

Sygn. akt: KIO 2380/10

**WYROK**  
**z dnia 10 listopada 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Ronikier-Dolańska

**Członkowie:** Robert Skrzyszewski

**Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 listopada 2010 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **WYG International sp. z o.o. w Warszawie oraz WYG Ireland Limited w Dublinie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **WYG International sp. z o.o. w Warszawie oraz WYG Ireland Limited w Dublinie** z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **WYG International sp. z o.o. w Warszawie oraz WYG Ireland Limited w Dublinie**,

2. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **WYG International sp. z o.o. w Warszawie oraz WYG Ireland Limited w Dublinie** oraz zasądza od **Generalnej Dyrekcji**

**Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **WYG International sp. z o.o. w Warszawie oraz WYG Ireland Limited w Dublinie kwotę 18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach z siedzibą przy ul. Ignacego Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na opracowanie dokumentacji budowlanej – Studium Projektu Budowlanego dla zadania: budowa dwujezdniowej drogi ekspresowej S7 na odcinku Chęciny – Jędrzejów wraz z uzyskaniem – w imieniu inwestora – decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 8 lipca 2010 r., co ustalono na podstawie załączonego do akt sprawy wydruku ze strony internetowej zamawiającego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2010 r. pod numerem 2010/S 133 – 204767.

W dniu 22 października 2010 r. za pośrednictwem faksu zamawiający zawiadomił m.in. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WYG International sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Marynarskiej 15, 02 – 674 Warszawa oraz WYG Ireland Limited, PH McCarthy House, Nutgrove Office Park, Nutgrove Avenue, Rathfarnham, Dublin 14, Ireland (dalej „odwołujący”) o wykluczeniu ich z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, jako że nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dnia 2 listopada 2010 r. odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując zamawiającemu tego samego dnia za pośrednictwem faksu.

Odwołanie zostało złożone wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, któremu to rozstrzygnięciu wnoszący odwołanie zarzucił naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 27 ust. 1 ustawy poprzez błędne przyjęcie, iż odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu, pomimo, że dokumenty te zostały przesłane zamawiającemu

faksem w dniu 18 października 2010 r., co jednocześnie stanowi naruszenie art. 7 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania i zaproszenie go do składania ofert.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący argumentował, iż zgodnie z pkt. VI.3.7 ogłoszenia o zamówieniu „Informacje dodatkowe”- w prowadzonym postępowaniu oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują pisemnie lub faksem lub drogą elektroniczną na adres wskazany w ogłoszeniu dla Punktu Kontaktowego. W dalszej części ogłoszenia zostało wskazane, że oryginał przekazanej treści powinien być przesłany pocztą w dniu nadania faksu. Odwołujący zwrócił uwagę, iż w dniu 12 października 2010 r. zamawiający wezwał go faksem do uzupełnienia dokumentów wskazując, że wymagane dokumenty należy uzupełnić w terminie do 18 października 2010 r., co odwołujący uczynił przesyłając wymagane dokumenty faksem oraz jednocześnie oryginały tych dokumentów przekazując kurierem do zamawiającego.

Wnoszący odwołanie podniósł, iż w wezwaniu do uzupełnienia z dnia 12 października 2010 r. zamawiający określił formę składanych dokumentów, które miały być złożone w „oryginale lub kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem”. Nie postawił żadnych dodatkowych wymagań odnośnie formy komunikacji (przekazywania uzupełnianych dokumentów), co oznacza, że zastosowanie znajdują w tym zakresie formy komunikacji, o których była mowa wyżej (pkt VI.3.7 ogłoszenia o zamówieniu). Tymczasem przytoczony punkt ogłoszenia dopuszcza możliwość przekazania dokumentów faksem, elektronicznie i pisemnie. Tym samym zdaniem odwołującego przesłanie w dniu 18 października 2010 r. uzupełnienie dokumentów faksem (potwierdzonych za zgodność z oryginałem), a następnie przekazanie oryginałów dokumentów za pośrednictwem kuriera należy uznać za wypełnienie wymagań zamawiającego, w szczególności tych odnoszących się do terminu dostarczenia wymaganych dokumentów. Odwołujący podkreślił, iż zamawiający dokonując wykluczenia go z postępowania pominął przepis art. 27 ust. 1 ustawy oraz treść ogłoszenia o zamówieniu. Dalej wywodził, iż przy dokonywaniu wykładni przepisu art. 27 ust. 1 ustawy dla potrzeb niniejszej sprawy nie bez znaczenia dla oceny prawidłowości działań zamawiającego pozostaje w tym zakresie art. 27 ust. 5 Pzp. Zaznaczył, że jeżeli 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) także w odniesieniu do uzupełnienia wniosków w trybie art. 26 ustawy. Odmienna wykładnia byłaby sprzeczna z ratio legis rozpatrywanych przepisów.

Wnoszący odwołanie dowodził, iż w przedmiotowym postępowaniu dopuszczalne jest porozumiewanie się wykonawców z zamawiającym także drogą faksową, zatem 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. Odwołujący ocenił, iż regulacje komentowanego artykułu znajdują zastosowanie do wszelkich oświadczeń, zawiadomień i informacji przekazywanych w toku postępowania, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Takim przepisem szczególnym jest art. 82 ust. 2 Pzp, w którym wyraźnie wskazano, że ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej, więc nie znajdują do niej zastosowania rozwiązania przewidziane art. 27 ustawy Pzp. 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 ustawy.

Odnosząc się do przepisu § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej „rozporządzenie”) odwołujący wskazał, iż istotnie dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału muszą być składane w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem, ale przepis ten nie może pozostawać w sprzeczności z regulacją wynikającą z art. 27 ustawy. Dalej odwołujący powołał się na hierarchię przepisów prawa podnosząc, iż jedną z podstawowych zasad wykładni systemowej prawa jest dyrektywa nakazująca interpretowanie przepisów prawnych niższego rzędu (w tym wypadku rozporządzenia) zgodnie z treścią przepisów hierarchicznie wyższych (ustawy), co wynika z założenia, że „przepisy hierarchicznie wyższe mają wyższą moc prawną”. Tym samym rozstrzygnięcie, czy wykonawca przedłożył żądane przez zamawiającego dokumenty, oświadczenia i wyjaśnienia w terminie ustalonym stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy powinno zostać dokonane w oparciu o zapisy art. 27 ustawy, określające zasady porozumiewania się stron postępowania w przedmiocie udzielania zamówienia publicznego, w tym i zasady doręczania ich pism oraz wniosków. Odwołujący argumentował, iż 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 uzupełnienie 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. Powołany przepis 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. 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). Przesłane przez wykonawcę dokumenty drogą faksową umożliwiają 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. Odwołujący wskazała także, iż przyjęta przez zamawiającego interpretacja przepisu art. 27 ust 1 ustawy narusza również zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu. Powoduje ona bowiem nieuzasadnione zróżnicowanie ich sytuacji w zależności od miejsca ich siedziby - w sposób wyraźny prowadząc do uprzywilejowanej pozycji tych, którzy mają siedzibę w pobliżu siedziby zamawiającego.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych:**

Zamawiający w pkt. VI.3.7 ogłoszenia o zamówieniu „Informacje dodatkowe” postanowił, iż w prowadzonym postępowaniu oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują pisemnie lub faksem lub drogą elektroniczną na adres wskazany w ogłoszeniu dla Punktu Kontaktowego. Dalej zostało wskazane, że oryginał przekazanej treści powinien być przesłany pocztą w dniu nadania faksu.

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (dalej „wniosek”) złożył m.in. odwołujący, który został pismem z dnia 12 października 2010 r. wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp za pośrednictwem faksu do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający wskazał w przywołanym piśmie, że wymagane dokumenty

należy w oryginale lub kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem złożyć w nieprzekraczalnym terminie do 18 października 2010 r.

W odpowiedzi odwołujący za pośrednictwem faksu dnia 18 października 2010 r. przesłał wraz z pismem z dnia 13 października 2010 r. „Wykaz osób”, „Decyzję o stwierdzeniu przygotowania zawodowego dopełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie” dla Pana Ireneusza S. oraz zaświadczenie o członkostwie tej osoby w Pomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, przekazując te dokumenty w wymaganej formie (oryginał/ kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem) zamawiającemu tego samego dnia za pośrednictwem kuriera. Zamawiający otrzymał wymagane dokumenty przesłane za pośrednictwem kuriera w dniu 19 października 2010 r.

Pismem z dnia 22 października 2010 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający argumentował, iż dokumenty i oświadczenia złożone przez odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zawierają błędy. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia brakujących dokumentów wraz z jednoczesnym wskazaniem formy uzupełnianych dokumentów. Do wyznaczonego terminu (18 października 2010 r.) wykonawca nadesłał faks, „który nie jest dokumentem” oraz czynności tej nie można uznać za wypełnienie obowiązku uzupełnienia brakujących dokumentów. Przesłanie dokumentu w formie pisemnej nastąpiło dnia 19 października 2010 r., czyli po zakreślonym w wezwaniu terminie. Wykonawca nie uzupełnił wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów, co skutkuje wykluczeniem go z postępowania.

Z oceną zamawiającego nie zgodził się wnoszący odwołanie twierdząc, iż został wykluczony z postępowania z uchybieniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

**Biorąc powyższe pod uwagę Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uwzględniła odwołanie uznając, iż zarzuty w nim podniesione potwierdziły się.

Bezspornym jest, iż dokumenty, których dotyczy spór stanowią tzw. dokumenty podmiotowe, do których zastosowanie znajduje przepis art. 26 ust. 3 Pzp oraz rozporządzenie. Jak wynika z przywołanego przepisu Pzp zamawiający wzywając wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów lub złożyli je z błędami, zobowiązany jest wyznaczyć termin do ich złożenia. Natomiast forma dokumentów przedkładanych w celu potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu została określona w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp delegującego uprawnienie do określenia form, w jakich dokumenty te mają być składane, na Prezesa Rady Ministrów. Brzmienie § 6 ust. 1 rozporządzenia jednoznacznie wskazuje, iż dokumenty i oświadczenia w nim wymienione należy składać w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. To wymaganie co do formy dokumentów i oświadczeń zostało przez zamawiającego powtórzone w skierowanym do odwołującego wezwaniu z dnia 12 października 2010 r.

Ustosunkowując się do zarzutów odwołania należy zatem wskazać na dwa aspekty sprawy: po pierwsze – wymaganą formę dokumentu przekazywanego zamawiającemu w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, po drugie - termin, w którym dokument w określonej formie należało złożyć.

Izba podziela pogląd zamawiającego, nie kwestionowany przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego, iż wymagane dokumenty odwołujący zobowiązany był przedłożyć zamawiającemu w formie określonej w rozporządzeniu oraz w wezwaniu z dnia 12 października 2010 r., tj. w oryginale bądź poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii.



Pozostaje do rozstrzygnięcia, czy na gruncie badanej sprawy niezbędnym było złożenie u zamawiającego kwestionowanych dokumentów i oświadczeń w formie oryginału/potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii w terminie wskazanym w wezwaniu z dnia 12 października 2010 r., tj. do dnia 18 października 2010 r.

Oceniając prawidłowość działań zamawiającego w tej kwestii przede wszystkim należy uwzględnić treść pkt. VI.3.7 ogłoszenia o zamówieniu regulującego sposób porozumiewania się zamawiającego i wykonawców dopuszczającego przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji m.in. faksem, w którym wprost zamawiający postanowił, że oryginał przekazanej treści powinien być przesłany pocztą w dniu nadania faksu.

Zważywszy powyższe stwierdzić trzeba, iż odwołujący – biorąc pod uwagę zarówno wytyczne co do formy przedkładanych dokumentów zawarte w rozporządzeniu, jak i w wezwaniu z dnia 12 października 2010 r. – był uprawniony do przyjęcia, iż zamawiający uzna za dochowanie terminu przekazanie mu do dnia 18 października 2010 r. dokumentów za pośrednictwem faksu z jednoczesnym przesłaniem tych dokumentów – jak zostało dopuszczone w ogłoszeniu – pocztą (kurierem). W świetle wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji działania zamawiającego nie mogą wykonawców wprowadzać w błąd. Wykonawcy powinni mieć pewność, iż postępując zgodnie z wytycznymi zamawiającego, także wyartykułowanymi w ogłoszeniu, nie zostaną narażeni na niekorzystne dla siebie konsekwencje, co przesądziło w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy o uwzględnieniu odwołania przez Izbę.

Należy jednocześnie podkreślić, iż dla dokonanej przez Izbę oceny irrelewantne prawnie pozostaje brzmienie art. 27 ust. 5 Pzp formułującego szczególne reguły rządzące informowaniem o złożeniu wniosku. Jest to przepis szczególny pozwalający uznać wniosek za złożony terminie, jeżeli przed upływem terminu składania wniosków został on wysłany w formie pisemnej i zamawiający otrzymał go nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu składania wniosków. Podnieść trzeba, iż ustawodawca wskazał maksymalny termin, w którym wniosek musi dotrzeć w formie pisemnej do zamawiającego oraz, co nie mniej istotne, komentowany przepis ma charakter regulacji szczególnej, co każe go interpretować w sposób ścisły. Wykładnia rozszerzająca, czy – jak postuluje odwołujący – analogiczne zastosowanie powołanego przepisu do uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nie jest w tym przypadku dopuszczalne w świetle obowiązujących reguł wykładni i stosowania prawa.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....