

Sygn. akt: KIO/UZP 675/09

WYROK
z dnia 8 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Stanisław Sadowy
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: KARMAR S.A.(lider), Bouygues Batiment International S.A., VCES a.s., Bouygues Batiment Ile-de-France S.A., Pertuy Construction S.A., adres lidera konsorcjum ul. Taborowa 16, 02-669 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Wrocław, 51-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8 reprezentowaną przez: Wratislavia Cantans (Pasaż pod Błękitnym Słońcem), ul. Rynek 7, 50-106 Wrocław** protestu z dnia 8 maja 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę wniosków z uwzględnieniem wniosku Odwołującego wraz z dokumentami uzupełnionym w wyniku wezwania z dnia 25.03.2009 r.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Wrocław, 51-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8 reprezentowaną przez: Wratislavia Cantans (Pasaż pod Błękitnym Słońcem), ul. Rynek 7, 50-106 Wrocław**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: KARMAR S.A. (lider), Bouygues Batiment International S.A., VCES a.s., Bouygues Batiment Ile-de-France S.A., Pertuy Construction S.A., adres lidera konsorcjum ul. Taborowa 16, 02-669 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Wrocław, 51-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8 reprezentowaną przez: Wratislavia Cantans (Pasaż pod Błękitnym Słońcem), ul. Rynek 7, 50-106 Wrocław** na rzecz **Konsorcjum: KARMAR S.A. (lider), Bouygues Batiment International S.A., VCES a.s., Bouygues Batiment Ile-de-France S.A., Pertuy Construction S.A., adres lidera konsorcjum ul. Taborowa 16, 02-669 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: KARMAR S.A. (lider), Bouygues Batiment International S.A., VCES a.s., Bouygues Batiment Ile-de-France S.A., Pertuy Construction S.A., adres lidera konsorcjum ul. Taborowa 16, 02-669 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na roboty budowlane w ramach zadania: „*Budowa Narodowego Forum Muzyki we Wrocławiu*”, nr ZP/PO/254/2008/OT, zostało wszczęte przez Gminę Wrocław, ul. Plac Nowy Targ 1/8, 51-141 Wrocław reprezentowana przez: Wratislavia Cantans (Pasaż pod Błękitnym Słońcem), ul. Rynek 7, 50-106 Wrocław zwanego dalej: „*Zamawiającym*”,

ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 241-320604 w dniu 11.12.2008 r.

Zamawiający pismem z dnia 25.03.2009 r., przesłanym drogą faksową w dniu 26.03.2009 r., wezwał Konsorcjum Firm: 1- Karmar S. A. (lider), ul. Taborowa 16, 02-699 Warszawa – Lider konsorcjum; 2. Bouygues Batiment International S.A. Avenue Eugene Freyssinet 1, Guyancourt 78280 Francja – partner; 3. VCES a. s., Na Harfe 337/3, Praha 9 Republika Czeska – partner; 4. Bouygues Batiment lie-de-France S.A. Guyancourt przy Avenue Eugene Freyssinet, 78061 Saint-Quentin-en-Yvelines Cedex, Francja – partner; 5. Pertuy Construction S.A. Nancy L'Arc 20, Rue Biaise Pascal 54320 Maxville, Francja – partner, zwanego dalej: „Konsorcjum Karmar” albo „Protestującym” albo „Odwołującym” do uzupełnienia na zasadzie art. 24 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: „Pzp” jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu poprzez przedłożenie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp uzupełnionych pełnomocnictw i innych dokumentów potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub złożenie odpowiednich wyjaśnień. W przedmiotowym piśmie Zamawiający wskazał, że żądane dokumenty należy przedłożyć pod adresem: Rynek 7, 50 106 Wrocław, Wroclaw Cantans (Pasaż pod Błękitnym Słońcem) do dnia 08.04.2009 r. do godz. 16.00.

Dnia 08.04.2009 r. odpowiadając na wezwanie, Konsorcjum Karmar przekazało Zamawiającemu żądane dokumenty wraz z pismem przewodnim i wyjaśnieniami, przesyłając je na podany w ogłoszeniu numer faksu. Jednocześnie przedmiotowe dokumenty zostały nadane do Zamawiającego listem poleconym. W tym samym dniu Zamawiający drogą faksową potwierdził, że otrzymał przesłane mu dokumenty, tj. o godzinie 15:05 (według stanowiska Zamawiającego o godz. 15:42) przesłał potwierdzające odbiór pismo, przy czym na piśmie tym znalazła się pieczętka Wroclaw Cantans z datą i numerem wpływu pisma Protestującego wraz z odręczną adnotacją Pani Agaty M., iż: „wpłynęło 6+59 stron”. Dokumenty przesłane pocztą Zamawiający odebrał dnia 14.04.2009 r., co zostało potwierdzone na potwierdzeniu odbioru listu poleconego Poczty Polskiej.

Pismem z dnia 29.04.2009 r., które Konsorcjum Karmar otrzymało w tym dniu faksem, zaś dnia 04.05.2009 r. listem poleconym, Zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania wskazanego konsorcjum, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 27 ust. 1 Pzp uznając, iż oryginały dokumentów przedłożonych przez Protestującego w wykonaniu wezwania z dnia 25.03.2009 r. Zamawiający otrzymał dopiero w dniu 10.04.2009 r., a więc po terminie wskazanym w wezwaniu. Tym samym Zamawiający nie uznał za skuteczne doręczenia przedmiotowych dokumentów faksem dnia 08.04.2009 r. Zamawiający podniósł, że ani w wezwaniu do uzupełnienia, ani w ogłoszeniu o zamówieniu

nie wskazano, że jest możliwe składanie dokumentów w formie faxu. Zatem jedyną dopuszczalną formą w jakiej dopuszczalne było przedstawienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu była forma pisemna. Wyjaśnił, że zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 9 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się w formie pisemnej. Z kolei art. 27 ust.1 Pzp stanowi, że: „w postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną”. § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich to dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605 z późn. zm.), stanowi natomiast, że dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonych przez wykonawcę.

W dniu 08.05.2009 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 Pzp Konsorcjum Karmar złożyło protest na czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Konsorcjum z udziału w postępowaniu, o czym Protestujący został zawiadomiony pismem przesłanym faksem w dniu 29.04.2009 r.

Zaskarżonej czynności zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. art. 27 ust. 1 Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż Protestujący nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu, pomimo iż dokumenty te zostały przesłane Zamawiającemu faksem w dniu 08.04.2009 r., co jednocześnie stanowi naruszenie art. 7 Pzp.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnosił o:

- 1) uchylenie zaskarżonej czynności Zamawiającego i
- 2) zaproszenie Protestującego do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu.

Wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. art. 27 ust. 1 Pzp interes prawny Protestującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego może być bowiem pozbawienie Protestującego możliwości realizacji przedmiotu zamówienia. Protestujący złożył wniosek o dopuszczenie go do udziału w postępowaniu sporządzony w sposób w prawidłowy oraz zgodny z ogłoszeniem. Wykluczenie Protestującego uniemożliwi mu zaś złożenie oferty w niniejszym postępowaniu.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego wskazał, iż w ogłoszeniu o zamówieniu, w punkcie I.1) „Nazwa, adresy i punkty kontaktowe”, Zamawiający wskazał nie tylko na swój adres pocztowy punktu kontaktowego, ale i numery jego telefonów, faksu

i adres internetowy osoby do kontaktów. W związku z powyższym Protestujący przyjął, iż Zamawiający dopuścił możliwość kontaktowania się z wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu drogą faksową. Stanowisko to potwierdziły również dalsze czynności podejmowane przez Zamawiającego, zwłaszcza zaś fakt, iż wezwanie do przedłożenia dodatkowych dokumentów oraz informację o jego wykluczeniu Protestujący otrzymał również drogą faksową.

Za przyjęciem przez Protestującego za dopuszczalny sposób komunikowania się z Zamawiającym drogą faksową przemawiało również orzecznictwo sądów arbitrażowych, które stoi na stanowisku, iż przyjęty przez Zamawiającego sposób komunikowania się jest wiążący nie tylko dla wykonawców, ale i dla samego Zamawiającego.

Nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż niedopuszczalność przesłania spornych dokumentów za pomocą faksu wynikała z faktu, że: *„ani w wezwaniu do uzupełnienia, ani w ogłoszeniu o zamówieniu nie wskazano, że możliwe jest składanie dokumentów w formie faksu”*. Przypomniał, że art. 27 ust. 1 Pzp stanowi, iż w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Wprawdzie dokonanie przez Zamawiającego wyboru, o którym mowa, winno co do zasady być dokonane w sposób jednoznaczny, jednakże należy przypomnieć, iż zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem sądów arbitrażowych nieprecyzyjne zapisy SIWZ (odpowiednio ogłoszenia) nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu. Wyrok z dnia 30.10.2008r., sygn. akt: KIO/UZP 1113/08: *„niefortunne”, „niespójne”, czy też „nieprawidłowe” sformułowanie zamawiającego użyte w SIWZ nie może wywierać negatywnych skutków prawnych wobec wykonawców”*.

Oświadczenie Zamawiającego zawarte w ogłoszeniu, na zasadzie art. 14 Pzp w zw. z art. 65 k.c., podlega wykładni na takich samych zasadach, jak każde inne oświadczenie woli. Przywołany przepis art. 65 § 1 k.c. stanowi zaś jednoznacznie, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W niniejszej sprawie zasady współżycia społecznego, zwłaszcza zaś zasada słuszności, przemawia za uznaniem, iż Zamawiający dopuścił możliwość kontaktowania się z wykonawcami drogą faksową, a co za tym idzie za skuteczne uznać należy doręczenie przez Protestującego żądanych dokumentów drogą faksową.

Przy dokonywaniu wykładni przepisu art. 27 ust. 1 Pzp dla potrzeb niniejszej sprawy nie bez znaczenia jest również brzmienie art. 27 ust. 5 Pzp, który stanowi, iż: *„informacja o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może być przekazana telefonicznie przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału*

w postępowaniu. Wniosek uważa się za złożony w terminie, jeżeli przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został on wysłany w formie pisemnej i zamawiający otrzymał go nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu składania wniosków". Skoro ustawodawca za skuteczne złożenie wniosku o dopuszczenie do postępowania uważa nadanie go listem poleconym w ostatnim dniu terminu przy jednoczesnym przekazaniu Zamawiającemu informacji o złożeniu tego wniosku telefonicznie, nie ma przeszkód, aby na zasadzie *wykładni logicznej - argumentum a major ad minus* - uznać, że w identyczny sposób wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może zostać przez wykonawcę uzupełniony.

W niniejszej sprawie istotne jest i to, że sam Zamawiający przyznał, iż dokumenty przekazane drogą faksu dotarły do niego w ustalonym terminie. Okoliczność ta została bowiem niezwłocznie potwierdzona przez Zamawiającego na piśmie. Taka sytuacja jest powszechnie uznawana jako skuteczne złożenie oświadczenia woli i to w chwili doręczenia faksu. Rozwiązanie to jest zgodne z art. 61 § 1 k.c. oraz art. 73 § 1 k.c. (Pieróg J., „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” Warszawa 2009 oraz np. wyrok z dnia 27.02. 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 166/09).

Podkreślił, iż przyjęta przez Zamawiającego interpretacja art. 27 ust. 1 Pzp narusza również zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu. Powoduje ona bowiem nieuzasadnione zróżnicowanie sytuacji wykonawców w zależności od miejsca ich siedziby. Mianowicie podmioty mające siedzibę w pobliżu Zamawiającego mają większą możliwość komunikowania się z Zamawiającym, a co za tym idzie i dłuższy termin na uzupełnienie oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W dniu 11.05.2009 r. faxem i pisemnie, Protestujący w uzupełnieniu stanowiska wyrażonego w proteście złożonym w dniu 08.05.2009 r. podniósł, nie wnosząc nowych zarzutów, ani żądań, iż Zamawiający mógł i powinien doręczyć Zamawiającemu drogą faksową w dniu 08.04.2009 r. wyjaśnienia i uzupełnienia ocenić w kontekście spełniania przez Protestującego warunków udziału w postępowaniu. Przyjęcie przez Zamawiającego, iż w takim stanie faktycznym Protestujący w ogóle nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków sprzeciwia się przepisom i zasadom Pzp.

Pzp wskazuje generalnie na obowiązek prowadzenia postępowania w formie pisemnej, co służy realizacji zasady jawności postępowania i zachowaniu jego przejrzystości. Jednakże art. 27 Pzp, na co wskazano w proteście, 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 obecnie możliwe w przypadku jedynie kilku czynności w postępowaniu - złożenia oferty,

zawarcia umowy, sporządzania protokołu postępowania oraz zwracania się o wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z nim - przekazywanie oświadczeń, wniosków i zawiadomień składanych przez obydwie strony może odbywać się, zgodnie z wyborem zamawiającego, w formie pisemnej, jak również faksem i drogą elektroniczną. W przypadku zaś przekazywania informacji lub dokumentów zawierających oświadczenia i wnioski za pomocą faksu lub drogą elektroniczną, każda ze stron - na żądanie przekazującego informacje lub dokumenty - jest obowiązana do niezwłocznego potwierdzenia drugiej stronie faktu ich otrzymania w formie przyjętej dla danego postępowania. Wybór sposobu porozumiewania się wpływa w istotnym stopniu na przebieg postępowania. Ponieważ Pzp w wielu przepisach uzależnia terminy na podjęcie określonych czynności od przekazania informacji, zawiadomienia, niezmiernie ważna jest pewność obydwu stron co do skutecznego przekazania oświadczenia, czy wniosku.

W ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu Zamawiający nie dokonał wprost wyboru formy porozumiewania się pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Zamawiający wskazał jednakże w ogłoszeniu swój adres e-mail i numer faksu. Przede wszystkim zaś Zamawiający porozumiewał się z wykonawcami drogą faksową.

Na tej zasadzie, w ocenie Protestującego, Zamawiający skutecznie dopuścił porozumiewanie się drogą faksową. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w innych czynnościach Zamawiającego:

- (a) Zamawiający liczy terminy od otrzymania pisma drogą faksową,
- (b) Zamawiający potwierdził faksem otrzymanie faksem w dniu 08.04.2009 r., przedmiotowych wyjaśnień Protestującego do wniosku. Zamawiający zachował się zatem zgodnie z wymogiem z art. 27 ust. 2 Pzp (Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania).

Protestujący wskazuje stanowisko doktryny: G. Wicik, P. Wiśniewski (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2007) wskazują, że Zamawiający wskazując adres do korespondencji, numer faksu, adres poczty elektronicznej de facto dokonuje wyboru sposobu przekazywania wiadomości. Za J. Pierogiem (*Faksem, e-mailem czy na piśmie*, Rzeczpospolita z dnia 13 czerwca 2006 r., Dobra Firma, s. 5) podać można nadto, że jeżeli Zamawiający w ogóle nie określi, jaką formę przyjmuje w danym postępowaniu, dopuszczalne będą wszystkie trzy sposoby komunikowania się, o jakich mowa w art. 27 ust. 1 Pzp.

Z kolei postanowienie Zespołu Arbitrów z dnia 16.04.2007r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-389/07), stwierdza się, że *dopuszczenie możliwości przesyłania korespondencji faksem*

dotyczy przesyłania korespondencji w obie strony. Wynika to ze sformułowania „pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą” oraz z równego traktowania stron. Powyższy wyrok opiera się na jednej z naczelných zasad postępowania o zamówienie publiczne wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 Pzp, który zabrania zamawiającego w jakikolwiek sposób dyskryminować wykonawców. Stanowisko takie podziela także G. Wicik, P. Wiśniewski (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2007): „Na tle komentowanego przepisu należy postawić pytanie, czy zamawiający może wskazać, że wiadomości przekazywane do niego (a zatem przez niego otrzymywane) mogą być przekazywane przez wykonawców wyłącznie pisemnie, on zaś może przekazywać wiadomości wykonawcom drogą elektroniczną ?..... W ocenie autora, co prawda, dopuszczalne jest łączenie środków komunikacji, niemniej jednak nie może ona zaburzać równości stron stosunku cywilnoprawnego, jakim jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Takie działanie zamawiającego stawiające go niewątpliwie w uprzywilejowanej pozycji względem wykonawców, byłoby przejawem zaburzenia tej równowagi. Zasada wyrażona w art. 7 ust. 1 PZP,...., odnosi się również do równości pomiędzy zamawiającym i wykonawcami”.

Nie może zatem w niniejszej sprawie Zamawiający odmawiać wykonawcom możliwości przesyłania mu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji drogą faksową, jeżeli sam porozumiewa się z wykonawcami drogą faksową. Podkreślić trzeba (za H. Strzelczyk, B. Chojecka, *Zamówienia na roboty budowlane. Poradnik, UZP Warszawa 2004*), że celem Pzp jest ochrona wykonawców jako podmiotów słabszych. Ochrona praw wykonawców jest traktowana jako środek do osiągnięcia celu - racjonalne, efektywne gospodarowanie środkami publicznymi oraz przeciwdziałanie korupcji. Powyższe nabiera szczególnego znaczenia w świetle powszechnie znanego powolnego działania Poczty Polskiej.

Reasumując stwierdził, iż w przedmiotowym postępowaniu dopuszczalne jest porozumiewanie się wykonawców z Zamawiającym także drogą faksową. Na tej zasadzie, zgodnie z art. 27 ust. 2 Pzp w związku z art. 61 k.c. przyjmuje się, że przekazane dokumenty, informacje, oświadczenia zostały złożone w terminie (w tym przypadku zakreślonym przez Zamawiającego), jeżeli ich treść dotarła do Zamawiającego w tym terminie i została niezwłocznie potwierdzona na piśmie.

