

WYROK

z dnia 1 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 września 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 14 sierpnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **InPost S.A. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług pocztowych i kurierskich dla potrzeb Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni* (nr postępowania EZP.271.46.2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2.** Kosztami postępowania obciąża **InPost S.A. z siedzibą w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Świadczenie usług pocztowych i kurierskich dla potrzeb Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni* (nr postępowania EZP.271.46.2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 24 lipca 2015 r. pod poz. 188280, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.zdiz.gdynia.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

13 sierpnia 2015 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – InPost S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej również: „InPost”} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Poczta Polska ”}, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

18 sierpnia 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił w związku z tym Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 90 ust. 3 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezłożenia przezeń wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo tego, że Odwołujący nie został prawidłowo wezwany do złożenia takich wyjaśnień.
2. Art. 27 ust. 2 w zw. z art. 7 – przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, tj. uznanie, że wezwanie do złożenia wyjaśnień zostało prawidłowo doręczone Odwołującemu za pośrednictwem faksu, pomimo tego, że Odwołujący nie otrzymał, ani nie potwierdził faktu otrzymania takiego pisma.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu

powtórzenia badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

W rozdziale 6 SIWZ – *Informacja o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów* zamieszczono następujące postanowienie: *W prowadzonym postępowaniu oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający lub Wykonawca przekazują pisemnie lub faksem lub drogą elektroniczną. Jeżeli Zamawiający lub Wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.* Odwołujący podkreślił, że drugie zdanie stanowi powtórzenie brzmienia art. 27 ust. 2 ustawy pzp.

W toku postępowania Zamawiający i Odwołujący porozumiewali się za pośrednictwem faksu oraz – w wyjątkowych przypadkach – za pośrednictwem poczty elektronicznej. Na końcu każdego pisma przesyłanego w ww. wymieniony sposób, Zamawiający umieszczał informację: *Proszę o niezwłoczne potwierdzenie faktu otrzymania niniejszego pisma i przesłania na nr faksu (58) 662 28 41 lub e-mail: rzp@zdiz.gdynia.pl.* Odwołujący każdorazowo w wyraźny sposób potwierdzał otrzymanie pisma od Zamawiającego poprzez przesłanie faksem lub pocztą elektroniczną czytelnej wiadomości zwrotnej w brzmieniu: *Potwierdzam otrzymanie pisma.*

13 sierpnia 2015 r. Odwołujący za pośrednictwem faksu otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą – w związku z tym odrzuceniem – została uznana oferta złożona przez Poczta Polską S.A. Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty tym, że Odwołujący: *nie złożył wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia do wyznaczonego terminu, tj. do 12.08.2015 r. do godz. 12.00* (uzasadnienie faktyczne), wskazując jako podstawę powyższego art. 90 ust. 3 pzp (uzasadnienie prawne).

Odwołujący nie otrzymał wezwania do takich wyjaśnień i do dziś nie dysponuje jego treścią. Do momentu otrzymania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu Odwołujący w ogóle nie miał pojęcia, że takie wezwanie zostało do niego wystosowane. Odwołujący dodał, że nie zostało ono również opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego, ani w Biuletynie Informacji Publicznej.

W tak opisanym stanie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ponieważ nie mógł zapoznać się z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, które do niego nigdy do niego nie dotarło, Zamawiający nie mógł zastosować art. 90 ust. 3 pzp i odrzucić oferty Odwołującego.

Odwołujący powołał się na następujące stanowisko wyrażone w piśmiennictwie: *Posiadanie samego dowodu nadania nie jest wystarczające dla przyjęcia, iż treść oświadczenia czy zawiadomienia prawidłowo dotarła do adresata. Tymczasem obowiązek wykazania, że dokument został prawidłowo doręczony, spoczywa na stronie przekazującej. Dlatego też w ust. 2 wprowadzono obowiązek potwierdzenia drugiej stronie faktu otrzymania dokumentu, jeżeli ten został przekazany faksem lub drogą elektroniczną. Takie potwierdzenie stanowi wtedy dowód doręczenia, którego posiadanie pozwala stronie na skuteczne dochodzenie praw, jakie wiążą się z faktem przekazania oświadczenia czy innego dokumentu* {J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych – komentarz*, Warszawa 2015, komentarz do art. 27}.

Zdaniem Odwołującego w świetle art. 27 ust. 2 pzp nieuprawnione jest powoływanie się przez art. 14 pzp na art. 61 Kodeksu cywilnego {„kc”}.

Odwołujący dodał również, że według piśmiennictwa i orzecznictwa doręczenie pisma za pośrednictwem faksu nie jest doręczeniem za pomocą środków komunikacji elektronicznej, gdyż faks nie jest urządzeniem informatycznym.

Odwołujący powołał się również na to, że w wyroku z 17 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 427/09) Izba stwierdziła, co następuje. *W myśl art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...) nadawcy faksu służy prawo żądania potwierdzenia otrzymania faksu, a nie obowiązek żądania potwierdzenia faksu. Natomiast po stronie odbiorcy leży obowiązek potwierdzenia otrzymania faksu, w myśl zasady prawnej, że jeżeli jednej stronie służy prawo, to druga strona ma obowiązek. Skoro z faktu niewykonania wezwania zamawiający dokonuje wykluczenia odwołującego z postępowania, to powinien dysponować dowodem na fakt otrzymania wezwania przez odwołującego. Takim dowodem w jest potwierdzenie przez odwołującego faktu otrzymania wezwania.*

24 sierpnia 2015 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 19 sierpnia 2015 r. przekazał faksem kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

31 sierpnia 2015 r. Zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający podał następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania. Zamawiający potwierdził, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 90

ust. 3 ustawy pzp, gdyż Odwołujący nie złożył wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia do wyznaczonego terminu tj. do 12.08.2015 r. do godz. 12:00.

10 sierpnia 21015 r. Zamawiający skierował do obu wykonawców faksem pisma wzywające do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przy czym pisma te w pierwszej części których zawierały informację o poprawieniu omyłek rachunkowych.

Do Odwołującego wspomniane pismo zostało przesłane dwukrotnie na nr faksu 12 444 29 30. Najpierw zostało wykonane ręczne połączenie o godz. 14:57. Po prawidłowym przesłaniu faksu urządzenie wydrukowało raport potwierdzający pozytywną transmisję przyjęcia dokumentu z liczbą stron oraz godziną (załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie). Dla celów dowodowych o godz. 14:49 czynność została powtórzona, tym razem nadano pismo automatycznie, co znajduje potwierdzenie w kolejnym raporcie (załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie). Ponadto urządzenie faksowe marki Canon (nr tel. 58 662 28 41), które użytkuje Zamawiający, drukuje w sposób automatyczny po 60 zadaniach raport z połączeń wychodzących (oznaczenie TX) i przychodzących (RX), w którym również jest pozytywne potwierdzenie transmisji nadania wspomnianego pisma (załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie). 19 sierpnia 2015 r. Zamawiający uzyskał online od operatora Netia potwierdzenie dwukrotnego nadania tego pisma do Odwołującego (załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołanie). Zamawiający podsumował, że łącznie dysponuje 4 raportami potwierdzającymi nadania pisma z rezultatem „OK”.

W tych okolicznościach Zamawiający stwierdził, co następuje.

Według Zamawiającego jeżeli połączenie obejmujące nadanie pisma miałooby wynik negatywny to albo tego połączenia nie byłoby we wskazanych raportach, albo rezultat byłby „BL” (błąd) albo czas transmisji byłby „0”.

Zamawiający domniemywa, że przez Odwołującego została przeczytana tylko pierwsza część pisma dotycząca poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie.

Zdaniem Zamawiającego art. 27 ust. 2 ustawy pzp ani też podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ustawy pzp nie dają podstaw do zrekonstruowania obowiązku zamawiającego dokonywania ustaleń dotyczących braku potwierdzenia odebrania oświadczenia woli złożonego przez zamawiającego w formie elektronicznej lub faksowej i braku złożenia na wezwanie zamawiającego wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający zwrócił uwagę, że wykonawca jest samodzielnym i profesjonalnym uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zamawiający nie jest reprezentantem interesów żadnego wykonawcy. Brak działania po stronie wykonawcy, nawet

w sytuacji, w której niesie to dla niego negatywne konsekwencje, nie rodzi po stronie zamawiającego obowiązku podejmowania wszelkich czynności, które miałyby zapobiec tym skutkom. Równe traktowanie wykonawców wymaga, aby zamawiający stworzył wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu równe warunki uczestniczenia w nim {w tym miejscu odpowiedzi na odwołanie wskazano na sygn. akt KIO 2323/13}.

Zamawiający dodał, że art. 27 ust. 2 pzp nie powoduje obowiązku niezwłocznego przesłania w formie pisemnej informacji przesłanej faksem, lecz jedynie możliwość, czyli uprawnienie żądania potwierdzenia faktu otrzymania faksu {w tym miejscu odpowiedzi na odwołanie wskazano na sygn. akt KIO 1468/12}.

Odnosząc się do braku opublikowania wezwania a stronie internetowej czy Biuletynie Informacji Publicznej, Zamawiający stwierdził, że w przypadku wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp, jak wynika z tego przepisu, pismo kieruje się do zainteresowanego wykonawcy, co też uczynił Zamawiający.

Zamawiający zakwestionował również twierdzenie Odwołującego, że każdorazowo w wyraźny sposób potwierdzał otrzymanie pism od Zamawiającego w sposób opisany w odwołaniu. Zamawiający podał, że Odwołujący dwukrotnie nie potwierdził otrzymania pism od Zamawiającego. Pierwszy przypadek dotyczył pisma o wyjaśnienie w zakresie rażąco niskiej ceny. Drugi przypadek dotyczył pisma obejmującego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający stwierdził, że pomimo braku wyraźnego potwierdzenia otrzymania tego drugiego pisma, Odwołujący złożył odwołanie, co oznacza, że z zapoznał się z treścią przesłanego zawiadomienia.

Zamawiający podsumował, że z uwagi na zróżnicowane zachowanie Odwołującego w postępowaniu oraz dowody w postaci raportów z transmisji faksu istnieje domniemanie prawne, że wezwanie Zamawiającego doszło do Odwołującego w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią.

Ponadto w odpowiedzi na odwołanie zamieszczono następujący cytat: (...) *Według słownika terminów komputerowych Bryana Pfaffenbergera (przekład zbiorowy pod redakcją Leksemu, Warszawa 1999, s. 79), faks jest urządzeniem, które może nadawać lub odbierać treść dokumentów papierowych przy wykorzystaniu linii telefonicznych. Faks skanuje kartkę papieru, tworzy jej obraz w postaci cyfrowej, po czym go transmituje. Faks, do którego jest wysyłany dany dokument, odbiera zapis cyfrowy, dekoduje go i drukuje kopię strony oryginalnej. Jak więc z powyższego wynika, faks (telefaks) polega na przesyłaniu wiadomości w postaci obrazów nieruchomych (pisma, rysunków, nul itp.) między dwoma aparatami, z których – w konkretnej sytuacji -jeden jest aparatem nadawcy wiadomości, a drugi – odbiorcy. Jest przy tym charakterystyczne, a zarazem istotne to, że osoba*

składająca oświadczenie woli za pomocą telefaksu otrzymuje wydruk kontrolny, z którego wynika, że powyższe oświadczenie zostało wysłane z jej aparatu nadawczego (wysyłającego) oraz odebrane przez aparat odbiorcy. Ów wydruk stwarza równocześnie domniemanie prawne, że oświadczenie doszło do adresata w sposób określony w art. 61 KC, to znaczy w sposób pozwalający mu zapoznać się z treścią oświadczenia woli nadawcy. Wydruk ten jest, bowiem – podobnie jak receptis pocztowy – traktowany w doktrynie, jako tzw. dowód prima facie, to znaczy dowód, który jest dowodem dojścia oświadczenia woli do adresata, dopóki adresat nie wykaże środkami przewidzianymi w przepisach postępowania cywilnego, że na przykład z powodu zakłóceń pracy aparatu odbiorczego nastąpiło takie zniekształcenie tekstu przesłanego oświadczenia, iż stało się ono niezrozumiałe. W takim też wypadku nie ma podstaw do uznania, że oświadczenie woli wysłane za pomocą telefaksu (faksu) doszło do adresata w znaczeniu przyjętym w art. 61 KC. Poza jednak takimi sytuacjami, jak przykładowo wskazane, oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Chwilą tą jest chwila odbioru faksu przez aparat adresata. Powyższe stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie m.in. sygn. akt UZP/ZO/0-1614/06, sygn. akt: KIO/UZP 641/08, sygn. akt: KIO/UZP 1023/09, sygn. akt: KIO/UZP 1341/10. Wszelkie ewentualne różnice wynikają jedynie z odmiennych stanów faktycznych. (...) {w tym miejscu odpowiedzi na odwołanie wskazano na sygn. akt: KIO 1258/11 i KIO 1060/14}.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu 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. Również na posiedzeniu z udziałem Stron nie został złożony wniosek o odrzucenie odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp 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 ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Kwestionując odrzucenie swojej oferty, Odwołujący wykazał, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba stwierdziła, że następujące okoliczności faktyczne istotne dla sprawy są niesporne:

- w rozdziale 6 pkt 1 s.i.w.z. dopuszczono przesyłanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji w postępowaniu pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną, z tym że jeżeli są one przesyłane faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania;
- 10 sierpnia 2015 r. Zamawiający dwukrotnie nadał ze swojego nr faksu na nr faksu InPost pismo obejmujące zawiadomienie o poprawieniu omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp oraz wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień;
- na końcu powyższego pisma zamieszczono prośbę o niezwłoczne potwierdzenie faktu jego otrzymania na wskazany nr faksu lub adres poczty elektronicznej;
- InPost nigdy przesłał takiego potwierdzenia;
- InPost nie złożył wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty.

Izba stwierdziła na podstawie raportów z urządzenia faksowego Zamawiającego potwierdzających pozytywny rezultat dwukrotnego przesłania 2 stron (nr zad. 0791 i 0792), bilingu połączeń uzyskanego u operatora obsługującego Zamawiającego (dwie pierwsze pozycje w wydruku z 19 sierpnia 2015 r.) oraz korespondencji e-mailowej z operatorem obsługującym InPost (wyszczególnione dwa połączenia pomiędzy nr faksu Zamawiającego a nr faksu InPost), wobec braku przedstawienia jakichkolwiek dowodów przeciwnych, że Zamawiający 10 sierpnia 2015 r. przesłał do InPost pismo obejmujące wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień w taki sposób, że Wykonawca mógł się z nim zapoznać.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje – odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Według art. 27 ustawy pzp w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną {ust. 1}. Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania {ust. 2}.

Zdaniem składu orzekającego Izby z art. 27 ust. 2 pzp wynika, że jeżeli nadawca pisma (obejmującego oświadczenie, wniosek, zawiadomienie lub informację) zażądał potwierdzenia jego otrzymania przez adresata, ten ostatni ma obowiązek to uczynić. W ten sposób uprawnieniu nadawcy do żądania takiego potwierdzenia odpowiada obowiązek adresata dokonania takiego potwierdzenia. Natomiast z art. 27 pzp nie wynika, że skorzystanie przez nadawcę z uprawnienia do żądania od odbiorcy pisma potwierdzenia faktu jego otrzymania oznacza, że w razie nieuzyskania takiego potwierdzenia składający oświadczenie woli na odległość powinien uznać, że nie doszło ono do adresata w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią.

Ponieważ przedmiotem regulacji zawartej w art. 27 pzp nie jest określenie chwili, w której można uznać za złożone oświadczenie woli przekazane faksem lub drogą elektroniczną, na mocy art. 14 ustawy pzp, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U Nr 16, poz. 93, z późn. zm) {dalej również: kc}, należy to oceniać według art. 61 kc. Zgodnie z art. 61 § 1 zd. 1 oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. W ten sposób spośród różnych możliwych teorii (napisania, wysłania, doręczenia lub zapoznania się z oświadczeniem) ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie regulacji będącej przejawem tzw. kwalifikowanej teorii doręczenia. Z jednej strony niezbędne jest zatem, aby oświadczenie dotarło do celu, dając możliwość zapoznania się z nim adresatowi. Z drugiej strony autor oświadczenia, który je prawidłowo skierował, nie musi dowodzić, że odbiorca oświadczenia faktycznie się z nim zapoznał, gdyż ryzyko w tym zakresie obciąża tego ostatniego.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w uchwale z 2 października 2002 r. (sygn. akt III PZP 17/02) możliwość zapoznania się z treścią

oświadczenia woli, o której mowa w art. 61 kc, ma również znaczenie przy ocenie skuteczności oświadczeń woli składanych na odległość za pomocą telefaksu. Według słownika terminów komputerowych Bryana Pfaffenbergera (przekład zbiorowy pod redakcją Leksemu, Warszawa 1999, s. 79), faks jest urządzeniem, które może nadawać lub odbierać treść dokumentów papierowych przy wykorzystaniu linii telefonicznych. Faks skanuje kartkę papieru, tworzy jej obraz w postaci cyfrowej, po czym go transmituje. Faks, do którego jest wysyłany dany dokument, odbiera zapis cyfrowy, dekoduje go i drukuje kopię strony oryginalnej. Faks (telefaks) polega więc na przesyłaniu wiadomości w postaci obrazów nieruchomych (pisma, rysunków, nut itp.) między dwoma aparatami, z których – w danej sytuacji – jeden jest aparatem nadawcy wiadomości, a drugi – odbiorcy. Jest przy tym charakterystyczne, a zarazem istotne, że osoba składająca oświadczenie woli za pomocą telefaksu otrzymuje wydruk kontrolny, z którego wynika, że powyższe oświadczenie zostało wysłane z jej aparatu nadawczego (wysyłającego) oraz odebrane przez aparat odbiorcy. Ów wydruk stwarza równocześnie domniemanie prawne, że oświadczenie doszło do adresata w sposób określony w art. 61 kc, czyli w sposób pozwalający mu zapoznać się z treścią oświadczenia woli nadawcy. Wydruk ten jest bowiem – podobnie jak receptis pocztowy – traktowany w doktrynie jako tzw. dowód *prima facie*, to znaczy dowód, który jest dowodem dojścia oświadczenia woli do adresata, dopóki adresat nie wykaże środkami przewidzianymi w przepisach postępowania cywilnego, że na przykład z powodu zakłóceń pracy aparatu odbiorczego nastąpiło takie zniekształcenie tekstu przesłanego oświadczenia, że stało się ono niezrozumiałe. W takim wypadku nie ma podstaw do uznania, że oświadczenie woli wysłane za pomocą telefaksu (faksu) doszło do adresata w znaczeniu przyjętym w art. 61 kc. Poza jednak takimi sytuacjami, jak przykładowo wskazane, oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Chwilą tą jest chwila odbioru faksu przez aparat adresata (zob. S. Dmowski, S. Rudnicki: Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna. Wydanie trzecie, Warszawa 2001, s. 202).

Powyższe stanowisko, że pozytywny raport wysłania faksu stwarza domniemanie prawne skutecznego wysłania dokumentu (oświadczenia woli) wyrażono w orzecznictwie dotyczącym postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Po pierwsze – w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej {zob. np. postanowienie z 19 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1023/09), wyrok z 11 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1344/12), wyrok z 30 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO 1984/11, KIO 1987/11), wyrok z 29 września 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1963/10), postanowienie z 27 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1258/11), wyrok z 24 lipca 2012 r. (sygn. akt 1468/12), wyrok z 11 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 1060/14).

Niektóre z powyższych rozstrzygnięć zapadły na tle odmiennych stanów faktycznych, w których zamawiający nie przewidywał w specyfikacji możliwości żądania potwierdzenia otrzymania pisma lub z takiej możliwości nie korzystał. Jednakże należy zwrócić uwagę, że nawet w takich okolicznościach, tj. w sytuacji gdy zamawiający żądał potwierdzenie otrzymania pisma i je otrzymał od wykonawcy, w wyroku z 13 lipca 2012 r. (sygn. akt X Ga 248/12) Sąd Okręgowy w Łodzi uznał za celowe powołanie się na art. 61 kc i wskazanie w pierwszej kolejności, że według doktryny i orzecznictwa już sam raport z transmisji faksu stwarza domniemanie prawne, że oświadczenie nadawcy doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią.

Zdaniem składu orzekającego Izby potwierdzenie przez odbiorcę pisma przesłanego faksem faktu jego otrzymania, jak tego wymaga art. 27 ust. 2 pzp, pozwala na ustalenie w sposób pewny, że mógł on zapoznać się z treścią zawartego w nim oświadczenia woli nadawcy, jak tego wymaga art. 61 kc. Natomiast brak takiego potwierdzenia powoduje, że nadawca pisma może polegać na potwierdzeniu prawidłowej transmisji otrzymanym z urządzenia faksowego, które stanowi dowód *prima facie*, że treść oświadczenia woli dotarła do adresata. Chyba że ten ostatni wykaże zaistnienie okoliczności, które spowodowały, że oświadczenie woli do niego nie dotarło lub dotarło w postaci zniekształconej, co w rezultacie uniemożliwiło zapoznanie się z jego treścią.

W razie zaistnienia sporu na tym tle, jeżeli jedna strona dysponuje dowodem w postaci wydruków kontrolnych z urządzenia nadawczego potwierdzających przesłanie pisma, druga strona, aby obalić wynikające stąd domniemanie dotarcia oświadczenia woli w sposób umożliwiający zapoznanie się z nim, powinna przedstawić stosowny przeciwdowód np. w postaci wydruków kontrolnych z urządzenia odbiorczego wskazujących na brak w danym dniu jakiegokolwiek połączenia, błędny wynik transmisji lub nieczytelność przesłanego dokumentu. Nawet w przypadku przesłania pustych kartek, jest to możliwe do wykazania, gdyż będą na nich widniały dane pozwalające ustalić nadawcę i czas przesłania.

W rozstrzyganej sprawie, pomimo zobowiązania do przedstawienia dowodów obalających wynikające z dowodów złożonych przez Zamawiającego domniemanie, że sporne pismo z 10 sierpnia 2015 r. dotarło do InPost w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią, Odwołujący wykazał całkowitą bierność w dowodzeniu swojego twierdzenia jakoby w ogóle nie otrzymał tego pisma. Odwołujący twierdził jednocześnie, że jego urządzenie faksowe było sprawne, otrzymywał w tym dniu pisma od innych zamawiających, nie podważał również faktu, że zarejestrowano dwa połączenia z nr pod którym działa urządzenie faksowe Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił jednak

żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że wystąpił błąd transmisji uniemożliwiający odbiór przesyłanego w tym czasie pisma. Ponieważ Odwołujący z faktem nieotrzymania wezwania do wyjaśnień wiąże skutki prawne w postaci niezasadności odrzucenia jego oferty, z mocy art. 190 ust. 1 pzp spoczywał na nim w tym zakresie ciężar dowodu, któremu nie podolał w toku postępowania odwoławczego, co musiało spowodować oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis. Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego o zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie kolejną i komunikacją miejską w wysokości wynikającej ze złożonego spisu kosztów, z uwagi na niezłożenie do zamknięcia rozprawy stosownych rachunków, co jest wymagane na mocy § 3 pkt 2 lit. a przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: