

WYROK

z dnia 23 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo
Marzena Ordysińska
Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Track Tec Construction Sp. z o.o., Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM Sp. z o.o., Infracol Sp. z o.o. Sp. k., Leonhard Weiss GmbH & Co. KG, Polibud-Pomorze Sp. z o.o. oraz Intop Warszawa Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ASTALDI S.p.A., Construzioni Linee Ferroviarie S.p.A., Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş., adres dla pełnomocnika: ul. G.V. Bona 65, 00156 Rzym** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Track Tec Construction Sp. z o.o., Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM Sp. z o.o., Infracol Sp. z o.o. Sp. k., Leonhard Weiss GmbH & Co. KG, Polibud-Pomorze Sp. z o.o. oraz Intop Warszawa Sp. z o.o. i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Track Tec Construction Sp. z o.o., Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM Sp. z o.o., Infracol Sp. z o.o. Sp. k., Leonhard Weiss GmbH & Co. KG, Polibud-Pomorze Sp. z o.o. oraz Intop Warszawa Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Track Tec Construction Sp. z o.o., Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM Sp. z o.o., Infracol Sp. z o.o. Sp. k., Leonhard Weiss GmbH & Co. KG, Polibud-Pomorze Sp. z o.o. oraz Intop Warszawa Sp. z o.o. na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego dla Warszawy – Pragi w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E 59, odcinek Leszno – Czempień w ramach projektu Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Wrocław – Poznań, Etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Czempień” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 lipca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 139-255752. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Track Tec Construction Sp. z o.o., Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM Sp. z o.o., Infracol Sp. z o.o. Sp. k., Leonhard Weiss GmbH & Co. KG, Polibud-Pomorze Sp. z o.o. oraz Intop Warszawa Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z sekcją VI.3) ust. II. ogłoszenia o zamówieniu poprzez niezgodne z przepisami ustawy wykluczenie Odwołującego z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie III.2.3) ppkt III.1b ogłoszenia o zamówieniu z uwagi na wadliwe uzupełnienie tego braku poprzez przesłanie zeskanowanych dokumentów pocztą elektroniczną w dacie wyznaczonego terminu (23 sierpnia 2016 r.) z jednoczesnym wysłaniem oryginałów dokumentów, które wpłynęły do Zamawiającego w dacie 24 sierpnia 2016 r., podczas gdy Zamawiający w sekcji VI.3) ust. II. ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że „będzie porozumiewał się z Wykonawcą w sprawach dotyczących niniejszego postępowania w formie pisemnej, faksem oraz drogą elektroniczną za wyjątkiem wniosku oraz oferty, które muszą być złożone w formie pisemnej. Oświadczenia i wnioski, zawiadomienia oraz informacje uważa się złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu, a fakt otrzymania został niezwłocznie potwierdzony przez każdą ze stron na żądanie drugiej.”,

2. art. 27 ust. 5 w zw. z art. 47 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, polegającą na nieuzasadnionym

bezpodstawnym ustaleniu, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie III.2.3) ppkt III.1b ogłoszenia o zamówieniu, podczas gdy przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie przetargu ograniczonego wskazują na liberalne podejście w kwestii złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i możliwość jego uzupełnienia w terminie 7 dni,

3. art. 24 ust. pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez nieuznanie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanych w formie skanu drogą elektroniczną, w sytuacji gdy dokumenty zostały następnie złożone w oryginale przez wykonawcę,

4. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z uwagi na rzekome niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie III.2.3) ppkt III.1b ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny wniosków, powtórzenia wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i uznania, że Odwołujący spełnia wymogi warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie III.2.3) ppkt III.1b, tym samym nakazanie Zamawiającemu zakwalifikowania Odwołującego do dalszego etapu postępowania, w którym zostanie zaproszony do złożenia oferty.

Odwołujący wskazał, iż złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wezwał go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wykazanie spełnienia wymogu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie III.2.3) ppkt III.1b, wyznaczając termin do 23 sierpnia 2016 r. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przekazał Zamawiającemu wszystkie dokumenty. Dokumenty te znalazły się w dyspozycji Zamawiającego w formie pisemnej, ale ich przekazywanie następowało w następujący sposób: dokumenty zostały przekazane w terminie zakreślonym w wezwaniu drogą elektroniczną w formie skanów dokumentów w dniu 23 sierpnia 2016 r., oryginały przesłanych skanów zostały wysłane 23 sierpnia 2016 r. na adres Zamawiającego w formie pisemnej i wpłynęły do Zamawiającego 24 sierpnia 2016 r.

Odwołujący z uwagi na odległość od siedziby Zamawiającego i wielość podmiotów wchodzących w skład konsorcjum nie był w stanie fizycznie przedłożyć oryginałów dokumentów do siedziby Zamawiającego. Konsorcjum miało także na uwadze fakt, że

Zamawiający dopuścił taką możliwość porozumiewania się i przekazywania dokumentów w ogłoszeniu o zamówieniu, bowiem w sekcji VI.3) ust. II wskazał, że „Zamawiający będzie porozumiewał się z wykonawcą w sprawach dotyczących niniejszego postępowania w formie pisemnej, faksem oraz drogą elektroniczną za wyjątkiem wniosku oraz oferty, które muszą być złożone w formie pisemnej. Oświadczenia i wnioski, zawiadomienia oraz informacje uważa się złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu, a fakt otrzymania został niezwłocznie potwierdzony przez każdą ze stron na żądanie drugiej.” Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia i dokumenty zostały złożone w terminie, bowiem Zamawiający dopuścił porozumiewanie się z wykonawcami m.in. drogą elektroniczną (za wyjątkiem wniosku oraz oferty). Zamawiający w ogłoszeniu wskazał także, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu, a fakt otrzymania został niezwłocznie potwierdzony przez każdą ze stron na żądanie drugiej. Z tego wynika, że Zamawiający przewidział domniemanie terminowości doręczenia pisma: skoro za pismo złożone w terminie uważa się pismo przekazane za pomocą faksu, to oryginał pisma może wpłynąć po terminie.

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie toczy się spór, czy uzupełnienie dokumentów poprzez przekazanie pisma faksem w terminie i jednocześnie oryginału (zwykle listem poleconym bądź kurierem), wskutek czego oryginalny dokument w praktyce wpływa do Zamawiającego po terminie wyznaczonym w wezwaniu – czyni zadość wezwaniu Zamawiającego. Jednak w niniejszej sprawie nie może być wątpliwości co do rozstrzygnięcia powyższej kwestii, wobec postanowienia przywołanego w sekcji VI.3) ust. II ogłoszenia o zamówieniu. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany był uznać, że skany dokumentów przekazane faksem w terminie wyznaczonym w wezwaniu, a następnie pisemnie, zostały skutecznie uzupełnione. Skoro nie było merytorycznych zastrzeżeń do dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, a uzupełnienie dokumentów nastąpiło w terminie, Zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia Odwołującego.

Niniejsze postępowanie jest postępowaniem dwuetapowym. Z tego faktu wynikają dodatkowe okoliczności przemawiające za dopuszczalnością złożenia dokumentów za pośrednictwem skanów i poczty elektronicznej z jednoczesnym wysłaniem oryginałów dokumentów za pośrednictwem Poczty Polskiej do zamawiającego.

Zgodnie z art. 27 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych 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, a sam wniosek przed upływem terminu składania został wysłany w formie pisemnej i zamawiający otrzymał go nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu składania wniosków. W ocenie Odwołującego również treść przepisu art. 27 ust. 5 w powiązaniu z art. 47 ustawy

Prawo zamówień publicznych wskazuje na mniej sformalizowany sposób składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, które dopiero będą poproszone o złożenie oferty.

Eliminacja Odwołującego na obecnym etapie z powodów wskazanych przez Zamawiającego powoduje, że Zamawiający naruszył art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji może wystąpić na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikać z działania zamawiającego, jak i wykonawcy. Zamawiający poprzez eliminację Odwołującego z dalszej części postępowania przetargowego pozbawia się możliwości uzyskania korzystniejszej oferty. Brak wykluczenia Odwołującego nie naruszałby uczciwej konkurencji wobec podmiotów ubiegających się o uzyskanie zamówienia.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W swoim stanowisku wskazał, iż zgodnie z treścią punktu VI.3) ppkt II ogłoszenia o zamówieniu „Wszelka korespondencja prowadzona będzie wyłącznie z pełnomocnikiem wykonawcy. Zamawiający będzie porozumiewał się z wykonawcą w sprawach dotyczących niniejszego postępowania w formie pisemnej, faksem oraz drogą elektroniczną, za wyjątkiem wniosku oraz oferty, które muszą być złożone w formie pisemnej. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu, a fakt otrzymania został niezwłocznie potwierdzony przez każdą ze stron na żądanie drugiej.”

Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 11 wykonawców, w tym Odwołujący.

Zamawiający w toku badania i oceny wniosków powziął wątpliwości, czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, w związku z tym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał go do uzupełnienia wniosku w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że: „Dokumenty (...) należy dostarczyć do siedziby Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centralne Biuro Zamówień, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74, skrzydło B, przyziemie, sekretariat (pokój 001), do dnia 23.08.2016 r.”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący 23 sierpnia 2016 r. przesłał do Zamawiającego maila zawierającego skan odpowiedzi na wezwanie oraz dokumentów, a następnego dnia, tj. 24 sierpnia 2016 r. dostarczył do siedziby Zamawiającego uzupełnienie w formie pisemnej. Uzupełnione dokumenty nie były opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, ale stanowiły skan dokumentów.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazując, że: „(...) Oryginały dokumentów wpłynęły do Zamawiającego 24.08.2016 r., tj. po upływie wyznaczonego terminu. (...) Skan nie jest oryginałem, ani kopią potwierdzoną za zgodność z oryginałem, nie stanowi także formy pisemnej (...). Również późniejsze przesłanie oryginału pisma pozostaje bez znaczenia skoro został on doręczony zamawiającemu po terminie wskazanym w wezwaniu. Uznanie takiego uzupełnienia dokumentów za prawidłowe prowadzioby do naruszenia zasady równego traktowania uczestników postępowania, którzy zastosowali się do wezwania Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe, uznać należy, że Wykonawca nie uzupełnił w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co skutkuje koniecznością wykluczenia go z udziału w postępowaniu.”

Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego wskazując, iż jest ona bezzasadna. Stwierdził, iż w orzecznictwie niejednokrotnie wskazywano, iż nie należy utożsamiać funkcji komunikacyjnej zamawiającego z wykonawcami z funkcją potwierdzania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które są od siebie odrębnie unormowane i nie mogą być utożsamiane na tym samym poziomie funkcjonalności. Argumentacja Odwołującego, który powołuje się na zapisy ogłoszenia o zamówieniu dopuszczające porozumiewanie się z Zamawiającym drogą elektroniczną, jest zatem bezpodstawna. Odwołujący nie dostrzega różnicy pomiędzy komunikacją z Zamawiającym (dotyczącą przebiegu postępowania), a potwierdzeniem warunków udziału w postępowaniu, które są częścią oferty (wniosku).

W piśmiennictwie reprezentowany jest pogląd, iż zadośćuczynienie wezwaniu zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych może nastąpić jedynie w formie pisemnej, gdyż dokument czy oświadczenie powinny mieć taką samą formę jak dokumenty i oświadczenia złożone w ofercie. Za niedopuszczalne należy więc uznać wypełnienie żądania zamawiającego dostarczenia dokumentów czy oświadczeń przez dostarczenie ich faksem lub e-mailem. Wynika to z odwołania w art. 26 ust. 3 do art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który z kolei w zakresie formy dokumentów został doprecyzowany przez szczegółowe zapisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W doktrynie prezentowany jest również pogląd, zgodnie z którym w zależności od rodzaju czynności, dokumentu, czy oświadczenia w postępowaniu odmiennie będą przedstawiały się zasady w tym przedmiocie, a także kwestie dotyczące ich doręczania. Uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (oraz pełnomocnictw) jest składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność

z oryginałem przez wykonawcę. W sytuacji, gdy dokumenty są składane w formie elektronicznej, powinny zostać przez wykonawcę opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Do dokumentów uzupełnianych stosuje się ogólne reguły dotyczące oferty i dokumentów składanych w postępowaniu. Dla zachowania formy nie bez znaczenia są także ustanowione w konkretnym postępowaniu – w wezwaniu kierowanym do wykonawcy – reguły i terminy uzupełnienia dokumentu. W pierwszym rzędzie należy zatem poddać analizie treść wezwania, jakie w konkretnej sytuacji kieruje Zamawiający do wykonawcy, ono to bowiem wskazuje, w jakim terminie należy złożyć dokument w wymaganej formie i tak należy uznać uzupełnienie za skuteczne, jeśli Zamawiający zdecyduje się na złagodzenie formy wymaganej treścią § 7 ust. 1 ww. rozporządzenia, poprzestając, przykładowo na przesłaniu w oznaczonym terminie jedynie faksu lub przesyłki pocztą elektroniczną, albo wskazaniu, że zadowoli się przesłaniem w oznaczonym terminie faksu lub poczty elektronicznej zawierającej stosowne uzupełnienie, przy potwierdzeniu w określonym czasie tych dokumentów w postaci pisemnej (w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem), a wykonawca zastosuje się do tak określonego wezwania. Jeżeli Zamawiający wskazuje w wezwaniu formę, w jakiej wykonawca zobowiązany jest dostarczyć uzupełnione dokumenty dla stwierdzenia skutecznego ich uzupełnienia, to nie można czynić wykonawcy zarzutu nieprawidłowego uzupełnienia dokumentów, jeśli uczynił to w formie wskazanej w skierowanym do niego wezwaniu.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia wniosku wprost zwrócił się do Odwołującego z żądaniem o dostarczenie dokumentów do siedziby Zamawiającego w wyznaczonym terminie. W związku z tym zarzuty odwołania mogłoby być zasadne, jedynie w sytuacji, gdyby Zamawiający dopuścił możliwość uzupełniania braków w formie faksu, a następnie wykluczył Odwołującego z postępowania.

W przetargu ograniczonym zamawiający, jak w każdym innym postępowaniu, wyznacza wykonawcom termin na dokonanie tych czynności. Niedochowanie tego terminu, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie, musi skutkować wykluczeniem z postępowania.

Zgodnie z treścią § 7 ust. 1 ww. rozporządzenia „dokumenty są składane 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.”

Odwołujący upatruje naruszenia ww. regulacji w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w nieuznaniu przez Zamawiającego dokumentów przesłanych w formie skanu drogą elektroniczną, w sytuacji, gdy następnie zostały złożone w oryginale.

W przedmiotowej sprawie oryginał pisma został doręczony Zamawiającemu po terminie wskazanym w wezwaniu, zatem wcześniejsze przesłanie maila wraz ze skanem

przedmiotowych dokumentów nie ma tutaj znaczenia. Wykonawca powinien złożyć wymagane dokumenty w siedzibie Zamawiającego do upływu terminu określonego w wezwaniu.

Za kopię dokumentu potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę nie można uznać wydruku faksowego. Aby kopia dokumentu była potwierdzona za zgodność z oryginałem, musi na niej widnieć własnoręczny, oryginalny podpis wykonawcy. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca potwierdził za zgodność z oryginałem wydruk faksowy, o ile wcześniej się zapoznał z oryginałem dokumentu – wówczas wydruk z faksu powinien być opatrzony oryginalnym podpisem. Dopuszczenie przez zamawiającego do kontaktów formy innej, niż pisemna nie deroguje naczelnej zasady, że dokumenty składane wraz z ofertą muszą mieć formę pisemną.

Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Ponadto ust. 3 wspomnianego przepisu stanowi iż, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W przedmiotowym stanie faktycznym samo dopuszczenie Odwołującego do postępowania byłoby niezgodne z przepisami ustawy, gdyż Odwołujący nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu. Obowiązkiem Zamawiającego jest przestrzeganie ustalonych warunków (tożsamy dla wszystkich uczestników postępowania), na jakich dokonywana miała być weryfikacja złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Należy zaznaczyć, iż zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Aby zamówienia udzielić „wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy” zamawiający musi prawidłowo przeprowadzić procedurę wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest niezasadny.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), który ma zastosowanie w niniejszej sprawie, dokumenty, o których mowa w ww. rozporządzeniu składane są 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. Inne osoby niż „wykonawca”, które mogą dokonać takiego poświadczenia, zostały wskazane w ust. 2 tego przepisu.

Jednak w stosunku do niektórych dokumentów, jak zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, oczekuje się wyłącznie formy pisemnej (status takiego zobowiązania jest tu nieco odmienny, gdyż zasadniczo jest to dokument, o którym mowa w ustawie Prawo zamówień publicznych, a nie ww. rozporządzeniu i jest składany z inicjatywy samego wykonawcy, a nie na żądanie zamawiającego).

W przetargu ograniczonym przedmiotowe dokumenty składa się wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z założenia wnioszek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinien być kompletny już w chwili jego złożenia. Możliwość uzupełnienia dokumentów jest jedynie daniem przez ustawodawcę wykonawcom dodatkowej szansy na poprawienie kwestii formalnych, aby nie odrzucać wniosków, które w łatwy sposób dadzą się naprawić. Uzupełniane dokumenty stanowią więc część wniosku, zatem dotyczą ich reguły opisane w ogłoszeniu o zamówieniu, a dotyczące m.in. treści czy formy danego dokumentu. Zostały one wskazane m.in. w § 7 ww. rozporządzenia, zatem mają być składane w oryginale albo kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem – dla ułatwienia – nie przez notariusza według zasad ogólnych, lecz przez samego wykonawcę czy podmiot, którego dotyczą.

Dokumenty uzupełniane, aby zostać zaakceptowane, muszą zostać uzupełnione w sposób bezbłędny.

Jak wynika z art. 26 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Powyższy przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje więc po pierwsze, że są to te same dokumenty, których dołączenia do wniosku wymagał zamawiający (co do tego nie było wątpliwości). Konsekwencją tego jest zaś to, że dotyczą ich te same wymogi merytoryczne i formalne, które miały być spełnione pierwotnie, tj. w chwili ich dołączania do wniosku.

Po drugie przepis ten stanowi też, że termin uzupełnienia dokumentów określa zamawiający, a dokumenty muszą zostać złożone w tym wyznaczonym terminie. Ta kwestia również nie jest sporna w praktyce.

Z powyższego wynika więc, że dokumenty musiały zostać przedstawione przez Odwołującego we wskazanej dacie (do wyznaczonego dnia i ewentualnie godziny) oraz w formie odpowiednio oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez uprawnioną osobę lub osoby.

Należy tu też zwrócić uwagę, że choć przepisy nie wyjaśniają, w jaki sposób powinno zostać dokonane poświadczenie kopii za zgodność z oryginałem, oczywiste jest, że – skoro kopia ma być równoważna oryginałowi – to chociaż samo dokonane poświadczenie powinno mieć formę oryginału – co samo w sobie wyklucza posługiwanie się kopią takiego dokumentu czy przesyłanie go za pomocą środków komunikacji elektronicznej czy faksu (w swoim stanowisku Zamawiający również przywoływał wcześniejsze wypowiedzi Izby w tej kwestii).

Owszem, w praktyce zdarza się, iż zamawiający wskazują na możliwość uzupełnienia dokumentów za pośrednictwem faksu czy poczty elektronicznej – w takim wypadku dokumenty siłą rzeczy nie mogą zostać uzupełnione w postaci oryginałów czy oryginalnie poświadczonych kopii. Zamawiający przyjmują też rozwiązanie, iż wyznaczają jeden termin na uzupełnienie dokumentów faksem bądź pocztą elektroniczną, a drugi na uzupełnienie ich w wersji oryginalnej.

Nawet jeśli takie wezwanie nie zawsze jest formalnie prawidłowe, wada tej czynności obciąża zamawiającego, a nie wykonawcę, który dostosował się do treści żądania (o tej okoliczności Zamawiający wspominał w swoim stanowisku).

Jednak z powyższych powodów przyjmuje się, że najistotniejsze znaczenie dla oceny poprawności dokonania uzupełnienia ma treść wezwania do tego uzupełnienia.

W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający wskazał, iż żądane dokumenty należy dostarczyć do siedziby Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centralne Biuro Zamówień, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74, skrzydło B, przyziemie, sekretariat (pokój 001), do 23 sierpnia 2016 r.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący 23 sierpnia 2016 r. przesłał do Zamawiającego e-maila zawierającego skan odpowiedzi na wezwanie oraz dokumentów, a następnie 24 sierpnia 2016 r. dostarczył do siedziby Zamawiającego uzupełnienie w formie „pisemnej”.

Zdaniem Izby, chociaż nie zostało to wskazane *expressis verbis*, powyższe wezwanie oznacza jednoznacznie, że Zamawiający oczekiwał uzupełnienia dokumentów nie w postaci faksu czy poczty elektronicznej, ale w formie „papierowej”, gdyż takie dokumenty składa się w sekretariacie czy kancelarii instytucji i dla takiej formy uzupełnienia wyznaczył datę 23 sierpnia 2016 r. Przy czym pod pojęciem formy „papierowej” Izba rozumie odpowiednio formę oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem.

Fakt więc, że Odwołujący uzupełnił dokumenty w dacie wyznaczonej przez Zamawiającego, tj. 23 sierpnia 2016 r. w postaci skanów, czyli w nieprawidłowej formie, a wyznaczył sobie dodatkową datę na ich poprawne złożenie, nie może zostać zaakceptowany.

Trzeba też zauważyć, że wśród dokumentów, które uzupełnił Odwołujący, znajdowało się także zobowiązanie innego podmiotu, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak Izba wskazała powyżej, dokument taki powinien zostać złożony w oryginale – niemożliwe więc jest jego poprawne uzupełnienie w postaci skanu.

Izba podziela też stanowisko prezentowane we wcześniejszych orzeczeniach Izby, również przywołanych w odpowiedzi na odwołanie, że – z powyżej opisanych względów – uzupełnianie dokumentów kieruje się innymi regułami niż inna korespondencja prowadzona pomiędzy zamawiającym a wykonawcą i nie dotyczy jej wprost reguła dotycząca porozumiewania się wyrażona w art. 27 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (jak wskazano powyżej, nawet jeśli dopuści się formę elektroniczną lub faksową, musi to wynikać bezpośrednio z wezwania do uzupełnienia). Tym samym nie ma zastosowania też punkt VI.3) ppkt II ogłoszenia o zamówieniu stanowiący, że „Zamawiający będzie porozumiewał się z wykonawcą w sprawach dotyczących niniejszego postępowania w formie pisemnej, faksem

oraz drogą elektroniczną, za wyjątkiem wniosku oraz oferty, które muszą być złożone w formie pisemnej. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu, a fakt otrzymania został niezwłocznie potwierdzony przez każdą ze stron na żądanie drugiej.”, który jest kalką przepisu art. 27 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. (Niezależnie od tego należy zwrócić uwagę, iż nawet gdyby przyjąć to za generalną regułę, to Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia akurat w tym jednym przypadku wskazał szczególny sposób przekazania „korespondencji”).)

W opinii Izby w żadnym wypadku nie może tu mieć zastosowania także przepis art. 27 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu uważa się za złożony w terminie, jeżeli przed upływem terminu składania wniosków został on przesłany w formie pisemnej, a zamawiający otrzymał go nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu składania wniosków, a informacja o złożeniu wniosku została przekazana zamawiającemu przed upływem terminu na składania wniosków.

Powyższy przepis w sposób wyłączny dotyczy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i stanowi nie tylko wyjątek, ale wręcz ewenement w procedurze udzielania zamówień. Tym samym jak każdy wyjątek nie może być przekształcany w generalną regułę, tym bardziej, że stoi w sprzeczności z przepisem szczególnym dotyczącym uzupełniania dokumentów, który wyraźnie odnosi się do konieczności dokonania uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Należy też zwrócić uwagę, że prawo unijne (zwłaszcza orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej), a także orzecznictwo i piśmiennictwo krajowe dość restrykcyjnie traktują instytucję uzupełniania dokumentów uznając, że jest to moment w postępowaniu, w którym w łatwy i często mimowolny sposób mogą zostać naruszone prawa wykonawców do równego traktowania poprzez zbyt uprzywilejowane potraktowanie niektórych z nich.

Nie jest też tak, że akceptacja tego stanu rzeczy (dokonanego uzupełnienia) nie wpływałaby na konkurencję, sytuację w postępowaniu czy interes innych wykonawców – Zamawiający bowiem, aby przyjąć wniosek Odwołującego i zaprosić go do składania ofert, musiałby uznać za wykluczonego innego wykonawcę (Zamawiający przewidział zaproszenie ośmiu wykonawców, i tylu zaprosił bez Odwołującego).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

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

Przewodniczący:

.....

.....