Regulacje komentowanego artykułu znajdują zastosowanie do wszelkich oświadczeń, zawiadomień i informacji przekazywanych w toku postępowania, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Przepisem szczególnym jest art. 82 ust. 2, w którym wyraźnie wskazano, że ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej, więc nie znajdują do niej zastosowania rozwiązania przewidziane art. 27 Pzp. Podobnie przepisem szczególnym stanowiącym o konieczności zachowania formy pisemnej jest regulacja art. 90 ust. 1 Pzp, która dotyczy czynności wyjaśniania rażąco niskiej ceny.

Ograniczeń takich nie ma w odniesieniu do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a także w odniesieniu do uzupełnienia czy wyjaśnienia wniosków w trybie art. 26 Pzp. Przewidziano także możliwość szczególnego sposobu porozumiewania się w odniesieniu do czynności złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 27 ust. 5 Pzp. Jeżeli zatem ustawodawca wprowadził domniemanie dotrzymania terminu składania wniosków, jeżeli wniosek wysłany w formie pisemnej dotrze do zamawiającego w terminie 7 dni od upływu terminu składania wniosków, to reguła taka może mieć zastosowanie (*per analogiam* i w ramach wnioskowania *argumentum a moiori ad minus*), wbrew stanowisku Zamawiającego, także w odniesieniu do uzupełnienia wniosków w trybie art. 26 Pzp. Odmienna wykładnia byłaby sprzeczna z *ratio legis* rozpatrywanych przepisów.

Przepis art. 26 ust. 3 PZP zobowiązuje zamawiającego do żądania od wykonawców wszystkich tych dokumentów, które pozwolą na zweryfikowanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty przedstawione przez wykonawców w wyniku wezwania ich do uzupełnienia powinny potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Z przedłożonych dokumentów, w tym dokumentów uzupełnianych, winno wynikać, że wykonawca zdolny jest do wykonania zamówienia w dniu wyznaczonym przez Zamawiającego jako termin na ich uzupełnienie. Wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie spełniają sprecyzowanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu oraz wykonawcy, którzy nie przedstawili wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków. Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie zachodzi. Zamawiający jest w posiadaniu owych dokumentów, wyjaśnień, traktuje je jednak jako nieistniejące z powołaniem się na przepis § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 07 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. Nr 71, poz. 645). Przepis § 4 Rozporządzenia stanowi wprawdzie, że dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału muszą być składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, ale przepis ten nie może pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 27 Pzp. Na uwagę w tym miejscu zasługuje hierarchia ważności przepisów prawa.

Jedną z podstawowych zasad wykładni systemowej prawa jest dyrektywa nakazująca interpretowanie przepisów prawnych niższego rzędu zgodnie z treścią przepisów hierarchicznie wyższych, co wynika z założenia, że przepisy hierarchicznie wyższe mają wyższą moc prawną. Wskazana zasada była wielokrotnie eksponowana przez Trybunał Konstytucyjny przy interpretowaniu pojęć zawartych w ustawach w związku z zapisami

konstytucyjnymi. Nie budzi jednak wątpliwości, że znajduje ona zastosowanie także przy wykładni przepisów wykonawczych, jakimi niewątpliwie są przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 07 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy. Na konieczność dokonywania interpretacji przepisów wykonawczych w zgodzie z regulacjami rangi ustawowej kładzie nacisk również Sąd Najwyższy, który w jednym ze swoich orzeczeń stwierdza jednoznacznie, że interpretacja treściowo niejednoznacznych pojęć zawartych w akcie wykonawczym powinna być przeprowadzona w kierunku zapewniającym zgodność aktu wykonawczego z przepisami ustawy (por. uchwała SN z dnia 19.10.1995r., sygn. akt II UZP 19/95, opublikowana w: OSNAPiUS z 1995, poz. 141).

Rozstrzygnięcie, czy wykonawca przedłożył żądane przez zamawiającego dokumenty, oświadczenia i wyjaśnienia w terminie ustalonym stosownie do treści art. 26 ust. 3 Pzp powinno zostać dokonane w oparciu o zapisy art. 27 Pzp, określające zasady porozumiewania się stron postępowania w przedmiocie udzielania zamówienia publicznego, w tym i zasady doręczania ich pism oraz wniosków.

Z umiejscowienia przepisu art. 27 Pzp w samej ustawie wynika, iż znajduje on zastosowanie do wszystkich trybów udzielania zamówienia publicznego oraz do wszystkich etapów danego postępowania (*argumentum a rubrica*). Z tego też względu nie ma podstaw do przyjęcia, iż uzupełnianie dokumentów, czy też składanie przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 26 Pzp winno odbywać się w inny sposób niż ten ustalony przez Zamawiającego, a w razie braku takiego zapisu wprost na zasadach określonych w art. 27 Pzp. Przepis niniejszy reguluje wprawdzie zasady „przekazywania” pozostałym stronom postępowania oświadczeń, wniosków, zawiadomień, jednakże „złożenie” oświadczeń, dokumentów, wyjaśnień, o jakim mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, jest niczym innym, jak jedną z form porozumiewania się stron.

Nie bez znaczenia przy wykładni zapisów art. 26 ust. 3 Pzp jest także fakt, iż przepis ten będzie jest stosowany w niniejszej sprawie do postępowania wieloetapowego, jakim niewątpliwie jest przetarg ograniczony. Pamiętać należy, iż wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego jest etapem wstępnym poprzedzającym złożenie ofert. Z tego też powodu zamawiający nie powinien żądać od potencjalnych wykonawców zamówienia już na etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wszystkich dokumentów i oświadczeń, jakie wymagane będą od nich na etapie złożenia oferty. Część tych dokumentów może bowiem zostać poddana ocenie przez zamawiającego dopiero po otwarciu ofert, a co za tym idzie, dopiero na tym etapie możliwe będzie wystąpienie przez zamawiającego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień, bądź uzupełnienie dokumentów. W tym kontekście należy rozróżnić

dokumenty niezbędne do oceny, czy wykonawca winien zostać dopuszczony do postępowania, od dokumentów niezbędnych do oceny jego oferty. Odnośnie tych drugich przyjęć należy, iż winny one zostać złożone przez wykonawcę przed dokonaniem przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej (wyrok z dnia 10.07.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-805/07). Zaznaczyć bowiem należy, iż celem regulacji zapisu art. 26 ust. 3 Pzp jest umożliwienie zamawiającemu zapoznania się z pełną dokumentacją poszczególnych ofert przed podjęciem ostatecznej decyzji (odpowiednio o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu lub o wyborze oferty najkorzystniejszej).

W tym kontekście za „złożenie dokumentów” w terminie wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów winno się więc uznać przedłożenie ich zamawiającemu w taki sposób, aby mógł się on z nimi w tym terminie zapoznać (cel regulacji). Przesłanie przez wykonawcę dokumentów drogą faksową umożliwia zamawiającemu zapoznanie się z nimi oraz dokonanie ich oceny pod względem formalnym i merytorycznym. Fakt zaś, iż dokumenty te zostały jednocześnie przesłane pocztą gwarantuje, że przed podjęciem przez zamawiającego decyzji o dopuszczeniu poszczególnych wykonawców do udziału w postępowaniu będzie on miał możliwość zapoznania się także z oryginałami.

W wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 21.01.2005 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-54/05): *„Zgodnie z art. 27 ust. 2 ustawy oświadczenia lub zawiadomienia przekazane za pomocą teleksu, telefaksu lub drogą elektroniczną uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona na piśmie przez przekazującego”*. Odmienna interpretacja jak wskazano w wyroku w przedmiotowym stanie faktycznym, nie da się pogodzić z zasadą składania oświadczeń woli w stosunkach cywilnoprawnych, zasadą szybkości postępowania, rozwojem technik komunikacji, podpisem elektronicznym i trybem aukcji elektronicznej.

Jeszcze dalej idzie J. Pieróg (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck Warszawa 2007), który stwierdza wyraźnie: *„Powstaje jednak pytanie, jak należy traktować sytuację, w której zamawiający nie dopuścił np. formy faksu, ale oświadczenie zostało złożone tą drogą, niezwłocznie zostało też potwierdzone na piśmie, a zamawiający przyznał te fakty. Taka sytuacja jest powszechnie uznawana przez doktrynę i orzecznictwo jako skuteczne doręczenie oświadczenia w chwili doręczenia faksu, jeżeli druga strona mogła się z nim zapoznać. Takie wyjście z sytuacji narzuca art. 61 § 1 k.c.”*

Biorąc pod uwagę hierarchię ważności przepisów prawa nie można stwierdzić, iż § 4 przedmiotowego rozporządzenia jest *lex specialis* do art. 27 Pzp. Wręcz przeciwnie - wymóg z § 4 Rozporządzenia należy odczytywać wyłącznie w powiązaniu z art. 27 i 50 i art. 26 ust. 3 Pzp. Innymi słowy, nie można z przepisów Pzp wywieść wniosku, jak to czyni Zamawiający, że w terminie określonym przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 PZP

do złożenia przez wykonawcę wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów podmiotowych, wykonawca zobowiązany jest przedłożyć zamawiającemu (dostarczyć „do rąk” Zamawiającego) owe wyjaśnienia lub dokumenty wyłącznie w formie wskazanej § 4 przedmiotowego rozporządzenia. Ustawodawca dopuścił bowiem składanie tego rodzaju korespondencji uprzednio drogą faksową zgodnie z art. 27 ust. 1 i 2 Pzp, a nawet wyłącznie pocztą w trybie art. 27 ust. 5 Pzp. W tej sytuacji termin z art. 26 ust. 3 Pzp został przez Odwołującego dotrzymany. Odwołujący dochował należytej staranności przy potwierdzeniu faksu pocztą, tj. dopełnił obowiązku niezwłocznego potwierdzenia faksu pocztą z dokumentami w formie wymaganej przez § 4 przedmiotowego rozporządzenia, a nadto, poczta ta, wysłana do Zamawiającego w dniu wysłania faksu, dotarła do Zamawiającego przed upływem 7 dnia licząc od dnia upływu terminu określonego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W dniu 13.05.2009 r. Zamawiający faxem (pismo z dnia 12.05.2009 r.) wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 18.05.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazał, że czynność wykluczenia Protestującego z udziału w postępowaniu, wobec nieuzupełnienia przez niego w formie pisemnej dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w wymaganym terminie jest w pełni uzasadniona dyspozycją art. 27 ust. 1 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., nr 87, poz.605). Zarzuty podniesione w proteście w świetle przedstawionych argumentów faktycznych i prawnych nie zasługują na uwzględnienie.

W odniesieniu do formy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i dyspozycji art. 27 ust. 1 Pzp nie jest możliwe zastosowanie argumentacji a maiori ad minus. Brak takiej możliwości wynika z zasady pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawartej w art. 9 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się w formie pisemnej. Zaniechanie ustanowienia przez ustawodawcę takiego wyjątku poprzez wyraźne określenie w jakiej sytuacji możliwe jest odstępianie od zasady pisemności powoduje, że nie można od tej zasady odstąpić. Podkreślenia wymaga, że wyjątki od zasady pisemności zostały określone w art. 27 ust. 1 Pzp i art. 27 ust. 5 Pzp. Istotne jest jednak, że wyjątki te nie mogą być interpretowane rozszerzające.

Oznacza to, że odstępianie od zasady pisemności w oparciu o te przepisy może mieć miejsce o ile zostaną spełnione wszystkie wymienione w tych przepisach przesłanki. I tak art. 27 ust. 5 Pzp będzie miał zastosowanie wyłącznie do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wysłanego w formie pisemnej przed upływem terminu do złożenia wniosków, jeżeli wykonawca poinformuje o tym zamawiającego telefonicznie przed terminem składania wniosków, o ile wniosek zostanie zamawiającemu doręczony nie później niż 7 dni od dnia upływu terminu składania wniosków.

Przepis ten nie odnosi się w żadnym razie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z kolei art. 27 ust. 1 Pzp stanowi, że: „oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną”. Zatem: „Gdy zamawiający nie dokona wyboru formy należy stosować formę pisemną. W takiej sytuacji nie można przyjąć koncepcji dorozumianej zgody zamawiającego na dokonywanie czynności, o których mowa w art. 27 w jakiegokolwiek formie przewidzianej w tym przepisie”. „Zgodnie z ust. 1 od zamawiającego zależy, czy dopuści do tego, że w danym postępowaniu będzie możliwe przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji faksem lub drogą elektroniczną. W związku z tym wykonawca nie powinien z góry zakładać, że formy te są dopuszczalne w każdym postępowaniu z mocy prawa, tylko upewnić się, że w danym postępowaniu zamawiający rzeczywiście dopuścił inne formy komunikowania się niż forma pisemna. Zamawiający może zastrzec, że droga elektroniczna lub faks mogą być dopuszczalne tylko w odniesieniu do konkretnych oświadczeń, wniosków, itp. Przepis ust. 1 nie przesądza, w jakiej formie i w jakim miejscu zamawiający powinien dokonać wyboru, o którym mowa w tym przepisie.

Należy przyjąć, że powinien to zrobić w pierwszym dokumencie w danym postępowaniu, którego adresatami są wykonawcy (co do zasady będzie to ogłoszenie o zamówieniu)” (T. Kwieciński, J. Baehr, A. Stawicki [w:] „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod redakcją T. Czajkowskiego, Wydanie 2, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2006). „Po nowelizacji z dnia 7 kwietnia 2006 r. sposób ten zależy od wyboru zamawiającego. Może on więc ustanowić dla każdego postępowania sposób porozumiewania się w formie pisemnej, faksem lub drogą elektroniczną, czyli e-mailem. O dokonany wybór formy porozumiewania się zamawiający powinien poinformować wykonawców w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazane jest, aby informację taką podano w ogłoszeniu o zamówieniu lub zaproszeniu do składania ofert. Wybór formy porozumiewania się jest pozostawiony decyzji zamawiającego (...) Ustawa w art. 9 ust. 1 do zasad udzielania zamówień publicznych zalicza zasadę pisemności, W świetle komentowanego artykułu należy stwierdzić, że podlega ona ograniczonemu zastosowaniu w przypadku odmiennej woli zamawiającego. Jeżeli jednak zamawiający nie określi sposobu

porozumiewania się, zawsze właściwą formą będzie forma pisemna" ([w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, „Komentarz do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Prawo zamówień publicznych". LEX, 2007, wyd. III., dotyczy art. 27 i 9 Pzp).

Istotne jest, że zasada pisemności w odniesieniu do dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu została wyrażona także w § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu dokumenty są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie dopuścił składania dokumentów za pomocą faxu. W wezwaniach do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał że, dokumenty w nich wymienione należy przedłożyć pod adresem: Rynek 7, 50-106 Wrocław, Vratislavia Cantans (Pasaż pod Błękitnym Słońcem) do dnia 08.04.2009 r. do godziny 16.00. Wezwanie zostało przesłane do wszystkich wykonawców w formie pisemnej za potwierdzeniem odbioru. Jako, że w wezwaniach określono konkretny termin dla uzupełnienia dokumentów (jednakowy dla wszystkich wykonawców) celem zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wezwania wysłano do wykonawców jednocześnie faxem. Dzięki temu wszyscy wykonawcy mieli tyle samo czasu na przygotowanie uzupełnienia dokumentów.

Wobec powyższego jedyną dopuszczalną formą w jakiej Protestujący mógł skutecznie przedstawić dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu była forma pisemna. Wskazać należy, że wszyscy wezwani do uzupełnienia dokumentów wykonawcy poza protestującym złożyli dokumenty w formie pisemnej w terminie określonym w wezwaniach. Tym samym przyjęcie, że dokumenty złożone przez protestującego faxem stanowią uzupełnienie, o które wzywał zamawiający, byłoby sprzeczne z dyspozycją art. 7 ust. 1 Pzp. W świetle powyższego zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp Protestującego należało wykluczyć z udziału w postępowaniu.

W dniu 22.05.2009 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący oddalenie protestu w całości wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu. Wnosił o: 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i 2) nakazanie mu zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, iż rozstrzygnięcie protestu zostało przesłane przez Zamawiającego do pełnomocnika Odwołującego drogą faksową i Zamawiający zażądał od

pełnomocnika Odwołującego potwierdzenia jego odbioru także drogą faksową. Oryginał rozstrzygnięcia wpłynął do pełnomocnika Odwołującego dopiero w dniu 21.05.2009 r.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego zawartej w rozstrzygnięciu protestu, która *nota bene* stanowi w istocie powtórzenie uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i poza przytoczeniem fragmentu jednego z komentarzy nie stanowi rzeczywistej polemiki z argumentacją Odwołującego wskazał ponownie na treść ogłoszenia.

Ponadto, stwierdził, że i dopuszczalności komunikowania się w toku postępowania za pomocą faksu potwierdził sam Zamawiający porozumiewając się w ten sposób z wykonawcami, i tak:

- (a) Zamawiający przekazał Odwołującemu wezwanie do przedłożenia dodatkowych dokumentów i wyjaśnień drogą faksową, a następnie w ten sam sposób przekazał mu informację o wykluczeniu go z postępowania oraz oddaleniu jego protestu,
- (b) Zamawiający potwierdził faksem otrzymanie w dniu 08.04.2009 r. przedmiotowych wyjaśnień Odwołującego oraz żądał takiego samego potwierdzenia ze strony Odwołującego po przesłaniu mu drogą faksową powyżej wymienionych pism, a co za tym idzie zachował się zgodnie z wymogiem z art. 27 ust. 2 Pzp.

Podniósł, iż oświadczenie Zamawiającego zawarte w ogłoszeniu, na zasadzie art. 14 PZP w zw. z art. 65 k.c, podlegało wykładni przez Odwołującego na takich samych zasadach, jak każde inne oświadczenie woli. Przywołany przepis art. 65 § 1 k.c. stanowi zaś, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Bogate orzecznictwo sądów powszechnych akcentuje również, iż przy dokonywaniu wykładni oświadczeń woli poza okolicznościami złożenia oświadczenia woli należy brać pod uwagę również zachowanie stron umowy po jej zawarciu. Przykładowo w Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 listopada 2008 r., sygn. akt III CSK 163/08, stwierdza wprost, że *„wykładając oświadczenie woli zawarte w umowie należy brać pod uwagę treść wszystkich jej postanowień, a nie jedynie fragmentu niejasnego oraz dążyć do nadania jej racjonalnego sensu, zgodnego z celem umowy i interesami stron. Przy takiej ocenie istotne są nie tylko okoliczności zawarcia umowy, lecz również zachowanie stron już po jej zawarciu oraz sposób wykonania przez nie umowy, który może jednoznacznie przesądzać, co było wolą stron, niejasno wyrażoną w tekście umowy”*. Przytoczone stanowisko sądów powszechnych, choć dotyczy bezpośrednio umów, może być również wskazówką przy odkodowywaniu woli i zamiaru Zamawiającego przy konstruowaniu ogłoszenia o zamówieniu publicznym.

Na tej zasadzie, w ocenie Odwołującego, Zamawiający skutecznie dopuścił porozumiewanie się drogą faksową, a w konsekwencji Zamawiający mógł i powinien był

doręczone mu drogą faksową w dniu 08.04.2009 r. wyjaśnienia i uzupełnia Odwołującego ocenić w kontekście spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności ogłoszeniem o zamówieniu, treścią wezwania z dnia 25.03.2009 r. do uzupełnienia i wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz treścią uzupełnienia przekazana w jego wyniku przez Odwołującego, a także treścią wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, jego uzupełnieniu, rozstrzygnięciu protestu oraz odwołaniu, a także na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, będzie mógł wykazać ze spełnił warunki udziału w postępowaniu, tj. że niniejszy wniosek został złożony w sposób w prawidłowy oraz zgodny z ogłoszeniem. W wyniku powyższego, zostanie zaproszony do składania oferty (kolejny etap postępowania) i ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. art. 27 ust. 1 Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż Odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu, pomimo iż dokumenty te zostały przesłane Zamawiającemu faksem w dniu 08.04.2009 r., co jednocześnie stanowi naruszenie art. 7 Pzp, uznając w/w zarzut za zasadny.

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień ogłoszenia o zamówieniu, skład orzekający Izby ustalił:

W Sekcji I: „INSTYTUCJA ZAMAWIAJĄCA”, w pkt I.1: „NAZWA, ADRESY I PUNKTY KONTAKTOWE”: Gmina Wrocław, Plac Nowy Targ 1/8, Kontakt Rynek 7, 50-106 Wrocław, Wratislavia Cantans (Pasaż pod Błękitnym Słońcem), Do wiadomości Agata Michalak, Aleksandra Bajtek lub Olga Kwiatek, PL-50-141 Wrocław. Tel. (48-71) 330 52 10, (48-71) 330 52 17, (48-71) 330 52 14. E-mail: olga.kwiatek@um.wroc.pl. Faks (48-71) 330 52 12.

Adresy internetowe:

Ogólny adres instytucji zamawiającej: www.wroclaw.pl.

Więcej informacji można uzyskać pod adresem:

jak podano wyżej dla punktu kontaktowego.

Specyfikacje i dokumenty dodatkowe (w tym dokumenty dotyczące dialogu konkurencyjnego oraz Dynamicznego Systemu Zakupów) można uzyskać pod adresem: jak podano wyżej dla punktu kontaktowego.

Oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należy przysyłać na adres: jak podano wyżej dla punktu kontaktowego.

W ramach wezwania z dnia 25.03.2009 r. w oparciu o art. 26 ust.3 i 4 Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu przez przedłożenie wymienionych (...) pełnomocnictw oraz dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i złożenie wyjaśnień w określonym (...) zakresie. (.....). Wskazał:

„Proszę o niezwłoczne potwierdzenie faktu otrzymania przedmiotowego wezwania na nr faksu (.....). Wyżej wymienione dokumenty należy przedłożyć pod adresem: Rynek 7, 50-106 Wrocław, Wratislavia Cantans (Pasaż pod Błękitnym Słońcem) do dnia 08.04.2009 r. do godz. 16.00.”

Odnosząc zapisy ogłoszenia o zamówieniu oraz wezwania z dnia 25.03.2009 r., do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, skład orzekający Izby podziela dotychczasowe stanowisko wyrażone w orzecznictwie (wyrok KIO z dnia 27.11. 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1283/08), że zgodnie z art. 27 ust. 1 Pzp, oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Przedmiotowa regulacja przyznaje zatem Zamawiającemu uprawnienie, ale jednocześnie nakłada na niego obowiązek, wskazania dozwolonych środków komunikowania się, w danym postępowaniu. Przy czym, zawsze dopuszczalna jest forma pisemna (art. 27 ust. 3 Pzp). Z powyższego nie wynika, że Zamawiający wybrał tylko formę pisemną, jako formę kontaktowania się. Zgodnie z tym przepisem, Zamawiający nie może jedynie wykluczyć formy pisemnej. Jednakże skoro możliwe jest komunikowanie się za pomocą innych środków przekazu, bowiem ustawodawca na to zezwala, ale jednocześnie Zamawiający może ograniczyć ten wachlarz, zatem niezbędne jest zajęcie stanowiska

w przedmiotowej kwestii przez Zamawiającego. Wykonawca musi mieć pewność, w jaki sposób może kontaktować się z Zamawiającym, bowiem jest to istotne chociażby ze względu na dochowanie terminowości czynności prawnych.

Po drugie, Izba nie neguje orzeczenia KIO z dnia 08.10. 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1015/08, na które powołał się Zamawiający, a które także odnosiło się do przetargu ograniczonego, jednakże z jego uzasadnienia wynika jednoznacznie, że Zamawiający w sposób wyraźny i nie budzący jakiegokolwiek wątpliwości dokonał wprost wyboru formy pisemnej do porozumiewania się w treści ogłoszenia o zamówieniu. Wobec faktu, że sam Zamawiający przyznał na rozprawie że w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania, forma pisemna jest przez niego pośrednio domniemana z Sekcji I ogłoszenia o zamówieniu, przywołane orzeczenie jest nieadekwatne do rozpatrywanej sprawy. Podobnie miało miejsce w orzeczeniu KIO z dnia 14.11. 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1236/08.

Po trzecie, należy stwierdzić, za dotychczasowym stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie (wyrok KIO z dnia 19.05. 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 576/09), że mimo przyznania racji Zamawiającemu, iż wybór formy porozumiewania się spoczywa na nim (art. 27 ust. 1 Pzp). Nie oznacza to jednak nieograniczonej dowolności Zamawiającego w przedmiotowym zakresie. Art. 27 ust. 3 Pzp stanowi bowiem, iż wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji. Natomiast zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. W opinii KIO, ograniczanie kanałów komunikacji nie jest uzasadnione, a w konsekwencji prowadzi do braku możliwości realizowania posiadanych przez wykonawców uprawnień w określonym, ustawowym terminie i w efekcie stawia wykonawców mających siedzibę w bliskiej odległości od Zamawiającego w sytuacji lepszej od tych, którzy takiej lokalizacji nie posiadają. Z całą stanowczością należy podkreślić, iż realizacja dyspozycji przepisu art. 27 ust. 1 Pzp nie może służyć do obejścia przepisów Pzp. Uprawnienia przyznane wykonawcom przez ustawodawcę nie mogą być w żaden sposób ograniczane postanowieniami w tym wypadku ogłoszenia o zamówieniu, czy też wezwania do uzupełnienia. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający w swojej ocenie zastrzegając formę pisemną, w tej materii Zamawiający przywoływał zapisy ogłoszenia o zamówieniu oraz wezwanie, wyraźnie naruszył art. 7 Pzp. Stan, w którym w szczególności możliwość uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może mieć miejsce tylko pisemnie jest szczególnie dotkliwy dla uczestników oddalonych od siedziby Zamawiającego, poza tym jest sprzeczny z celem *ratio legis* jaki przyświecał art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Dopuszczenie tylko formy pisemnej nie oznacza, że zasada uczciwej konkurencji została zachowana. Jak przedstawiono wyżej, może prowadzić to do nieuzasadnionej (niezależnej od czynników obiektywnych) dysproporcji w możliwości realizowania praw wykonawców.

Stan faktyczny będący przedmiotem odwołania bezsprzecznie można do takiej sytuacji zakwalifikować.

Po czwarte na rozprawie Zamawiający *de facto* wskazywał, że formą właściwą do porozumiewania się była forma pisemna, jednakże jednocześnie sam honorował korespondencje faksową otrzymywaną od uczestników postępowania przed składaniem wniosków (wnioski o modyfikacje i wyjaśnienie treści ogłoszenia o zamówieniu), w tym także protesty. Niniejsze działanie, jak również w ocenie Izby niejednoznaczne zapisy ogłoszenia o zamówieniu, z których jak sam przyznał Zamawiający na rozprawie, należy domniemywać, a więc wcale nie wynika wprost, wybór formy pisemnej, świadczą raczej o uznaniowym charakterze działań w tym zakresie. Poza tym, nie mogą one wywoływać negatywnych skutków prawnych wobec wykonawców. Bez względu bowiem na treść samego wezwania, czynności faktyczne Zamawiającego (wysyłanie korespondencji faxem, uznawanie dotychczasowej korespondencji przesyłanej do niego w tej formie) mogły świadczyć o dopuszczalności, czyli usankcjonowaniu formy faksowej, także w odniesieniu do dokumentów dostarczanych wraz z uzupełnieniem wniosku. Izba wskazuje, że przyjęcie argumentacji Zamawiającego prowadzi do absurdalnej sytuacji, że także w przetargu nieograniczonym, czy też w przetargu ograniczonym na dalszym etapie, oferta powinna być uzupełniana tylko w formie pisemnej, gdyż tak stanowi zapis ogłoszenia o zamówieniu: *„Oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należy przesyłać na adres: jak podano wyżej dla punktu kontaktowego”*.

Po piąte, Izba wskazuje, że niejednoznaczność ogłoszenia o zamówieniu, tzn. Sekcji I przede wszystkim wynika z faktu, że w ramach punktu kontaktowego jest mowa także o numerze faksu, jak i adresie emaliowym. Argumentacja zaś Zamawiającego mówiąca, że: *„Oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należy przesyłać na adres: jak podano wyżej dla punktu kontaktowego”* wcale nie jest jednoznaczna w swej treści, gdyż adres emailowy również jest adresem, na który można przesyłać korespondencje, jak również w wypadku przyjęcia literalnego brzmienia ofertę lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ponadto, Izba wyjaśnia, że wszelka wykładnia oświadczeń woli, a takim jest bezsprzecznie ogłoszenie o zamówieniu oraz wezwanie z dnia 25.03.2009 r., musi być oparta na takich samych zasadach, jak każde inne oświadczenie woli, tzn. tak jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ponadto, przy takiej ocenie istotne jest także zachowanie się stron, które może jednoznacznie przesądzać, co było ich wolą.

Izba jednoznacznie stwierdza, że wybór formy porozumiewania się nie był dokonany wprost przez Zamawiającego, wynikał zaś pośrednio, ze wskazania nr faksu (podobnie wyrok KIO z dnia 31.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 349/09). Wobec powyższego, formą

dopuszczoną do porozumiewania się była nie tylko forma pisemna, ale także faksowa. W rezultacie Izba uznała uzupełnienie dokonane przez Odwołującego w dniu 08.04.2009 r. przed godz. 16:00 faksem za wywołujące skutki prawne i wiążące Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....