możliwość uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie.

Żadna ze stron nie kwestionowała interesu prawnego ERBUD S.A. w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, po stronie którego zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i zachowując wymóg przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (art. 185 ust. 2, 3 i 4 pzp).

Sygn. akt KIO 1349/10

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, potwierdził się zarzut, iż wykluczenie Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w s.i.w.z. było niezasadne i przedwczesne.

Wobec bezspornej między Stronami i Uczestnikiem okoliczności, iż Zamawiający ocenił spełnianie warunków udziału w postępowaniu wyłącznie na podstawie dokumentów załączonych do oferty przez Odwołującego – istotą sporu jest kwestia czy Zamawiający postąpił prawidłowo nie biorąc pod uwagę przy dokonywaniu tej oceny dokumentów załączonych przez Odwołującego do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do ich złożenia z 16 czerwca 2010 r.

Bezsporne są również między Stronami i Uczestnikiem następujące okoliczności: wezwanie do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów zostało przesłane przez Zamawiającego faksem 16 czerwca 2010 r. przed południem, wyjaśnienia wraz z załączonymi dokumentami Odwołujący przesłał drogą faksową rano 21 czerwca 2010 r., w formie pisemnej dotarły one do Zamawiającego 22 czerwca 2010 r. Bezsporna jest również okoliczność, iż wyznaczony termin na złożenie wyjaśnień i uzupełnienie dokumentów upływał 21 czerwca 2010 r. o godz. 12:00, przy czym dla wyjaśnień dopuszczalne było ich złożenie w formie faksowej, natomiast dla uzupełnienia dokumentów wymagana była forma pisemna.

Izba zważyła, wbrew stanowisku Zamawiającego, iż dokumenty, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie stanowią treści oferty *sensu stricte*, rozumianej przez pryzmat art. 66 § 1 kc jako skierowana do Zamawiającego stanowcza propozycja zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, na warunkach określonych w obowiązującej w postępowaniu s.i.w.z. Natomiast dokumenty te można zaliczyć jedynie do oferty *sensu largo*, rozumianej na gruncie przepisów ustawy pzp jako oświadczenie woli wykonawcy wraz z wymaganymi w s.i.w.z. dokumentami potwierdzającymi, iż może on być dopuszczony do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia – zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, której wolę zawarcia wyraził we właściwej ofercie. Wobec tego stwierdzić należy, iż Odwołujący w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego złożył ofertę w formie pisemnej. Natomiast ponieważ załączone dokumenty w ocenie Zamawiającego nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu, wezwał on Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących tych dokumentów oraz ich uzupełnienia, odpowiednio na podstawie przepisu ust. 4 i 3 art. 26 pzp. Gdyby wyjaśnienia miały dotyczyć treści oferty,

Sygn. akt KIO 1349/10

Zamawiający wezwałby do jej wyjaśnienia na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 pzp, uzupełnianie treści oferty jest natomiast co do zasady niedopuszczalne, z wyjątkiem możliwości poprawienia omyłek na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pzp.

Izba podziela stanowisko, iż formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie i nie może przysłaniać lub unicestwiać celu postępowania o udzielenie jakim jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby, zachowanie Zamawiającego, który mając w swojej dyspozycji zarówno treść wyjaśnień jak i treść uzupełnionych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, po zapoznaniu się wyłącznie z wyjaśnieniami wyklucza z postępowania wykonawcę bez zapoznania się z treścią uzupełnionych dokumentów, choć w chwili dokonywania tej czynności dysponuje również nimi w wersji pisemnej – nie zasługuje na ochronę z uwagi na wyrażoną w przepisie art. 7 ust. 1 zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie oznacza to wcale, iż Zamawiający postąpiłby prawidłowo wykluczając Odwołującego niezwłocznie po upływie terminu wyznaczonego na 21 czerwca 2010 r. o godzinie 12:00. W ocenie Izby, z uwagi na cel instytucji uzupełnienia dokumentów – umożliwienia w rezultacie wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający mógł i powinien zapoznać się z treścią złożonych dokumentów oraz z własnej inicjatywy przedłużyć w stosunku do wszystkich wykonawców o jeden dzień termin na ich złożenie w formie pisemnej. W okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający miał na to kilka godzin i mógł to uczynić. Zamiast tego, Zamawiający, dwa dni po otrzymaniu dokumentów w formie pisemnej, wybrał ofertę droższą o kilkaset tysięcy od oferty Odwołującego, którego wykluczył z powodów formalnych – niezłożenia dokumentów w wymaganej formie w wyznaczonym przez siebie terminie, który nie miał charakteru zawitego i mógł zostać przedłużony.

W ocenie Izby, stan faktyczny przedmiotowej sprawy w istotny sposób odbiega tego, który był podstawą wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku z 8 października 2008 r. w sprawie o sygn. akt. KIO/UZP 1015/08 – gdyż w okolicznościach tamtej sprawy, po pierwsze – wezwanie dotyczyło wyłącznie czynności uzupełnienia dokumentów, po drugie – forma pisemna zastrzeżona została przez zamawiającego jednolicie dla wszystkich czynności. Tymczasem w przedmiotowej sprawie, po pierwsze – wezwanie dotyczyło dwóch czynności: zarówno złożenia wyjaśnień, jak i uzupełnienia dokumentów, w dodatku w odniesieniu do warunku dotyczącego potencjału kadrowego, wezwanie miało charakter alternatywny: jeżeli wyjaśnienia okażą się niewystarczające, to należy uzupełnić dokument. Taka współzależność oraz wezwanie tym samym pismem do dokonania obu czynności, czyniła racjonalnym uczynienie zadość wezwaniu w ten sam sposób – przez jednoczesne złożenie wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów. Po drugie – Zamawiający w licznych

przypadkach dopuścił formę porozumiewania się za pośrednictwem faksu, w szczególności zastrzegł wyłącznie dla siebie możliwość kierowania w tej formie wezwania zarówno do wyjaśnień, jak i uzupełnienia dokumentów, podczas gdy wykonawcy w odpowiedzi mogli wyłącznie wyjaśnienia składać w tej formie. Ma to o tyle znaczenie, że o ile z przepisu § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów wynika obowiązek złożenia ich w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność przez wykonawcę, to w przedmiotowej sprawie Odwołujący złożył w takiej samej formie jak wezwanie Zamawiającego, zarówno wyjaśnienia jak i dokumenty, a następnie niezwłocznie przedstawił uzupełnione dokumenty w formie wymaganej przez rozporządzenie. Zamawiający, ani Przystępujący nie kwestionowali, iż dokumenty przekazane przez Odwołującego drogą faksową są wiernym odwzorowaniem dokumentów przekazanych w formie pisemnej, zatem, w ocenie Izby, wobec dopuszczenia przez ustawodawcę w odniesieniu do tych dokumentów formy potwierdzania za zgodność przez samego wykonawcę – nie było podstaw do pominięcia merytorycznej treści tych dokumentów, których niewłaściwa forma złożenia została już sanowana, zanim Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu.

Z uwagi na zasadność zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego, doszło w ten sposób również do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp).

Izba pozostawiła natomiast bez rozpoznania zarzut dotyczący wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego (naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 pzp), jak również zarzut dotyczący bezpodstawnego zatrzymania wadium Odwołującego (naruszenie przepisu art. 46 ust. 4a pzp), z uwagi na przepis art. 180 ust. 2 ustawy pzp, z którego wynika, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp (poniżej tzw. progów unijnych), Odwołujący nie ma uprawnienia do ich podnoszenia, gdyż nie są to czynności podlegające zaskarżeniu w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych.

Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak czynności tej winien dokonać Zamawiający wykonując niniejszy wyrok. Izba wskazuje przy tym, iż unieważnienie wykluczenia Odwołującego oznacza konieczność dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału oraz badania i oceny ofert w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy nie zostali skutecznie wykluczeni lub których oferty nie zostały skutecznie odrzucone, z uwzględnieniem Odwołującego i złożonej przez niego oferty. Nie oznacza to jednak konieczności wyboru oferty Odwołującego, w przypadku, gdy w wyniku powtórzonych czynności, w szczególności po uwzględnieniu treści złożonych w wyniku uzupełnienia

Sygn. akt KIO 1349/10

dokumentów, okaże się, iż nie spełnia on nadal postawionych warunków, lub jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie innych okoliczności faktycznych niż rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Jednocześnie, wobec odpadnięcia podstawy zatrzymania wadium, Zamawiający winien anulować swoją decyzję o jego zatrzymaniu, natomiast w razie podejmowania w przyszłości decyzji o zatrzymaniu wadium Izba poddaje pod rozważenie Zamawiającego dalszą część przywołanej przez niego opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej zatrzymania wadium (zamieszczonej na stronie internetowej www.uzp.gov.pl): *Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych z sytuacją, w której niezłożenie dokumentów żądanych przez zamawiającego wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, mamy do czynienia - w świetle art. 46 ust. 4a ustawy PZP - w przypadku, gdy niemożność przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzającego spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, wynika z faktu, iż obiektywnie wykonawca ten, jak i oferowane przez niego usługi, dostawy lub roboty budowlane, nie spełniają tych warunków lub wymagań. Tym samym, obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP nie będzie dotyczył tych wykonawców, którzy złożyli oferty, pomimo że niespełniali warunków udziału w postępowaniu (np. nie legitymowali się określonym doświadczeniem), jak też, pomimo że oferowane przez nich usługi, dostawy lub roboty budowlane nie spełniały wymagań określonych przez zamawiającego./przedostatni akapit opinii zamieszczonej pod pkt. 45 wykazu aktualnych opinii/*

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....