

WYROK

z dnia 28 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 grudnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2012 r. przez wykonawcę: **M..... Ś..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AFAMAKOR M..... Ś....., Białe Błota** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów, Warszawa** przy udziale wykonawcy: **D..... S..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Consultingowa „Espai” D..... S....., Kudowa-Zdrój** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża M..... Ś..... prowadzącą działalność pod M..... Ś....., Białe Błota gospodarczą firmą AFAMAKOR i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

1

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów 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 „ppzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na świadczenie usług hotelarsko-gastronomicznych dla uczestników spotkań realizowanych w ramach Programu e-cio na lata 2012-2014* (oznaczenie sprawy R/107/12/SC/B/624/A-1).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 30 października 2012 r. pod nr 2012/S_209-344434, z tym, że 26 października 2012 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie w holu głównym na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.mf.gov.pl), na której udostępnił także od 30 października 2012 r. specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.578.699,19 zł, co stanowi równowartość 392.759,32 euro.

6 grudnia 2012 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – M..... Ś..... z Białych Błot, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą AFAMAKOR M..... Ś..... – zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze najkorzystniejszych ofert w każdej spośród 9 części zamówienia.

14 grudnia 2012 r. (pismem z 13 grudnia 2012 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, wobec naruszenia przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
2. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do nieuzasadnionego odrzucenia złożonej oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie

2

Sygn. akt KIO 2766/12

przedmiotowego zamówienia, w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji, a więc uznanie dostarczenia uzupełnień jako skuteczne, a co zatem idzie anulowanie odrzucenia złożonej oferty i przywrócenie oferty Odwołującego do udziału w postępowaniu.

Odwołujący sprecyzował swój zarzut przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podniósł, że interpretacja SIWZ, którą Zamawiający zastosował w informacji o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z 6 grudnia 2012, w sposób nierówny traktuje podmioty ubiegające się o przedmiotowe zamówienie, uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji, a w konsekwencji doprowadziła do wyeliminowania oferty Odwołującego.

Odwołujący podał następujące okoliczności faktyczne. W toku postępowania Zamawiający wezwał go drogą elektroniczną (e-mail) 26 listopada 2012 r. do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w Załączniku B do SIWZ – *Opis obiektu hotelarskiego, tj. pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy realizacji wykonani zamówienia*. Odwołujący miał obowiązek dostarczenia dokumentów do 30 listopada 2012 r. do godz. 14:00. Odwołujący przesłał zeskanowane oświadczenia podwykonawców drogą elektroniczną 29 listopada 2012 r. o godz. 23:44, przy czym potwierdzenie odczytu wiadomości stwierdza odczyt wiadomości e-mail 30 listopada 2012 r. o godzinie 8:44. Odwołujący ponadto przesłał powyższe oświadczenia również listownie, dotarły one do Zamawiającego 4 grudnia 2012. Następnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 pzp – uznając, że dokumenty dostarczone zostały po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.

Odwołujący podał, że Zamawiający – zgodnie z postanowieniami SIWZ – uznaje wszystkie formy wskazane w art. 27 ust 1 pzp jako właściwe do przesyłania oświadczeń, informacji, wniosków, a zatem dopuszcza formę faksu lub formę elektroniczną. Zdaniem Odwołującego ponieważ pismo zatytułowane „Oświadczenie podwykonawcy” jest oświadczeniem, uzupełnienie treści oferty o te brakujące oświadczenia było dopuszczalne drogą elektroniczną i należy je uznać za skutecznie doręczone. Odwołujący stwierdził, że uściślając nazewnictwo należy stwierdzić, że każde oświadczenie jest dokumentem, lecz nie każdy dokument jest oświadczeniem. Odwołujący dodał, że w Załączniku B SIWZ Zamawiający nie określa formy wymaganego zobowiązania podwykonawcy, wprost nie nazywa go dokumentem, a jedynie używa sformułowania: *pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia*. W ocenie Odwołującego dopiero w

3

Sygn. akt KIO 2766/12

wezwanie z 26 grudnia 2012 r. Zamawiający jednoznacznie uważa, że jest to dokument, a w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nazywa takie zobowiązanie dokumentem, którego dostarczenia wymaga w formie pisemnej. Odwołujący załączył do odwołania przykładowe oświadczenia przesłane w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia.

W drugiej kolejności Odwołujący ocenił, że jeżeli Zamawiający nie uznaje wykładni ustawy pzp Odwołującego co do formalnej nazwy wymaganego pisma, to jest zobowiązany uznać wykładnię wyroku Izby z 8 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 675/09), że formy kontaktu wymienione w art. 27 ust 1 pzp są formą wystarczającą do uzupełnienia braków w dokumentach i należy uznać dokumenty przesłane w tej formie za skutecznie doręczone. Zgodnie z tym orzeczeniem Zamawiający powinien kierować się zasadą, że *przyjęty przez Zamawiającego sposób kontaktowania się jest wiążący nie tylko dla wykonawców, ale i dla samego Zamawiającego*. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu zasady współzycia społecznego, zwłaszcza zaś zasada słuszności, przemawia za uznaniem, że Zamawiający dopuścił możliwość kontaktowania się z wykonawcami drogą faksową lub elektroniczną, a co za tym idzie za skuteczne należy uznać doręczenie przez Wykonawcę żądanych dokumentów w wymaganym terminie pocztą elektroniczną. Odwołujący podkreślił, że sam Zamawiający w ogóle nie korzysta z formy pisemnej, przysyłając informację z otwarcia ofert, wezwanie do uzupełnienia braków czy informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wyłącznie drogą faksową lub elektroniczną.

Odwołujący sprecyzował nadto, w jaki sposób przyjęta przez Zamawiającego interpretacja art. 27 ust 1 pzp narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu. W ocenie Odwołującego prowadzi ona do nieuzasadnionego zróżnicowania sytuacji wykonawców w zależności od miejsca ich siedziby, gdyż podmioty mające siedzibę w pobliżu siedziby Zamawiającego mają większą możliwość komunikowania się z Zamawiającym, a co za tym idzie – dłuższy termin na uzupełnienie oferty w trybie art. 26 ust 3 pzp.

27 grudnia 2012 r. Zamawiający przesłał faksem do Izby odpowiedź na odwołanie, którą przekazał Odwołującemu i Przystępującemu w dniu następnym bezpośrednio przed otwarciem wyznaczonego posiedzenia. Odwołujący wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

W pierwszej kolejności Zamawiający przedstawił następujące okoliczności. Przedmiot zamówienia składał się z 9 części (obejmował 9 różnych lokalizacji-miast). Odwołujący złożył ofertę na wszystkie 9 części zamówienia. Do oferty Odwołujący dołączył niepodpisane przez inne podmioty dokumenty (zobowiązania oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów obiektowych na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia), jedynie w podpisie

4

Sygn. akt KIO 2766/12

wpisana została nazwa hotelu. 26 listopada 2012 r. Zamawiający wezwał wykonawców biorących udział w postępowaniu faksem do uzupełnienia dokumentów. Z treści wezwania wynikało, że uzupełniane dokumenty muszą być złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Z uwagi na fakt, że faks Odwołującego był niedostępny, Zamawiający przesłał wezwanie drogą elektroniczną (e-mail) na adres podany w ofercie Odwołującego, po telefonicznych ustaleniach z Odwołującym. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przesłał e-mailem kopie (skany) zobowiązań tylko dla pięciu części zamówienia.

Zamawiający potwierdził, że dopuścił w rozdziale XII pkt 4. SIWZ komunikację z wykonawcami pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Jednakże zdaniem Zamawiającego takie postanowienie SIWZ oraz art. 27 ustawy pzp nie obejmuje dokumentów potwierdzających przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego, gdyż dla tych dokumentów formę ich złożenia określił ustawodawca w § 6 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). Dokumenty podlegające uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, zgodnie z § 6 ust. 1 tego rozporządzenia, muszą być składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a w przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Zamawiający ocenił, że zarówno oferta wykonawcy musi być złożona w formie pisemnej pod sankcją nieważności, jak i dokumenty oraz oświadczenia składane wraz z ofertą muszą mieć formę oryginałów lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Zostało to również wprost określone w SIWZ.

Zamawiający stwierdził, że dokumenty objęte wezwaniem do uzupełnienia służyły potwierdzeniu przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego.

Zamawiający wywiódł, że w związku z powyższym wyraźnie określił w wezwaniu konieczność dostarczenia tych dokumentów do siedziby Zamawiającego (... *Zamawiający prosi o dostarczenie dokumentów w terminie do dnia 30.11.2012 r. do godz. 14.00 do siedziby Zamawiającego, pok. 1206*). Zamawiający podał, że w tym terminie przekazano Zamawiającemu drogą elektroniczną (e-mail) jedynie skany wymaganych dokumentów, które nie były potwierdzone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Dodatkowo w terminie tym Odwołujący nie wysłał pocztą tych dokumentów, gdyż zostały one wysłane już po terminie, tj. 3 grudnia 2012 r. W ocenie Zamawiającego wysłanie ich po terminie wskazuje na niedotrzymanie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego. Dokumenty, które otrzymał pocztą w postaci kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem, nie odpowiadały formie

5

Sygn. akt KIO 2766/12

i postaci dokumentów przesłanych drogą elektroniczną, gdyż na tych nie było potwierdzenia za zgodność z oryginałem.

Zdaniem Zamawiającego szczegółowa analiza treści specyfikacji, wezwania do uzupełnienia dokumentów, jak i ustawy pzp oraz wspomnianego rozporządzenia w sprawie dokumentów – prowadzi do wniosku, że złożenie w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego zamiast dokumentu jedynie faksu zawierającego treść, przy przesłaniu tego dokumentu w taki sposób, że dotarł on do Zamawiającego po terminie, nie pozwala uznać za spełnienie postawionego wymagania. Według Zamawiającego nieuprawnione jest także utożsamianie dokumentu składanego w ramach uzupełnienia z udzieleniem informacji, oświadczeniem, wnioskiem czy zawiadomieniem, co do których w konkretnej sytuacji zamawiający może wprowadzić reguły porozumiewania się – zgodnie z art. 27 pzp – faksem lub drogą elektroniczną. W ocenie Zamawiającego przepis ten nie stanowi regulacji szczególnej, która wyłączałaby zasady dotyczące formy składanych dokumentów przewidziane w rozporządzeniu, gdyż obie regulacje dotyczą innych kwestii. Pierwsza – oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji, które wiążą się ze sposobem komunikowania się w postępowaniu, druga zaś – składania dokumentów w ramach oferty lub jej uzupełnienia. Skoro w odniesieniu do oferty i składających się na nią dokumentów ustawodawca nałożył obowiązek w zakresie ich formy, ta sama reguła odnosi się do uzupełnianych dokumentów. Zamawiający podniósł również, że żaden z przepisów ustawy pzp nie wskazuje na to, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 pzp można zakwalifikować do udzielania informacji lub wyjaśnień, o których mowa w art. 27 pzp. Zamawiający podsumował, że z tych względów uzupełniony dokument należało złożyć bądź w oryginale bądź kopii potwierdzonej za zgodność przez wykonawcę.

Zamawiający przywołał także następujące orzecznictwo wskazujące na to, że faks nie jest oryginałem, ani kopią potwierdzoną za zgodność z oryginałem, nie stanowi także formy pisemnej. Po pierwsze wyrok Izby z 14 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1236/08). Po drugie uchwałę Sądu Najwyższego z 2 października 2002 r. (sygn. akt III PZP 17/02), w której wskazano, że *przesłanie faksem (telefaksem) dokumentu zawierającego oświadczenie woli, na którym był złożony własnoręczny podpis, nie spełnia warunku podpisu własnoręcznego*. Wreszcie uchwałę z 20 grudnia 2006 r. (sygn. akt I KZP 29/06), w której Sąd Najwyższy stwierdził, że *podpis własnoręczny na piśmie procesowym nie może być zastąpiony nie tylko podpisem sporządzonym na maszynie (jak np. w wypadku sporządzenia dokumentu techniką komputerową czy też nadania go telegramem), ale też żadnym innym podpisem mechanicznym, np. faksymile, bądź kserograficzną odbitką własnego podpisu*. Trzeba bowiem podkreślić, w kontekście wątpliwości wyrażonych w pytaniu prawnym, że *nawet najwierniejsze, a wręcz idealne odwzorowanie podpisu za pomocą pieczęci, kliszy*

6

Sygn. akt KIO 2766/12

fotograficznej, czy też metodą kserografii (elektrofotograficzną) nie zmienia faktu, że taki podpis stanowi kopię podpisu oryginalnego, co powoduje, iż nie da się stwierdzić, czy jest podpisem niezaprzeczalnie własnoręcznym, a więc takim, który pochodzi od osoby

składającej pismo procesowe, i takim, który rzeczywiście został złożony przez tę osobę w piśmie procesowym zgodnie z jej wolą.

W ocenie Zamawiającego naruszyłby zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, gdyby nie odrzucił oferty Odwołującego. W identycznej sytuacji inni wykonawcy w wyznaczonym terminie dostarczyli do siedziby Zamawiającego wymagane dokumenty przedmiotowe w wymaganej formie.

19 grudnia 2012 r. Zamawiający poinformował, że kopię odwołania przesłał 14 grudnia 2012 r. do wykonawców, którzy złożyli oferty na część III, VII oraz VIII zamówienia. 17 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo z 15 grudnia 2012 r. zawierające zgłoszenie przez Kancelarię Consultingową „Espai” D..... S..... z Kudowy-Zdroju przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie, we właściwej formie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia tego Wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i przy braku w tym zakresie odmiennych wniosków na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której podtrzymane zostały dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego – zawarte odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonym na rozprawie piśmnie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

7

Sygn. akt KIO 2766/12

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z najniższą ceną – stanowiącą jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej – w częściach III, VII oraz VIII zamówienia. Jednocześnie odrzucenie oferty Odwołującego naraża go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć. Ponieważ Odwołujący sam wskazał w odwołaniu na swój interes w uzyskaniu zamówienia jedynie w zakresie tych trzech części, Izba nie badała, czy ma on legitymację do wniesienia odwołania w zakresie pozostałych części, na które również złożył ofertę.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, wezwania do uzupełnienia dokumentów, odpowiedzi na to wezwanie Odwołującego, a także z protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia

faktyczne oraz zarzuty podniesione w odwołaniu i podlegające rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Zamawiający był uprawniony do stwierdzenia, że Odwołujący nie uzupełnił w określonym terminie opisanego w s.i.w.z. dokumentu na potwierdzenie wymagań Zamawiającego, a w konsekwencji do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Zgodnie z zawartym w rozdziale XII s.i.w.z. *Informacja o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami* ust. 4 – oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawca przekazują pisemnie lub faksem lub drogą elektroniczną. Przywołane postanowienie s.i.w.z. stanowi wyraz skorzystania przez

8

Sygn. akt KIO 2766/12

Zamawiającego z przyznanego na mocy art. 27 ust. 1 pzp uprawnienia do wyboru obowiązującej w prowadzonym postępowaniu formy komunikowania. Zamawiający dopuścił zatem – w maksymalnym możliwym według tego przepisu zakresie – ograniczenia zasady pisemności, gdyż na równi z formą pisemną, dopuścił przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji faksem lub drogą elektroniczną. Co do zasady zatem nadawca oświadczenia, wniosku, zawiadomienia lub informacji miał wolny wybór, w jaki sposób prześle je adresatowi. W praktyce, z uwagi na szybkość przekazu, istotne znaczenie ma możliwość komunikacji faksem i drogą elektroniczną. Izba zważyła jednak, że dopuszczenie przez Zamawiającego innego niż pisemny sposobu porozumiewania się, nie może uchylić naczelnej zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie pzp, z zachowaniem formy pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp). Zasada ta znalazła uszczegółowienie między innymi w rozporządzeniu wydanym na podstawie delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy pzp, upoważniającej Prezesa Rady Ministrów do określenia w drodze rozporządzenia rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający, oraz formy, w jakiej dokumenty te mogą być składane, między innymi z uwzględnieniem, że potwierdzeniem odpowiadania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymaganiom określonym przez zamawiającego, może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a także mając na uwadze, że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielenie zamówień również drogą elektroniczną. Na tej podstawie w § 6 ust. 1 aktualnie obowiązującego rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów (pełna nazwa i miejsce publikacji zostało przywołane powyżej za odpowiedzią na odwołanie) uregulowano, że dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, natomiast w przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W przedmiotowej sprawie istotą sporu jest, czy dopuszczenie przez Zamawiającego przekazywania drogą faksową lub elektroniczną oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji, dotyczy również tzw. pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Powyższe wymaganie zostało opisane w treści zamieszczonego w załączniku B do s.i.w.z. wzoru pn. *Opis obiektu hotelarskiego*, który to opis należało odrębnie wypełnić dla każdej części zamówienia objętej ofertą i dla każdego obiektu hotelarskiego. Trzeci wiersz tabeli wzoru opisu dotyczy parametru nazwanego *Podstawa dysponowania pokojami*, w drugiej kolumnie należało zakreślić opcję *Własne* albo opcję

9

Sygn. akt KIO 2766/12

udostępnione, z tym, że przy tej drugiej opcji zamieszczono dodatkowo następujący dopisek: *w załączeniu – pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu*

zamówienia. Jest to specyficzne żądanie Zamawiającego, gdyż jego literalne brzmienie sugeruje *prima facie*, że jest to opis sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym z art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp – w przypadku polegania przez wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego na zasadzie art. 26 ust. 2b pzp. Jednakże z treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i z postanowień s.i.w.z. poświęconych warunkom udziału w postępowaniu (rozdział VI), opisowi sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków (rozdział VII) oraz wymaganym oświadczeniom oraz dokumentom potwierdzającym spełnienie przez wykonawcę tych warunków (rozdział VIII) – wynika, że Zamawiający nie sprecyzował w tym zakresie szczegółowego warunku i miał oceniać jego spełnianie wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawcy. Natomiast w rozdziale IX dotyczącym sposobu przygotowania oferty, w ust. 3 wskazano, że oferta musi zawierać poza dokumentami opisanymi w rozdziale VIII (pkt 4) – również *wypełniony Opis obiektów hotelarskich (dla każdej z Części oddzielnie), którego wzór jest umieszczony w Załączniku nr B do SIWZ* (pkt 6). Ponadto odrębnie w następnym punkcie Zamawiający sprecyzował, że *jeżeli Wykonawca zamierza skorzystać z usług podwykonawców przy realizacji przedmiotowego zamówienia, obowiązany jest wskazać w ofercie część zamówienia, której wykonanie zleci podwykonawcom – o ile dotyczy*.

W ocenie Izby Odwołujący bezpodstawnie usiłuje wywieść z faktu zatytułowania dokumentów załączonych do oferty jako *Oświadczenie podwykonawcy*, że nie są to dokumenty, do których znajduje zastosowanie przywołany powyżej § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Tymczasem charakter tego dokumentu należy oceniać nie według nazwy nadanej przez Odwołującego, lecz na podstawie ich treści, z uwzględnieniem faktu, że stanowi ona odzwierciedlenie określonego żądania Zamawiającego zawartego w s.i.w.z. Na podstawie przywołanych powyżej postanowień s.i.w.z. nie ma wątpliwości, że sporządzany przez wykonawców opis obiektu lub obiektów hotelarskich stanowi treść oferty w zakresie danej części zamówienia, czyli konkretyzację zobowiązania wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego. W szczególności należało w tym opisie wyszczególnić nazwę i adres obiektu hotelarskiego, w którym wykonawca dysponuje pokojami przeznaczonymi do realizacji zamówienia. Wykonawca zobowiązywał się w ten sposób do realizacji zamówienia we wskazanej przez siebie placówce, gdyż zgodnie z § 3 ust. 3 umowy Zamawiający dopuścił jedynie w uzasadnionych przypadkach na etapie wykonywania zamówienia możliwość wyrażenia zgody na jej zmianę, pod warunkiem, że zastępczy obiekt

Sygn. akt KIO 2766/12

będzie spełniał wszystkie wymagania opisu przedmiotu zamówienia. Istotne dla sprawy jest jednak zażądanie dodatkowo od wykonawcy, który nie zaoferował realizacji we własnych pokojach, opisanego powyżej odrębnego pisemnego zobowiązania właścicieli tych pokoi, potwierdzającego fakt ich udostępnienia wykonawcy na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Izba zważyła, że na tym etapie postępowania nie podlega ocenie Izby zasadność czy celowość zażądania przez Zamawiającego takiego specyficznego zobowiązania podmiotów trzecich, gdyż postanowienia s.i.w.z. w tym zakresie nie zostały zaskarżone, a zatem stały się wiążące zarówno dla Zamawiającego, jak i wykonawców. Ponadto Odwołujący nie twierdził, że nie miał obowiązku załączyć do oferty takich zobowiązań. Wręcz przeciwnie najwyraźniej uznawał ten dokument za istotny dla oceny oferty, skoro dążył do ich uzupełnienia jedynie w zakresie pięciu części zamówienia, choć złożył ofertę na wszystkie części. Odwołujący wskazał na rozprawie, że w pozostałym zakresie nie był już zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia. W przeciwieństwie do zamkniętego katalogu dokumentów, które zamawiający może zażądać na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania – takiego charakteru nie ma lista pięciu rodzajów dokumentów wymienionych w § 5 ust. 1, które w szczególności można zażądać w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego (tzw. dokumenty przedmiotowe). W tych okolicznościach brak podstaw do uznania, że zażądane zobowiązanie nie stanowi takiego dokumentu w rozumieniu rozporządzenia w sprawie dokumentów. Ponadto należy zauważyć, że gdyby zobowiązanie to miało charakter dokumentu opisanego w art. 26 ust. 2b

pzp, to z mocy tego przepisu należałoby je złożyć wyłącznie w formie pisemnej. Wbrew tytułowi dokumentów przygotowanych przez Odwołującego do podpisu przez podmioty udostępniające mu pokoje hotelowe objęte treścią oferty, nie są to oświadczenia o części zamówienia powierzonej podwykonawcy. Dokumenty podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji podmiotów trzecich stanowią zobowiązania tych podmiotów trzecich względem wykonawcy. Natomiast wskazanie przez wykonawcę zakresu zamówienia, który zamierza powierzyć podwykonawcy – jest oświadczeniem woli wykonawcy wchodzącym w zakres treści oferty odnośnie sposobu wykonania zamówienia. Izba zważyła, że Odwołujący nie złożył takiego oświadczenia odnośnie żadnej z części zamówienia, pomimo zawarcia przez Zamawiającego w odrębnym postanowieniu s.i.w.z. żądania wskazania przez wykonawcę części zamówienia, która będzie wykonywana przez podwykonawcę, jeżeli taka sytuacja ma mieć miejsce. Należy zatem przyjąć, że Odwołujący zobowiązał się do wykonania zamówienia samodzielnie, z wykorzystaniem w tym celu pokoi należących do innych podmiotów.

11

Sygn. akt KIO 2766/12

Izba zważyła, że Odwołujący nie kwestionował także zasadności wezwania go przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Przepis ten, nie licząc pełnomocnictw, dotyczy wyłącznie uzupełniania dokumentów składanych w postępowaniu oraz tzw. dokumentów na potwierdzenie warunków udziału przedmiotowych, potwierdzających, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Zamawiający wskazał w treści wezwania na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, wyraźnie odnosząc ten ostatni przepis do opisanego następnie szczegółowo dokumentu. W ocenie Izby instytucja uzupełnienia dokumentów ma charakter wyjątku od zasady, że wszystkie zażądane przez Zamawiającego dokumenty, o odpowiedniej treści i we właściwej formie, powinny zostać załączone do oferty złożonej przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący załączył co prawda do oferty dokumenty zobowiązań dla każdej z 9 części zamówienia, które potwierdził nawet za zgodność z oryginałem, jednak na dokumentach tych nie było podpisu ze strony podmiotów udostępniających. Należy zauważyć, że również w sytuacji odwrotnej, tzn. gdyby złożono kopie dokumentów zawierających podpisy, lecz bez potwierdzenia za zgodność z oryginałem, Zamawiający miałby obowiązek wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający precyzyjnie opisał stwierdzony w dokumentach brak podpisów, określając Odwołującemu konkretny termin i miejsce ich dostarczenia, nie wprowadzając także zasady, że dla zachowania terminu można wpierv przesłać dokumenty faksem lub elektronicznie, a następnie niezwłocznie przesłać je we właściwej formie. W tych okolicznościach Odwołujący nie powinien mieć wątpliwości, że przedmiotem wezwania było doręczenia uzupełnionych dokumentów we właściwej formie do upływu tego dodatkowego terminu w stosunku do terminu składania ofert. Natomiast Odwołujący poinformował w drodze elektronicznej przed upływem tego terminu Zamawiającego o wysłaniu oryginałów dokumentów pocztą, załączając dodatkowo kopie tych dokumentów w postaci skanów. Odwołujący skutecznie zatem przekazał Zamawiającemu informację o fakcie wysłania dokumentów, korzystając w tym zakresie z dopuszczonej w s.i.w.z. formy przekazywania informacji zwykłą drogą elektroniczną. Natomiast załączone do wiadomości e-mail dokumenty nie zostały załączone we właściwej formie, wynikającej wprost z rozporządzenia w sprawie dokumentów, w szczególności nie były to elektroniczne dokumenty opatrzone przez Odwołującego bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Ponadto w rzeczywistości okazało się, że wbrew przekazanej Zamawiającemu drogą elektroniczną informacji, Odwołujący nie wysłał do upływu terminu oryginałów dokumentów. Dokumenty w formie kopii potwierdzonej przez Odwołującego za zgodność z oryginałem zostały wysłane dopiero kilka dni później. Nie wiadomo zatem, czy przed upływem terminu wynikającego z wezwania Odwołujący w ogóle

12

Sygn. akt KIO 2766/12

disponował czymś więcej niż skanami zobowiązań przesłanymi mu przez podmioty

udostępniające pokoje hotelowe.

Odwołujący bezpodstawnie zarzuca Zamawiającemu prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Poza ogólnikowym stwierdzeniem, że miałyby się to przejawiać w stworzeniu sytuacji, w której wykonawcy mają dłuższy termin na uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp – w odwołaniu brak sprecyzowania tego zarzutu. Odwołujący nie skonkretyzował, który z wykonawców został potraktowany przez Zamawiającego na innych, preferencyjnych zasadach. Niesporne przy tym było, że wszyscy pozostali wykonawcy wezwani do uzupełnienia dokumentów, złożyli je w właściwej formie do upływu wyznaczonego im terminu. Izba wskazuje, że odmiennie niż ma to miejsce w przypadku terminu składania ofert, termin na uzupełnienie dokumentów jest wyznaczany przez Zamawiającego odrębnie dla poszczególnych wykonawców. Zakreślony termin powinien być adekwatny do okoliczności, to jest uwzględniać realną możliwość przekazania uzupełnionych dokumentów przez wezwanego wykonawcę. Ma na to wpływ nie tylko odległość siedziby wykonawcy, ale przede wszystkim rodzaj dokumentu i charakter braku podlegających uzupełnieniu. W toku rozprawy okazało się, że z tego punktu widzenia Odwołujący znalazł się w lepszej sytuacji niż Przystępujący. Wykonawca ten w takim samym terminie zdołał uzupełnić w formie pisemnej brakujące w ofercie zobowiązania, działając ze swojej siedziby w Kudowie-Zdroju, oddalonej znacznie bardziej od Warszawy niż siedziba Odwołującego znajdująca się pod Bydgoszczą. Odwołujący nie zakwestionował również wyznaczonego mu terminu jako zbyt krótkiego na doręczenie dokumentów w wymaganej formie. Tymczasem biorąc pod uwagę załączenie do oferty kompletu 9 dokumentów potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Odwołującego, uzasadnione było przyjęcie przez Zamawiającego założenia, że Odwołujący rzeczywiście dysponuje zobowiązaniami podpisanymi przez podmioty trzecie dla każdej części zamówienia. Odwołujący nie wskazał również na żadne okoliczności, które uniemożliwiały mu choćby wysłanie dokumentów pocztą przed upływem terminu na ich uzupełnienie. Tymczasem kiedy Odwołujący zdecydował się już wysłać dokumenty pocztą, następnego dnia dotarły one do Zamawiającego. Skoro możliwe było doręczenie tych dokumentów z dnia na dzień do siedziby Zamawiającego, nie sposób uznać, że niemal pełne 4 dni, które upłynęły pomiędzy wysłaniem wezwania w poniedziałek o godz. 15:14 a godz. 14:00 w piątek, stanowiło zbyt krótki termin na uzupełnienie dokumentów w wymagany sposób. Z kolei podnoszony również w odwołaniu brak korzystania przez Zamawiającego z pisemnej formy komunikacji, nie stanowi dowodu nierównego traktowania Odwołującego, skoro Zamawiający w ten sam sposób porozumiewał się ze wszystkimi pozostałymi wykonawcami. Oczywiście, wbrew temu

Sygn. akt KIO 2766/12

co stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, samo zawiadomienie o wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, mogło na zasadzie art. 27 ust. 1 pzp w zw. z postanowieniami rozdziału XII s.i.w.z. zostać przekazane faksem lub drogą elektroniczną. Nie oznacza to, że na takich samych zasadach dopuszczalne było przekazanie uzupełnionych dokumentów, gdyż stoi temu na przeszkodzie przywołana powyżej odrębna regulacja formy składanych dokumentów. Należy zauważyć, że uznanie dokumentu podlegającego uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp za podlegający równocześnie dyspozycji art. 27 ust. 1 pzp, prowadziłoby do paradoksalnego wniosku, że uzupełniony dokument nie musi być w ogóle złożony w formie przewidzianej rozporządzeniem w sprawie dokumentów. Art. 27 ust. 2 pzp w sytuacji przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji faksem lub drogą elektroniczną, nie przewiduje obowiązku ich niezwłocznego przesłania w formie pisemnej, lecz jedynie możliwość żądania potwierdzenia faktu otrzymania faksu lub wiadomości elektronicznej.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: