

WYROK

z dnia 10 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Aneta Górniak

po rozP. na rozprawie **5 stycznia 2017 r.** w W. odwołania wniesionego **19 grudnia 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **E.P. sp. z o.o. z siedzibą w W.**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w Szczecinie i Świnoujściu”* (nr postępowania IREZA5c-216-02/16 oraz 9090/IREZA5/15692/07296/16/P)

prowadzonym przez zamawiającego: **P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W.**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B. sp. z o.o. z siedzibą w P., S. S.A.S. z siedzibą w N. (F.)** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W.: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – dokonanie oceny wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonych przez E.P. sp. z o.o. z siedzibą w W..**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – E.P. sp. z o.o. z siedzibą w W. tytułem wpisu od odwołania.**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego – P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W. na rzecz odwołującego – E.P. sp. z o.o. z siedzibą w W. kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty**

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. 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 Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W. – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na usługi pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w Szczecinie i Świnoujściu”* (nr postępowania IREZA5c-216-02/16 oraz 9090/IREZA5/15692/07296/16/P).

Ogłoszenie o tym zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S_169-304351 2 września 2016 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {<https://zamowienia.plk-sa.pl>}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

9 grudnia 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – E.P. sp. z o.o. z siedzibą w W. {dalej również: „E.”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B. sp. z o.o. z siedzibą w P., S. S.A.S. z siedzibą w N. we Francji {dalej również: „Konsorcjum B.”}, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego.

19 grudnia 2016 r. Odwołujący wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie zaznaczono inaczej) {lista zarzutów}:

1. Art. 90 ust. 3 i art. 90 ust. 1 w zw. z art. 61 Kodeksu cywilnego {„kc”} w zw. z art. 14 ust. 1 – przez brak skutecznego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i przyjęcie przez Zamawiającego, że mimo nieskutecznego wezwania do złożenia wyjaśnień cena oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na niezłożenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie.

2. Art. 90 ust. 3 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy Odwołujący po otrzymaniu wezwania do złożenia wyjaśnień ceny, takie wyjaśnienia przedstawił bez zbędnej zwłoki Zamawiającemu, który zaniechał ich oceny.
3. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami pzp, polegające na przyjęciu, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, mimo że nie miał on realnej możliwości wykonania w wyznaczonym terminie wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzuceniu oferty Odwołującego.
2. Unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum B..
3. Przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego.
4. Ewentualnie – ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.
5. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności faktyczne dotyczące wezwania, o którym mowa w liście zarzutów:

- Datowane na 17 października 2016 r. pismo, obejmujące wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp w terminie zakreślonym na 25 października 2016 r. godz. 10:00, zostało przesłane przez Zamawiającego wyłącznie drogą elektroniczną na adres poczty elektronicznej Odwołującego przetargi@E.-poland.com.
- Zamawiający w treści wiadomości elektronicznej, do której załącznikiem było wezwanie, zażądał od Odwołującego potwierdzenia otrzymania przesłanej mu wiadomości. Potwierdzenie takie nie zostało przez Odwołującego wysłane w tym dniu, ani w dniach bezpośrednio po nim następujących.
- 26 października 2016 r., kiedy Odwołujący zyskał możliwość zapoznania się z wezwaniem (wiadomość została przyjęta i zarejestrowana na serwerze adresata, czyli wyświetliła się u adresata), pismem (znak 393/CAn/CS/ACK/2016) poinformował Zamawiającego

o zaistniałej sytuacji, wnosząc jednocześnie o wyznaczenie nowego terminu na udzielenie wyjaśnień. Pismem z 28 października 2016 r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu dodatkowo ekspertyzę techniczną wskazującą na nieprawidłowości w funkcjonowaniu serwerów pocztowych, z których korzystał Odwołujący, do której doszło z przyczyn niezależnych od niego.

– Wobec braku odpowiedzi ze strony Zamawiającego, Odwołujący pismem z 31 października 2016 r. przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia wraz z odpowiednimi dowodami dotyczącymi elementów oferty Odwołującego mających wpływ na wysokość jej ceny.

Odwołujący zaznaczył, że wadliwe funkcjonowanie wykorzystywanego przez niego serwera nie było spowodowane jego zaniedbaniem, czy niedołożeniem przez niego należytej staranności profesjonalisty, gdyż wobec braku wystarczającej wiedzy i odpowiedniej infrastruktury technicznej zdecydował się na skorzystanie z usług podmiotu trzeciego, świadczącego usługi informatyczne w sposób profesjonalny, który utrzymuje system poczty Odwołującego (serwer fizyczny i oprogramowanie serwerowe), a także zajmuje się kompleksowo obsługą informatyczną Odwołującego (m. in. w zakresie audytu sprzętu i oprogramowania, usług hostingowych, obsługi, w tym konserwacji, serwerów, rozwiązywania bieżących problemów i, jak to określono w odwołaniu, *profilaktyki IT*). Odwołujący sprecyzował, że w dacie nadania wezwania wystąpił błąd oprogramowania serwera poczty, który miał taki charakter, że Odwołujący nie mógł stwierdzić jego wystąpienia i usunąć go przed 25 października 2016 r., gdyż brak rejestracji wiadomości elektronicznych na serwerze zdarzał się incydentalnie, w sposób przypadkowy (nie dotyczył określonych nadawców) według niemożliwego do przewidzenia wzoru. Pomimo że osoba odpowiedzialna za obsługę skrzynki elektronicznej Odwołującego regularnie monitorowała zawartość poczty, obiektywnie nie miała możliwości odczytania wiadomości, jeśli nie została ona zapisana przez serwer. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący zatrudnia specjalistyczną firmę, która zajmuje się świadczeniem obsługi informatycznej firmy Odwołującego.

Odwołujący zacytował również informację o sposobie porozumiewania się z wykonawcami zamieszczoną w pkt 24.1 SIWZ-IDW: *Zamawiający będzie porozumiewał się z Wykonawcą w sprawach dotyczących niniejszego postępowania w formie pisemnej, faksem oraz drogą elektroniczną, za wyjątkiem oferty, która musi być złożona 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.*

Odwołujący zarzucił, że w powyższych okolicznościach decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty z powodu nieudzielenia wyjaśnień w określonym terminie była błędna.

W uzasadnieniu prawnym Odwołujący wskazał, że dla oceny skutków prawnych oświadczenia woli Zamawiającego złożonego w formie elektronicznej (w tym przypadku wezwania do złożenia wyjaśnień) nie ma znaczenia moment wysłania wiadomości elektronicznej zawierającej to oświadczenie, ale moment, w którym odbiorca (w tym przypadku Odwołujący) miał możliwość zapoznania się z jego treścią. Wobec braku stosownych regulacji w ustawie pzp, na zasadzie art. 14 ust. 1 pzp zastosowanie znajdzie regulacja zawarta w art. 61 § 2 kc, zgodnie z którą oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Przy czym zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uzasadnieniu postanowienia z 10 grudnia 2003 r. (sygn. akt V CZ 127/03): *oświadczenie woli w postaci elektronicznej dokonywane on-line zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych.*

Odwołujący dodał, że Jak wskazuje się w doktrynie: *Zgodnie z teorią dotyczenia, leżącą u podstaw art. 61 § 2 k.c. ryzyko niedojścia oświadczenia woli do adresata spoczywa na składającym oświadczenie. Ewentualne przeszkody w dostępie do sieci informatycznej, wadliwości jej funkcjonowania, niesprawność serwerów pośredniczących w przekazie itp. obciążają nadawcę (J. Barta. R. Markiewicz, Internet..., op. cit.. s. 54). Oświadczenie woli powinno być poza tym przesłane przy użyciu takiego programu, który bez trudu pozwoli adresatowi na jego odczytanie. Zastosowanie pliku niestandardowego, nieznanego się w powszechnym użyciu i przez to szczególnie kłopotliwego do odczytania, nie może być uznane za skuteczne wprowadzenie oświadczenia woli do środka komunikacji elektronicznej adresata (M. Safjan (w:) K. Pietrzykowski, Komentarz, t I. 2008, s. 351). Po wprowadzeniu oświadczenia woli do środka komunikacji elektronicznej adresata ryzyko niemożności zapoznania się, z treścią oświadczenia woli, spoczywa na odbiorcy oświadczenia [tak: Kidyba Andrzej (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, wyd. II].*

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 28 stycznia 2015 r. (sygn. akt V Ca 1215/14) Odwołujący zacytował, że: *Zgodnie z ogólna reguła wynikająca z art. 6 kc na*

składającym oświadczenie woli spoczywa ciężar dowodu, że jego oświadczenie doszło do adresata w taki sposób, że mógł się z nim zapoznać w normalnym toku czynności, natomiast na adresacie tego oświadczenia spoczywa ewentualnie ciężar wykazania, że nie miał on rzeczywistej możliwości zapoznania się z jego treścią.

Odwołujący wywiódł, po pierwsze, że w tym przypadku informacja wysłana przez Zamawiającego na adres poczty elektronicznej Odwołującego nie została wprowadzona do serwera – środka komunikacji elektronicznej adresata (czyli Odwołującego), gdyż została przyjęta i zarejestrowana na tym serwerze (czyli wyświetliła się u adresata) dopiero 26 października 2016 r.

Po drugie, Odwołujący podniósł, że określając w specyfikacji sposób porozumiewania się z wykonawcami Zamawiający przesądził, że warunkiem uznania, że dane wezwanie zostało skutecznie skierowane do wykonawcy, było otrzymanie przez Zamawiającego od adresata potwierdzenia faktu otrzymania wezwania. Odwołujący zarzucił, że pomimo wystosowania żądania potwierdzenia otrzymania wezwania i braku otrzymania takiego potwierdzenia, mimo ustanowionej przez siebie w SIWZ regulacji, Zamawiający uznał doręczenie za skuteczne.

Oдноśnie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp Odwołujący dodał, że Zamawiający nie spełnił swoich obowiązków, ponieważ nie wszyscy wykonawcy, co do których Zamawiający miał wątpliwości w zakresie prawidłowości ceny oferty, zostali prawidłowo wezwani do złożenia wyjaśnień, co stanowi złamanie reguły uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne.

Według Odwołującego należy wziąć pod uwagę następujący kontekst: Zamawiający i Odwołujący wielokrotnie współpracowali ze sobą, Zamawiający wie, że Odwołujący to podmiot z dużym doświadczeniem, który zapewnia prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, odznaczający się profesjonalizmem i sprawnością w kwestiach biznesowych.

Stąd właściwe byłoby założenie, że nastąpił błąd w komunikacji i skontaktowanie się przed upływem terminu wyznaczonego na złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Tymczasem Zamawiający odstąpił od innych form komunikacji z Odwołującym. Nie tylko nie ponowił wezwania do złożenia wyjaśnień, ale i nie podjął żadnych starań zmierzających do wyjaśnienia zaistniałej sytuacji. Wreszcie Zamawiający całkowicie pominął wyjaśnienia złożone przez Odwołującego co do braku skuteczności wezwania, jak i nie dokonał oceny merytorycznej otrzymanych od Odwołującego wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Odwołujący podsumował, że tylko dochowanie przez Zamawiającego wyżej wskazanych, a wynikających z SIWZ i obowiązujących przepisów prawa zasad gwarantowałyby zachowanie zasady równości – każdy wykonawca miałby takie same szanse na złożenie wyjaśnień. Odpowiednio szybka reakcja Zamawiającego umożliwiłaby Odwołującemu złożenie wyjaśnień w terminie. Ewentualnie, reguły konkurencji można było zachować przedłużając termin wszystkim wykonawcom.

Pismem z 22 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 20 grudnia 2016 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

22 grudnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu zgłoszenie przez Konsorcjum B. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego .

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

5 stycznia 2017 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie {datowaną na 4 stycznia 2017 r.}, wnosząc o jego oddalenie i wskazując argumentację dla uzasadnienia swojego stanowiska.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozP. przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której

Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i piśmie z 5 stycznia 2016 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która wedle kryteriów oceny może się okazać najkorzystniejsza. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi odrzucenie jego oferty, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała następujące okoliczności za istotne dla sprawy:

Zamawiający określił w pkt 24.1 instrukcji dla wykonawców zawartej w I. tomie specyfikacji istotnych warunków zamówienia następujący sposób porozumiewania się z wykonawcami: *Zamawiający będzie porozumiewał się z Wykonawcą w sprawach dotyczących niniejszego postępowania w formie pisemnej, faksem oraz drogą elektroniczną, za wyjątkiem oferty, która musi być złożona 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.*

Z powyższego postanowienia wynika w szczególności, że dla uznania skuteczności doręczenia w danym terminie konieczne jest łączne spełnienie dwóch warunków: po pierwsze – treść oświadczenia, wniosku, zawiadomienia lub innych informacji dotarła do adresata przed upływem terminu, po drugie – adresat niezwłocznie potwierdził ten fakt na

żądanie nadawcy.

Przesyłając 17 października 2016 r. drogą elektroniczną do E. wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp w terminie do 25 października 2016 r. godz. 10:00, Zamawiający zwrócił się jednocześnie o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania tej wiadomości.

Potwierdzenia takiego nie otrzymał niezwłocznie, ale dopiero 26 października 2016 r., kiedy E. odczytał otrzymaną wiadomość, wnosząc jednocześnie o wyznaczenie nowego terminu na złożenie wyjaśnień.

Zamawiający nie ponowił wezwania drogą elektroniczną, faksem lub w formie pisemnej.

Zamawiający uzyskał pewność, że wysłana 17 października 2016 r. wiadomość elektroniczna została wprowadzona do serwera – środka komunikacji elektronicznej E. dopiero po wniesieniu odwołania {złożone na rozprawie wydruki dzienników systemowych poczty elektronicznej (logów) stanowiące załącznik do pisma Biura Informatyki Zamawiającego z 3 stycznia 2017 r.}.

Zamawiający nie miał zatem podstaw, aby uznać wezwanie do złożenia wyjaśnień dotarło do E. w terminie, gdyż nie został dopełniony drugi z warunków skuteczności doręczenia obowiązujących w tym postępowaniu reguł porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami.

Reasumując, Izba uznała za istotne, że wbrew wprowadzonemu przez siebie postanowieniu, Zamawiający uznał, że E. otrzymał wezwanie 17 października 2016 r., pomimo braku potwierdzenia przez niego tego faktu, a także bez sprawdzenia w inny sposób, czy wiadomość dotarła do adresata, w tym nie dokonując choćby próby skomunikowania się z E. tą samą drogą lub innymi dopuszczonymi przez siebie formami porozumiewania.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 7 pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazania osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami.

W ocenie Izby wprowadzona przez Zamawiającego na potrzeby prowadzonego postępowania regulacja porozumiewania się z wykonawcami, o której zostali poinstruowani

wykonawcy, ma pierwszeństwo w stosunku do tego, co wynika z art. 18 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych ustaw (Dz.U. poz. 1020).

Według regulacji zawartej w powyższych przepisach w postępowaniach o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 18 października 2016 r.:

- po pierwsze – komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się zgodnie z wyborem zamawiającego za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529 oraz z 2015 r. poz. 1830), osobiście, za pośrednictwem postańca, faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r. poz. 1422, z 2015 r. poz. 1844 oraz z 2016 r. poz. 147 i 615);
- po drugie – jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje za pośrednictwem faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Regulacja ta jest zatem zbieżna z dotychczas obowiązującym art. 27 ust 1 i 2 pzp.

Zamawiający w s.i.w.z., po pierwsze – dokonał wyboru pisemnej, faksowej i elektronicznej metody komunikacji jako równorzędnie obowiązujących w postępowaniu, do czego był uprawniony na mocy delegacji wynikającej z pierwszego z przywołanych powyżej przepisów ustawowych. Po drugie jednak – wprowadził dodatkowo zasadę, że przekazywane informacje uważa się za skutecznie doręczone adresatowi, jeżeli niezwłocznie potwierdzi on fakt ich otrzymania na żądanie nadawcy. Regulacja ta zasadniczo odbiega od drugiego z przywołanych przepisów ustawy nowelizującej (dawny art. 27 ust. 2 pzp), w którym jest tylko mowa o obowiązku odbiorcy niezwłocznego potwierdzenia na żądanie nadawcy faktu otrzymania informacji, bez wkraczania w materię, czy i kiedy można uznać, że dotarła ona do adresata. Natomiast z przywołanego powyżej postanowienia instrukcji dla wykonawców *a contrario* wynika, że jeżeli odbiorca nie potwierdził niezwłocznie otrzymania informacji, nie uważa się jej za skutecznie doręczoną, choćby jej treść dotarła do niego w terminie.

Powyższe ma doniosłe konsekwencje prawne, gdyż skoro powszechnie obowiązujące przepisy dotyczące zamówień publicznych nie zawierają szczególnej regulacji co do ustalenia momentu dojścia oświadczenia woli do adresata, na mocy przywołanego art. 14 pzp zastosowanie mają uregulowana zawarte w przepisach Kodeksu cywilnego. W tym

art. 61 § 2 kc, zgodnie z którym oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Z teoretycznego punktu widzenia możliwe są różne sposoby wyznaczenia chwili, w której następuje skuteczne złożenie oświadczenia woli składanego innej osobie. Przywołany przepis jest wyrazem tzw. teorii doręczenia, według której za rozstrzygający przyjmuje się moment dotarcia oświadczenia woli do adresata. Natomiast uregulowanie wprowadzone przez Zamawiającego stanowi przejaw tzw. teorii zapoznania się, według której decydujące znaczenie ma moment zapoznania się adresata z doręczonym mu oświadczeniem woli.

Izba zważyła, że nie ma znaczenia, czy wprowadzenie takiej szczególnej regulacji dla tego postępowania było intencją Zamawiającego, gdyż zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem w razie rozbieżności pomiędzy wolą zamawiającego a jej przejawieniem w specyfikacji należy rozstrzygające znaczenie ma treść tego dokumentu interpretowana w sposób obiektywny, czyli tak, jak mogli ją odczytać jego adresaci, którymi są wykonawcy. Nie mogą oni ponosić negatywnych skutków, jeżeli treść specyfikacji jest inna, niż zamierzał zamawiający.

Nie można jednak wykluczyć, że w chwili kształtowania postanowień s.i.w.z. dla Zamawiającego większą wartość miało zagwarantowanie, aby z powodu zwykłego przeoczenia lub innej nieostrożności wykonawcy, która normalnie obciążałaby go jako adresata oświadczenia woli doręczonego w taki sposób, że mógł się z nim zapoznać, nie doszło do wypaczenia wyniku postępowania w tym sensie, że zamówienie uzyska inny wykonawca niż ten, który złożył najkorzystniejszą ofertę według kryteriów oceny ofert. Natomiast Zamawiający mógł zmienić zdanie po otwarciu ofert, kiedy przekonał się, że ma dostateczną liczbę ofert z cenami, które go satysfakcjonują, gdyż przeprowadzenie procedury, o której mowa w art. 90 pzp, w tym ocena złożonych wyjaśnień, jest niewątpliwie czasochłonnym i niełatwym zadaniem.

W konsekwencji niedochowanie zakreślonego w wezwaniu terminu nie może rodzić negatywnych skutków dla Odwołującego, a Zamawiający bezpodstawnie uznał, że może z tego powodu odstąpić od oceny wyjaśnień, które na długo przed podjęciem decyzji o rozstrzygnięciu postępowania faktycznie otrzymał.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie

art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: