

**WYROK**  
**z dnia 18 listopada 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2013 r. przez wykonawcę **UNICOM Sp. z o.o., ul. Umińskiego 6, 03-984 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **EXON Computer Systems Andrzej Jassowicz Sp.k., ul. Widok 16, 87-100 Toruń,**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża UNICOM Sp. z o.o., ul. Umińskiego 6, 03-984 Warszawa i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez UNICOM Sp. z o.o., ul. Umińskiego 6, 03-984 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od UNICOM Sp. z o.o., ul. Umińskiego 6, 03-984 Warszawa na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup serwerów dla Oddziałów Regionalnych, Biur Powiatowych oraz Centrali ARiMR wraz z usługą serwisową”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej „zamawiający”) wykonawca UNICOM Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Exon Computer Systems A..... J..... Sp.k. (dalej: „Exon”) z postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenia następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 66 i art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez ich niezastosowanie,
2. art. 27 Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia wykonawcy Exon z postępowania, pomimo że nie wyraził on zgody na przedłużenie terminu związania w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, do upływu pierwotnego terminu związania ofertą.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. dokonanie ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp *ab initio* wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), zaś zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca, samodzielnie lub na wniosek zamawiającego, może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Stwierdził, że wybór oferty najkorzystniejszej musi nastąpić w terminie związania ofertą, a wykonawca winien być związany ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert, co prowadzi do konieczności przedłużenia terminu związania ofertą w czasie jego obowiązywania. Odwołujący uznał, że ponieważ przedłużyć można jedynie istniejący stan prawny, czyli zgodnie z językowym znaczeniem tego pojęcia „spowodować, że coś trwa dłużej, niż pierwotnie przewidywano”, to stan prawny, który ustał może być wyłącznie restytuowany - ustanowiony na nowo, dlatego zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą winna dotrzeć do zamawiającego przed upływem pierwotnego terminu, ponieważ tylko

w takim przypadku zachowana zostanie ciągłość terminu związania ofertą.

Odwołujący podał, że pierwotny termin związania ofertą (60 dni), który rozpoczął swój bieg w dacie otwarcia ofert (18 lipca 2013 r.) i na skutek wniesienia odwołania przez wykonawcę Comp S.A. (14 sierpnia 2013 r.) uległ zawieszeniu do dnia ogłoszenia przez Izbę orzeczenia (29 sierpnia 2013 r.) upływał w dniu 30 września 2013 r. Podał również, że zamawiający, pismem z dnia 14 września 2013 r., wysłanym faksem w dniu 17 września 2013 r. wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą oraz ważności wadium o 60 dni, wskazując, że oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i przedłużeniu ważności wadium miały być złożone w kopercie, w nieprzekraczalnym terminie do 30 września 2013 r. godz. 15<sup>00</sup> na adres zamawiającego w Kancelarii Głównej. (Dowód: pismo zamawiającego z dnia 14 września 2013 r., stanowiące załącznik do protokołu postępowania - w posiadaniu zamawiającego)

Odwołujący podał, że wykonawca Exon przekazał zamawiającemu oświadczenie, w którym wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą faksem w dniu 30 września 2013 r. godz. 13<sup>19</sup>, natomiast oryginał oświadczenia złożył w Kancelarii Głównej w dniu 1 października 2013 r. godz. 7<sup>30</sup>. (Dowód: Oświadczenie wykonawcy Exon z dnia 1 października 2013 r., stanowiące załącznik do protokołu postępowania - w posiadaniu zamawiającego)

W ocenie odwołującego oświadczenie wykonawcy Exon wyrażające zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą nie dotarło do zamawiającego w formie wymaganej przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, a w konsekwencji nie została zachowana ciągłość terminu związania ofertą, za czym przemawia charakter oświadczenia, które stanowi modyfikację oferty i dlatego powinno podlegać takim samym wymaganiom w zakresie formy jak oferta.

Odwołujący stwierdził, że ustawa Pzp nie jest oderwaną od całego porządku prawnego regulacją, autonomicznie i zupełnie regulującą stosunki danego rodzaju, ale należy potraktować ją jako *lex specialis* w stosunku do regulacji Kodeksu cywilnego, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów. Wskazał, że zamówienia publiczne pozostają umowami pomiędzy równymi podmiotami - zamawiającym a wykonawcą, i jako takie stanowią przykład zwykłych stosunków cywilnoprawnych regulowanych w Kc, z zastrzeżeniem wszelkich materialnych czy proceduralnych, szczególnych wymagań przewidzianych w przepisach ustawy Pzp, co do treści i sposobu ich nawiązania, co znajduje dodatkowe potwierdzenie w odesłaniach do regulacji Kc, zawartych w art. 14 oraz 139 ust. 1 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że oferta jest jednostronną czynnością wywołującą skutki w postaci związania ofertą i powstania po stronie oblata prawa kształtującego do jej przyjęcia bądź odrzucenia, oferta wiąże oferenta (art. 66 § 1 Kc), wskutek czego oblat może poprzez

jej przyjęcie doprowadzić do zawarcia umowy o określonej w niej treści, przy czym zasadą jest, że termin związania ofertą wyznacza w ofercie oferent, a w braku oznaczenia terminu przez oferenta, jego ustalenie następuje na podstawie reguł przewidzianych w art. 66 § 2 Kc.

Zdaniem odwołującego kodeksowa konstrukcja oferty ma również zastosowanie na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych o przetargu nieograniczonym. Wskazał, że w nauce przyjmuje się, że w zakresie skutków proceduralnych, polegających na związaniu oferenta ofertą i możliwości jej przyjęcia bądź odrzucenia przez oblata, oferta składana w przetargu nieograniczonym na zamówienie publiczne stanowi jednostronną czynność prawną, termin związania ofertą (granice czasowe związania ofertą) wyznacza w sposób autonomiczny oferent, kierując się wymaganiami specyfikacji, co nie oznacza, że źródłem samego związania ofertą jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia - związanie ofertą przetargową stanowi skutek złożenia oferty będącej autonomicznym oświadczeniem woli oferenta, a specyfikacja jedynie pośrednio determinuje określoną treść oferty, sposób złożenia oraz termin i inne elementy kształtujące stan związania nią oferenta, pod rygorem jej odrzucenia przez zamawiającego. Odwołujący uznał, że stan związania ofertą jest konstytutywnym elementem oświadczenia woli stanowiącego ofertę zarówno na gruncie przepisu art. 66 Kc, jak i przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji, że przedłużenie okresu związania ofertą dokonane na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp jest jednostronnym oświadczeniem oferenta modyfikującym treść oferty.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym - przepis ten stanowi *lex specialis* względem art. 27 ust. 1 Pzp, wedle którego w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.

Na tym tle wymaga rozstrzygnięcia, czy oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą w zakresie formy podlega ogólnym wymaganiom art. 27 Pzp, czy też szczególnym rygorom art. 82 ust. 2 Pzp.

W ocenie odwołującego, ponieważ przedłużenie terminu związania ofertą jest czynnością, która zmienia treść pierwotnej oferty, to jeżeli czynności modyfikują treść pierwotnej jednostronnej czynności prawnej, to powinny być dokonane w formie przewidzianej dla pierwotnej, jednostronnej czynności prawnej - modyfikacje takie należy traktować tak samo, jak dokonanie pierwotnej czynności jednostronnej. Oznacza to, że jeżeli ustawa pod sankcją nieważności zastrzega dla czynności prawnej rygor nieważności, to również jej modyfikacja powinna być dokonana pod rygorem nieważności, ponieważ inaczej z łatwością można by obejść ten rygor.

Odwołujący na tej podstawie uznał, że zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej, a wyrażenie takiej zgody za pomocą faksu, nie spełnia wymagań formy pisemnej i - wobec zastosowanego przez ustawodawcę rygoru nieważności - nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Wskazał, że wymagania, jakim musi odpowiadać forma pisemna określa art. 78 § 1 zd. 1 Kc, wedle którego do zachowania pisemnej formy wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli - wymagania tego nie spełnia podpis na dokumencie wysłanym faksem, który jest tylko kopią.

Odwołujący podniósł, że skutki czynności prawnej liczą się dopiero od złożenia oświadczenia woli (chwilę złożenia oświadczenia woli reguluje przepis art. 61 Kc - oświadczenie woli zostaje złożone innej osobie „z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się jego treścią”. Jeżeli ustawa przewiduje dla oświadczenia woli wymóg formy pisemnej, to (z wyjątkiem oświadczenia w formie aktu notarialnego) osoba składając takie oświadczenie woli innej osobie, musi nie tylko złożyć je w należytej formie, ale i doręczyć oryginał pisma adresatowi, tym samym nie wystarczy np. zawiadomienie telefoniczne, że oświadczenie woli zostało złożone w przewidzianej formie, i że dokument znajduje się do wglądu w określonym miejscu.

Wskazał, że przekazanie kopii zgody oferenta na przedłużenie terminu związania ofertą nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże ze złożeniem oświadczenia woli, albowiem oświadczenie takie musi być złożone w formie pisemnej pod rygorem nieważności, a nie jedynie dla celów dowodowych.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający był świadom powyższych wymagań, co znalazło odbicie w zredagowanym przez zamawiającego wezwaniu wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą oraz ważności wadium (oświadczenia miały być złożone w kopercie, w nieprzekraczalnym terminie do 30 września 2013 r. godz. 15<sup>00</sup>, na adres zamawiającego w Kancelarii Głównej).

W podsumowaniu odwołujący uznał, że wykonawca Exon wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania dopiero w dniu 1 października 2013 r., tj. z chwilą doręczenia zamawiającemu oryginału pisma z dnia 14 września 2013 r., w konsekwencji zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą nie dotarła do zamawiającego przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, na skutek czego nie została zachowana ciągłość terminu związania ofertą - sytuację taką należy kwalifikować jako brak zgody na przedłużenie terminu związania oferta, co powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy Exon z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

**Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, odwołania z dnia 4 listopada 2013 r., pisma przystępującego Exon Computer Systems A..... J..... Sp. k. z dnia 14 listopada 2013 r., a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odrzucenia odwołania. Wbrew twierdzeniom zamawiającego i przystępującego odwołanie nie zostało złożone po terminie. Informację o czynności objętej odwołaniem, polegającej na wyborze oferty przystępującego, zamawiający przesłał odwołującemu faksem w dniu 24 października 2013 r., odwołanie zostało złożone w dniu 4 listopada 2013 r., tj. w poniedziałek (wpływ bezpośredni do Krajowej Izby Odwoławczej), a zatem, uwzględniając przepis art. 115 k.c., uznać należy, że zostało złożone w terminie, ponieważ w tym przypadku termin ten upływał w dniu następnym po dniu 3 listopada 2013r, tj. niedzieli, uznanej ustawowo za dzień wolny od pracy. Zachowano zatem termin, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska zamawiającego i przystępującego, iż przedmiotowe odwołanie odwołujący winien złożyć w terminie 10-dni od przesłania informacji o pierwotnym wyborze oferty najkorzystniejszej (wyborze oferty wykonawcy Comp S.A.), tj. licząc od dnia 24 września 2013 r., ponieważ w dacie czynności zamawiającego (a to przecież od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego wnosi się odwołanie) wykonawca Exon Computer Systems A..... J..... Sp.k. (dalej nadal „Exon”) był związany złożoną przez siebie ofertą (co było bezsporne), a zatem uznać należy że czynność zamawiającego, polegająca na uwzględnieniu przy wyborze oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Exon była prawidłowa.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę z trzecią w kolejności ceną, co biorąc pod uwagę fakt, że cenie zamawiający przypisał 100% znaczenie (Rozdział XIII pkt 1 SIWZ), a zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty z drugą w kolejności ceną z uwagi na odrzucenie oferty z pierwszą w kolejności ceną), oznacza, że uwzględnienie odwołania, przy oddaleniu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2552/13,

w którym przywrócenia swojej oferty żąda wykonawca z najniższą ceną, doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, a także z dokumentacji przedłożonej Izbie na rozprawie w oryginale:

1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej nadal „SIWZ”),
2. Wezwania zamawiającego z dnia 19 września 2013 r. w szczególności do przedłużenia terminu związania ofertą, przesłanego przystępującemu Exon faksem w tym samym dniu,
3. Oświadczenia Exon z dnia 30 września 2013 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 29 listopada 2013 r., przesłanego zamawiającemu faksem w dniu 30 września 2013 r. godz. 13<sup>20</sup>,
4. Oświadczenia Exon z dnia 30 września 2013 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 29 listopada 2013 r. (oryginał), doręczonego zamawiającemu w dniu 1 października 2013 r. ,
5. Oświadczenia Exon z dnia 1 października 2013 r. – prośba o uwzględnienie dokumentów związanych z przedłużeniem terminu związania ofertą oraz przedłużeniem okresu ważności wadium.

Zarzuty: wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Exon z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 66 i art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego oraz z naruszeniem art. 27 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko odwołującego co do tego, że oświadczenie wykonawcy o terminie związania ofertą jest elementem oferty, stanowi jej treść - wskazanie przez wykonawcę w ofercie krótszego niż wskazany przez zamawiającego w SIWZ terminu związania ofertą (z wyjątkiem, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) doprowadzić by przecież musiało do odrzucenia tej oferty z powody niezgodności jej treści z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).



Jednak w ocenie składu orzekającego Izby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą nie jest wymagane jego złożenie w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Ustawa Pzp, o ile rygor taki przewiduje w przypadku oferty i umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 82 ust. 2 i art. 139 ust. 2), o tyle w przypadku przewidzianego w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą brak zastrzeżenia formy pisemnej pod rygorem nieważności. Stąd w ocenie składu orzekającego Izby w przypadku tego oświadczenia zastosowanie znajdzie art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, który wybór formy oświadczeń składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – tak przez zamawiającego, jak i wykonawców, z wyjątkiem wynikającym z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, pozostawia zamawiającemu.

Przyjęcie, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą wykonawcy winni składać w formie pisemnej pod rygorem nieważności oznaczałoby niepotrzebne wydłużenie postępowania, mogłoby naruszyć zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (gorsza sytuacja wykonawców, których siedziby znajdują się w znacznej odległości od siedziby zamawiającego), a nadto narażać wykonawców na dodatkowe koszty (dłuższe postępowanie to konieczność ponoszenia kosztów związanych z przedłużeniem ważności wadium). Oznaczałoby nadmierny formalizm tego postępowania, który przepis art. 27 ust. 1 ustawy Pzp ma ograniczać.

Dostrzeżenia także wymaga, iż orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej uznaje, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą jest oświadczeniem, o którym mowa w art. 27 ust. 1 ustawy Pzp (przykładowo: wyrok z dnia 12 lipca 2010 r. sygn. KIO/UZP 1226/10, KIO/UZP 1275/10, wyrok z dnia 19 października 2010 r. sygn. KIO 2204/10, wyrok z dnia 15 czerwca 2011 r. sygn. KIO 1191/11, a także wyrok z dnia 31 stycznia 2013 r. sygn. KIO 109/13 (kilkakrotnie przywoływany w odwołaniu), w którym Izba uznała: „Oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą winno być złożone w sposób wyraźny i jasny, w formie w SIWZ przewidzianej i dopuszczonej w art. 27 Pzp„).

Nadto stosowana przez uczestników postępowań o udzielenie zamówienia publicznego praktyka dopuszcza i szeroko wykorzystuje możliwość składania oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą faksem, o ile tylko taki sposób porozumiewania się został przez zamawiającego dopuszczony na podstawie art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, co wiązać należy przede wszystkim z faktem, iż taki sposób porozumiewania się sprzyja szybkości postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

W Rozdziale VI SIWZ *Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów* pkt 1 zamawiający wskazał, że dopuszcza wzajemne przekazywanie oświadczeń, wniosków, zaświadczeń oraz informacji za pomocą faksu, chyba że co innego stanowią przepisy prawa, SIWZ lub treść pism przekazywanych przez zamawiającego. Zamawiający wskazał numer faksu, na który kierować należy oświadczenia/dokumenty.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp SIWZ winna zawierać informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów.

W ocenie składu orzekającego Izby postanowienie SIWZ, iż treść pism przekazywanych przez zamawiającego może wskazywać sposób przekazywania, w szczególności oświadczeń, oznacza w istocie, że zamawiający nie wywiązał się prawidłowo z nałożonego na niego w art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp obowiązku podania w treści SIWZ do wiadomości wykonawców sposobu komunikacji z zamawiającym. Informacja SIWZ w tym zakresie powinna być kompletna, a jej zmiana możliwa jedynie na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, co jednak w niniejszym postępowaniu przetargowym nie miało miejsca.

Innymi słowy, przyjęcie, że w treści poszczególnych pism zamawiającego, nie będących modyfikacją SIWZ (co byłoby jeszcze możliwe na etapie przed upływem terminu składania ofert, ale niedopuszczalne na etapie po upływie terminu składania ofert) będzie możliwe każdorazowe określenie przez zamawiającego sposobu porozumiewania się z wykonawcami oznaczałoby przyjęcie, że dopiero wówczas, poza treścią SIWZ, a nawet po upływie terminu składania ofert zamawiający wykonałby ciążący na nim obowiązek wynikający z art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Postanowienie Rozdziału VI pkt 1 SIWZ w części dotyczącej określania przez zamawiającego formy oświadczeń w treści pism jako sprzeczne z art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest nieważne (art. 58 k.c.), wobec czego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający dopuścił możliwość porozumiewania się faksem w całym postępowaniu (skoro zamawiający nie modyfikował treści SIWZ w tym zakresie na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp).

W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że wskazanie przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 19 września 2013 r., iż „Oświadczenie, podpisane przez umocowane osoby, o przedłużeniu terminu związania ofertą (...) należy złożyć w terminie do dnia 30 września 2013 r. do godz. 15:00” mogło zostać złożone przez Exon w tym terminie zarówno w oryginale, jak również faksem. Skoro oświadczenie to dotarło do zamawiającego

faksem w dniu 30 września 2013 r. przed godziną 15<sup>00</sup>, to uznać także należy, że Exon przed upływem wskazanego przez zamawiającego terminu przedłużył termin związania ofertą i brak podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (sam fakt, że z chwilą dotarcia faksu zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią nie był kwestionowany).

W ocenie składu orzekającego brak jest także podstaw do wykluczenia wykonawcy Exon z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z tego powodu, że wskazany wykonawca był uprawniony, na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, do samodzielnego, niezależnie od skierowanego przez zamawiającego wezwania (niezależnie od wskazanego tam sposobu złożenia oświadczenia), do przedłużenia terminu związania ofertą. I choć pierwotnie wykonawca Exon w celu złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą wysłał pracownika, który zgodnie z żądaniem zamawiającego miał dostarczyć oryginał oświadczenia, to „poważna awaria samochodu”, która uniemożliwiła jego dostarczenie w wyznaczonym co do dnia i godzinie terminie spowodowała podjęcie przez wykonawcę innych działań, tj. przesłanie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą faksem w dniu 30 września 2013 r. o godzinie 13<sup>20</sup>.

Wskazane działanie Exon nie miałooby miejsca, gdyby nie awaria samochodu, dlatego też w ocenie Izby należy uznać je za działanie samodzielne wykonawcy, o którym mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo wskazać należy, że odmienny sposób porozumiewania się – inny w przypadku samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą (faks), a inny w przypadku przedłużania terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego (doręczenie oryginału), którego niedochowanie miałyby powodować wykluczenie wykonawcy jedynie w drugim przypadku jest nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Skoro oświadczenie Exon o przedłużeniu terminu związania ofertą dotarło do zamawiającego faksem w dniu 30 września 2013 r., to uznać należy, że Exon przed upływem terminu związania oferta, przypadającego na ten właśnie dzień przedłużył termin i brak jest podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (sam fakt, że z chwilą dotarcia faksu zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią nie był kwestionowany).

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....