

WYROK

z dnia 9 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 lutego 2011 r. przez Małgorzatę Gruszczyńską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLARIS” Małgorzata Gruszczyńska w Kaliszu, w postępowaniu prowadzonym przez Akademię Obrony Narodowej w Warszawie, w trybie przetargu nieograniczonego na *„Dostawę konserw i przetworów z mięsa, produktów ziemniaczanych, przetworzonych owoców i warzyw, produktów przemiału ziarna, cukru, herbaty i produktów podobnych oraz przypraw i przypraw korzennych”*,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Małgorzatę Gruszczyńską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLARIS” Małgorzata Gruszczyńska w Kaliszu i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych, zero groszy), uiszczony przez Małgorzatę Gruszczyńską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLARIS” Małgorzata Gruszczyńska w Kaliszu;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600,00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) przez Odwołującego Małgorzatę Gruszczyńską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLARIS” Małgorzata Gruszczyńska w Kaliszu, na rzecz Zamawiającego Akademii Obrony Narodowej w Warszawie, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, 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**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę konserw i przetworów z mięsa, produktów ziemniaczanych, przetworzonych owoców i warzyw, produktów przemiatu ziarna, cukru, herbaty i produktów podobnych oraz przypraw i przypraw korzennych” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 z późn. zm.] wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, wynosi 168.245,00 zł, co stanowi równowartość 43.825,48 euro.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 363829 oraz na stronie internetowej Zamawiającego www.aon.edu.pl w dniu 17 grudnia 2010r.

Pismami z dnia 28 stycznia 2011r., które doręczono Odwołującemu w tej samej dacie Zamawiający powiadomił Odwołującego o wynikach oceny ofert, w tym o wykluczeniu z postępowania; odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty a także o zatrzymaniu wadium.

W dniu 2 lutego 2011r. Odwołujący wniósł odwołanie, przekazując jednocześnie jego kopię Zamawiającemu, wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty, oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a także na zatrzymanie wadium. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy - poprzez niezgodne z przepisami ustawy wykluczenie Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust.4 ustawy - poprzez niezgodne z przepisami ustawy odrzucenie oferty Wykonawcy jako uznanego za wykluczonego. W związku z tym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Wykonawcy,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu,
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu,
- 5) zwrotu wadium w przypadku wyboru innej oferty niż oferta złożona Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, iż dokonane rozstrzygnięcia Zamawiającego są sprzeczne z przepisami ustawy oraz SIWZ. W Rozdziale II SIWZ - zatytułowanym Sposób porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami - w pkt 1

Zamawiający ustalił, iż przyjętą przez Zamawiającego formą porozumiewania się z Wykonawcą oraz składania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przez strony postępowania jest forma faksu i droga elektroniczna (droga elektroniczna nie dotyczy protestów). Zdaniem Odwołującego, jeżeli oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane są za pomocą faksu lub e-maila, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Także art. 27 ust. 1 i 2 ustawy 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. Jeżeli Zamawiający lub Wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Odwołujący dalej podał, iż zgodnie z ust. 5 art. 27 ustawy 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. Wobec powyższego uregulowania zawartego zarówno w ustawie jak i w SIWZ uznać należy przekazanie Zamawiającemu żądanych informacji drogą faksową dnia 18 stycznia 2011 r. za złożone w sposób prawidłowy i skuteczny. Odwołujący dalej argumentuje, iż Zamawiający w Zawiadomieniu o wykluczeniu Wykonawców i odrzuceniu ofert przyznał, iż faks z żądanymi informacjami otrzymał dnia 18 stycznia 2011 roku. Wobec powyższego Wykonawca nie przekroczył wyznaczonego przez Zamawiającego terminu do uzupełnienia informacji, który upływał dnia 21 stycznia 2011 roku do godziny 13.30. Nadto, informacja z Krajowego Rejestru Karnego dotarła w formie kopii potwierdzonej za zgodność przez Wykonawcę w dniu 26 stycznia 2011, a więc 5 dni po terminie. Wobec uregulowania zawartego w art. 27 ust. 5 to doręczenie także należy uznać za skuteczne. Zatem czynność wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenie jego oferty jako konsekwencje wykluczenia pozbawiona jest podstaw, gdyż Wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w SIWZ jako jedyne kryterium wyboru ofert zastosował kryterium ceny - Rozdział XII SIWZ.

Zamawiający w dniu 8 lutego 2011r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

W prowadzonym postępowaniu, Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 4 -8 ustawy Prawo zamówień publicznych wymagał złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert [specyfikacja istotnych warunków zamówienia - Rozdział VII *Oferta oraz wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu pkt 4 ppkt 3*].

Zamawiający uregulował także na użytek analizowanego postępowania zasady komunikowania się z wykonawcami: w Rozdziale II pkt 1 i 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, postanowiono, iż „*Przyjętą przez Zamawiającego formą porozumiewania się z wykonawcą oraz składania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przez strony postępowania jest forma faksu i droga elektroniczna. Nr faksu: (022) 6814085, adres email: (...). Jeżeli oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane są za pomocą faksu lub emailu, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.*”.

Złożona w ofercie Odwołującego informacja Krajowego Rejestru Karnego potwierdza spełnianie postawionego warunku na dzień 29 czerwca 2010 r. a więc wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem otwarcia ofert [oferta Odwołującego].

Zamawiający, pismem z dnia 17stycznia 2011r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów, to jest: dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu tj.: aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego albo równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 Prawa zamówień publicznych wystawionego nie później niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający podał, że złożony dokument potwierdza spełnianie wyżej wspomnianego warunku na dzień 30 czerwca 2010 r. a więc wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem otwarcia ofert, a w związku z tym, że otwarcie ofert odbyło się w dniu 11.01.2011 r. wyżej wspomniany dokument jest nieaktualny na dzień otwarcia ofert. Zamawiający precyzując, iż dokument ma być aktualny - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert i nie później niż na dzień składania ofert tj. 11.01.2011r. jednocześnie podał, iż należy go złożyć w siedzibie Zamawiającego - Al. gen. A. Chruściela 103, Warszawa, w Kancelarii

Jawnej AON - budynek nr 4 - pokój nr 115 (I piętro) do dnia 21.01.2011 r. do godziny 13.30. Zamawiający kategoriycznie i jednoznacznie uregulował także we wskazanym wezwaniu sposób złożenia uzupełnianego dokumentu: „*Sposób złożenia dokumentów: 1. dokumenty należy złożyć w kopercie opisanej hasłem: „Dokument uzupełniający na przetarg nieograniczony na dostawę konserw i przetworów z mięsa, produktów ziemniaczanych, przetworzonych owoców i warzyw, produktów przemiatu ziarna, cukru, herbaty i produktów podobnych oraz przypraw i przypraw korzennych (nr sprawy 46/2010). nie otwierać, przekazać do zespołu zamówień publicznych”. Na kopercie należy umieścić w postaci pieczęci firmowej nazwę Wykonawcy i jego adres zgodnie z danymi rejestrowymi (evidencyjnymi).”* Jednocześnie Zamawiający w piśmie zawierającym wezwanie do uzupełnienia dokumentu poinformował Odwołującego o skutku niezłożenia dokumentu, podając, iż *na podstawie art. 46 ust. 4a, zatrzyma wadium wraz z odsetkami jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust.3 ustawy Pzp nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.*

Odwołujący przekazał wymagany dokument faksem w dniu 18 stycznia 2011r., jednocześnie nadając w dacie 19 stycznia 2011r. jego oryginał przesyłką pocztową, która dotarła do Zamawiającego w dacie 26 stycznia 2011r.

Zamawiający, pismem z dnia 28 stycznia 2011r. wykluczył Odwołującego z postępowania. Jednocześnie Zamawiający zatrzymał wadium.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez wykonawcę, wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu, dokument złożony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy

Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą spośród ofert złożonych.

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Sporną między stronami w analizowanej sprawie stała się okoliczność, czy w stanie faktycznym niniejszej sprawy dopuszczalnym było – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokonane na podstawie art. 26 ust. 3 Prawo zamówień publicznych - przekazanie uzupełnianego dokumentu [informacji z Krajowego Rejestru Karnego], za pośrednictwem faksu uwzględniając fakt, iż dokument faksem został przesłany przed upływem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego, natomiast w formie pisemnej wpłynął do Zamawiającego po jego upływie. Treść złożonego na wezwanie Zamawiającego dokumentu nie była kwestionowana.

Poddając analizie zarzuty odwołania – w zakresie dopuszczonym brzmieniem art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem odnoszącym się jedynie do wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty dostrzeżono, iż szczegółowa analiza treści zarówno specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 17 stycznia 2011r. jak i ustawy Prawo zamówień publicznych oraz *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) prowadzi do wniosku, iż złożenie w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego zamiast dokumentu jedynie faksu zawierającego jego treść przy przesłaniu tego dokumentu w taki sposób, że dotarł on do Zamawiającego po terminie, nie pozwala uznać za spełnienie postawionego warunku.

Po pierwsze, nie ulega wątpliwości, iż informacja z Krajowego Rejestru Karnego stanowi jeden z tzw. dokumentów podmiotowych, do których zastosowanie znajduje przepis art. 26 ust. 3 Prawo zamówień publicznych oraz *rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Jak wynika z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu została określona w *rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, wydanym na podstawie przepisu art. 25 ust. 2 Prawo zamówień publicznych, który

deleguje uprawnienie do określenia form, w jakich dokumenty te mają być składane, na Prezesa Rady Ministrów.

Brzmienie § 6 rozporządzenia jednoznacznie natomiast wskazuje, iż dokumenty i oświadczenia w nim wymienione należy składać w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów trzecich które na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych będą brały udział w realizacji części zamówienia, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty. Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości. Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.

W drugiej kolejności należało zwrócić uwagę na wymaganą formę dokumentu przekazywanego Zamawiającemu w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Prawo zamówień publicznych, a następnie na termin, w którym dokument w określonej formie należało złożyć.

Dokument składany w ramach uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 nie jest oświadczeniem wykonawcy, stanowi on dokument składany na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 5 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, w związku z treścią art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Do tego dokumentu stosuje się zatem ogólne reguły dotyczące oferty i dokumentów składanych w postępowaniu.

W tych okolicznościach, nieuprawnionym jest 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 pomiędzy zamawiającym i wykonawcami a także na odwrót, przewidując – zgodnie z treścią art. 27 ustawy Prawo zamówień publicznych - formę faksu, drogę elektroniczną [e-mail] lub pisemną. Przepis ten nie stanowi regulacji szczególnej, która wyłączałaby zasady dotyczące formy składanych dokumentów przewidziane w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. 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 w *rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy* obowiązek w zakresie ich formy, to ta sama reguła odnosi się do dokumentów, które składane są w uzupełnieniu.

Ponadto, żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, nie wskazuje na to, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych można zakwalifikować do udzielania informacji lub wyjaśnień, o których mowa w art. 27 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uzupełniany dokument należało zatem złożyć bądź w oryginale bądź kopii potwierdzonej za zgodność przez wykonawcę. Faks nie jest oryginałem, ani kopią potwierdzoną za zgodność z oryginałem, nie stanowi także formy pisemnej [tak też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2008r., w sprawie o sygn. KIO/UZP 1236/08].

Jak wskazano w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2002 r., III PZP 17/02, *„przesłanie faksem (telefaksem) dokumentu zawierającego oświadczenie woli, na którym był złożony własnoręczny podpis, nie spełnia warunku podpisu własnoręcznego”*. Natomiast, w uchwale z dnia 20 grudnia 2006r. w sprawie o sygn. I KZP 29/06, Sąd Najwyższy stwierdził, iż *„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 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 wola.”*

W kontekście powyższego należało podkreślić, iż uzupełniane dokumenty Odwołujący powinien złożyć w formie oryginału bądź poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zgodnie z brzmieniem *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy*. Zasada ta obowiązuje bez względu na stadium postępowania o udzielenie zamówienia.

Inne rozumienie wspomnianego rozporządzenia byłoby sprzeczne z literalnym jego brzmieniem i mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego rozróżnienia sytuacji wykonawców, w zależności od tego, kiedy przedłożyli wymagane dokumenty [wykonawcy, którzy złożyli dokumenty wraz z ofertą byłiby zobligowani do przedkładania ich w formie kwalifikowanej tj. oryginału lub potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii, podczas gdy wykonawcy wezwani w trakcie postępowania do uzupełnienia – mogliby poprzestać na dokumencie przekazanym za pośrednictwem faksu mającym de facto status kopii], co wprost stałoby w sprzeczności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W takich bowiem warunkach wykonawca, który złożył ofertę, obarczoną brakami podlegającymi uzupełnieniu na wezwanie znajdowałby się w korzystniejszej sytuacji, mogąc złożyć dokumenty w formie faksu [co jest równoznaczne ze złożeniem ich w formie kopii], aniżeli ten, który od początku złożył kompletną, nie wymagającą uzupełnienia ofertę. Rozróżnianie pozycji wykonawców zależnie od tego, na którym etapie ma miejsce złożenie dokumentu [czy to w ramach oferty, czy w wyniku uzupełnienia] byłoby nieuzasadnione w świetle zasady równego traktowania wykonawców. Nie stanowi takiego uzasadnienia zasada szybkości i ekonomiki postępowania, której wyrazem są między innymi dopuszczone zasady komunikowania się pomiędzy zamawiającym a wykonawcami [wyrażone w art. 27 ust. 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych] – nie może ona bowiem skutkować zróżnicowaniem sytuacji wykonawców w sposób stwarzający uprzywilejowaną pozycję tych wykonawców, których oferty wymagają uzupełnienia. Co istotne – realizacja zasady ekonomiki i szybkości postępowania o zamówienie publiczne wyraża się w tym wypadku, w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przyznaniem uprawnienia zamawiającemu do wyznaczenia terminu na uzupełnienie dokumentu.

Odnosząc się dalej do terminu, w którym żadaną informację z Krajowego Rejestru Karnego należało doręczyć Zamawiającemu w wymaganej formie (oryginał lub kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem), trzeba przede wszystkim podkreślić, iż zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Prawo zamówień publicznych, termin ten określa Zamawiający w wezwaniu. W analizowanej sprawie, Zamawiający jednoznacznie w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 17 stycznia 2011r. określił zarówno termin złożenia dokumentu jak i formę tego złożenia, która w sposób nie pozostawiający wątpliwości wskazywała na konieczność złożenia dokumentu w formie oryginału lub potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii: *dokumenty należy złożyć w kopercie opisanej hasłem [...]. Na kopercie należy umieścić w postaci pieczęci firmowej nazwę Wykonawcy i jego adres zgodnie z danymi rejestrowymi [ewidencyjnymi].*

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, iż Odwołujący powinien doręczyć Zamawiającemu informację z Krajowego Rejestru Karnego w formie oryginału bądź potwierdzonej przez siebie za zgodność z oryginałem kopii do dnia 21 stycznia 2011r., do godziny 13.30. Tymczasem oryginał wpłynął do Zamawiającego w dniu 26 stycznia 2011r., zatem z uchybieniem terminu. Nie zmienia powyższej oceny fakt, że przesyłkę zawierającą dokument nadano na pocztę w dniu 19 stycznia 2011r., bowiem istotny jest wpływ do Zamawiającego, nie zaś czynności podjęte w celu dostarczenia dokumentu takie jak nadanie przesyłki. Niezłożenie dokumentu w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego a przesłanie jedynie jego treści faksem wywołuje taki skutek, jakby dokumentu nie uzupełniono.

Pogląd analogiczny z prezentowanym wyżej, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w wyrokach z dnia 14 listopada 2008r. w sprawie o sygn. KIO/UZP 1236/08; z dnia 7 czerwca 2010r. w sprawie o sygn. KIO 1017/10; z dnia 10 listopada 2010r. w sprawie o sygn. KIO 2380/10; z dnia 30 listopada 2010r. w sprawie o sygn. KIO 2523/10.

W konsekwencji, biorąc pod uwagę stan faktyczny niniejszej sprawy, uznano, iż zarzuty odwołania nie potwierdziły się, zaś czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty zasadnie znajdowała podstawę w treści art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z brzmieniem § 6 ust. 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy*.

Nie uwzględniono wniosków oraz argumentacji Odwołującego odnoszących się do wyboru najkorzystniejszej oferty oraz bezpodstawnego zatrzymania wadium. Przedmiotowe postępowanie dotyczy bowiem przedmiotu zamówienia o wartości nie przekraczającej kwot, od których ustawa uzależnia obowiązek przekazywania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Powyższe determinuje zakres dopuszczalnego kwestionowania w drodze odwołania czynności zamawiającego, ograniczając je do enumeratywnie wymienionych czynności, które nie obejmują wyboru oferty najkorzystniejszej a także zatrzymania wadium. Zgodnie bowiem z treścią art. 180 ust. 2 ustawy, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; opisu sposobu dokonywania oceny spełniania

warunków udziału w postępowaniu; wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; odrzucenia oferty odwołującego.

Tak argumentując, Krajowa Izba Odwoławcza, nie dopatrując się naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, oddaliła odwołanie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Przewodniczący: