

Sygn. akt KIO/UZP 1023/09

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 19 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ryszard Tetzlaff

**Członkowie:** Klaudia Szczytowska-Maziarz  
Renata Tubisz

**Protokolant:** Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **19 sierpnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Rolne Sady Dolne Sp. z o. o., Geopoint Grzegorz Stychar Wrocław, Przedsiębiorstwo Realizacji Budownictwa Komunikacyjnego i Komunalnego PROKOM Jelenia Góra s. c., Sady Dolne 16, 59-420 Bolków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Dobromierz, Plac Wolności 24, 58-170 Dobromierz** protestu z dnia **01 lipca 2009 r.**

przy udziale **Przedsiębiorstwo Budowlane BISTA Joanna Bień, ul. Poznańska 29H, 59-220 Legnica**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie,**

**2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Rolne Sady Dolne Sp. z o. o., Geopoint Grzegorz Stychar Wrocław, Przedsiębiorstwo**

**Realizacji Budownictwa Komunikacyjnego i Komunalnego PROKOM Jelenia Góra s. c.,  
Sady Dolne 16, 59-420 Bolków**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Rolne Sady Dolne Sp. z o. o., Geopoint Grzegorz Stychar Wrocław, Przedsiębiorstwo Realizacji Budownictwa Komunikacyjnego i Komunalnego PROKOM Jelenia Góra s. c., Sady Dolne 16, 59-420 Bolków**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Rolne Sady Dolne Sp. z o. o., Geopoint Grzegorz Stychar Wrocław, Przedsiębiorstwo Realizacji Budownictwa Komunikacyjnego i Komunalnego PROKOM Jelenia Góra s. c., Sady Dolne 16, 59-420 Bolków**, na rzecz **Gmina Dobromierz, Plac Wolności 24, 58-170 Dobromierz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Rolne Sady Dolne Sp. z o. o. Geopoint Grzegorz Stychar Wrocław, Przedsiębiorstwo Realizacji Budownictwa Komunikacyjnego i Komunalnego PROKOM Jelenia Góra s. c., Sady Dolne 16, 59-420 Bolków.**

### **U z a s a d n i e**

Skład orzekający Izby rozpatrując na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołanie złożone przez Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Produkcyjno Rolne Sady Dolne Sp. z o.o., Sady Dolne 16, 59-420 Bolków (Lider konsorcjum); Geopoint Grzegorz Stychar, ul. Komorowska 18/10, 54-436 Wrocław (Partner); Przedsiębiorstwo Realizacji Budownictwa Komunikacyjnego i Komunalnego PROKOM s. c., ul. Podwale 17 A, 58-500 Jelenia Góra

(Partner) zwane dalej: „Konsorcjum Sady Dolne” albo „Odwołującym” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na budowę kanalizacji sanitarnej z przyłączami w Dobromierzu i Serwinowie dla zadania inwestycyjnego p.n. - „Budowa systemu gospodarki ściekowej dla aglomeracji Dobromierz - faza I” - realizowanego przy współudziale Norweskich Mechanizmów Finansowych (ZP-340/1/09), wszczętym ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 15627-2009 z dnia 14.01.2009 r. postanowił odrzucić odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Przepis ten stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie. Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki z art. 187 ust. 4 Pzp skutkujące odrzuceniem odwołania, a konkretnie protest został wniesiony z uchybieniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 2 Pzp, zaś odwołanie z uchybieniem terminu wskazanego w art. 184 ust. 2 Pzp. Z tego względu Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp.

W przedmiotowej sprawie okolicznościami stanowiącymi podstawę do wniesienia protestu są czynności Zamawiającego dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu jego oferty, dokonane pismami z dnia 19.06.2009 r. sporne między stronami jest m.in. kiedy Odwołujący powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu (art. 180 ust. 2 zd. 1 Pzp). Dodatkowo nie mniej istotne jest, że zgodnie z art. 61 § 1 zd. 1 kc stosowanym na mocy art. 14 Pzp oświadczenie woli zostaje złożone drugiej stronie z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła się ona zapoznać z jego treścią. Zatem pisma z dnia 19.06.2009 r. rozpatrywać należy w kategorii zawiadomienia, wymagającego doręczenia.

Z uwagi na bezsporną okoliczność, że wartość przedmiotowego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp protest powinien być wniesiony w terminie 7 dni. Bezsporne jest również, że w dniu 01.07.2009 r. (wpływ bezpośredni) do Zamawiającego wpłynął protest na czynności dokonane przez niego pismem z dnia 19.06.2009 r.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciu, oraz złożonym na posiedzeniu, o czynnościach dokonanych pismami z dnia 19.06.2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego faxem w tym samym dniu. Na powyższą okoliczność załączył w ramach rozstrzygnięcia dowód, tj. raport prawidłowego połączenia faksowego (raport transmisji) z dnia 19.06.2009 r. o godz. 14:10 (start) z numerem podanym przez Odwołującego w ofercie, tj. (075) 741-32-58, z którego to raportu transmisji wynika

także tryb, tj. nadanie, 6 stron, w czasie 3 min i 2 sekund, tj. do 14:13, wynik (OK.). Ponadto w dniu 19.06.2009 r. Zamawiający nadał listem poleconym, za potwierdzeniem odbioru, informacje przekazane 19.06.2009 r. faxem, które dotarły do Odwołującego w dniu 24.06.2009 r. (powyższe okoliczności potwierdza także kserokopia przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania).

Ponadto Zamawiający w § 4 SIWZ: *„Informacje o sposobie porozumiewania się z Wykonawcami, osoby uprawnione do kontaktowania się z Wykonawcami, wyjaśnienia i modyfikacje SIWZ”* ustalił, iż: *„Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie (pkt 1). (...) Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane za pomocą teleksu, poczty elektronicznej lub telefaksu uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie (pkt. 2)”*.

Poza tym, Izba wskazuje, że Odwołujący rozstrzygnięcie protestu z dnia 10.07.2009 r. otrzymał faxem oraz w tym samym dniu kurierem (w tym ostatni wypadku zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego na posiedzeniu). Dodatkowo potwierdził otrzymanie rozstrzygnięcia protestu na prośbę Zamawiającego (pismo z dnia 20.07.2009 r. przesłane w tym dniu faxem i w tym dniu nadane listem poleconym), przesyłając pismo z dnia 20.07.2009 r. (wpływ bezpośredni 21.07.2009 r.).

W wyniku zapoznania się z dowodami i ich analizy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone na posiedzeniu, Izba wskazuje.

Po pierwsze, dowód w postaci raportu z transmisji faksu stwarza domniemanie prawne, że oświadczenie nadawcy doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią. Domniemanie to może być obalone jeżeli adresat wykaże, że na przykład z powodu zakłóceń aparatu odbiorczego nastąpiło zniekształcenie tekstu przesłanego oświadczenia, iż stało się ono niezrozumiałe (Wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z dnia 18.05.2006 r., sygn. akt: VI Ga 51/06). Podobnie Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 02.10.2002 r., sygn. akt: III PZP 17/02, publ. OSNCP z 2003 nr 20, poz. 481 stwierdzając, że możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia woli 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.

Jak więc z powyższego wynika, faks (telefaks) polega na przesyłaniu wiadomości w postaci obrazów nieruchomych (pisma, rysunków, nut 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 *recepis* 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.

Po drugie, Zamawiający dokonał w sposób wyraźny wyboru sposobu porozumiewania się z wykonawcami w treści SIWZ, dopuszczając oprócz formy pisemnej także inne formy porozumiewania i zastrzegając dla ich skuteczności obowiązek ich pisemnego potwierdzania, jednocześnie precyzując, że początkiem biegu terminu nie będzie data otrzymania potwierdzenia, lecz data pierwotnego przekazania dokonana za pomocą teleksu, poczty elektronicznej lub telefaksu.

Po trzecie, Izba uznała orzeczenia przywołane przez Odwołującego w odwołaniu za zapadłe w innym stanie faktycznym. W sprawie, której dotyczy wyrok KIO z dnia 03.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 82/09, KIO/UZP 89/09 Zamawiający wyraźnie określił w SIWZ wymóg niezwłocznego potwierdzenia przez stronę otrzymującą, a więc obowiązek potwierdzenia otrzymania faksu (str.14 orzeczenia). Takie regulacji nie ma w SIWZ przygotowanej przez Zamawiającego, zamiast jej jest inna wskazana powyżej. Z kolei w sprawie, której dotyczy wyrok KIO z dnia 17.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 427/09 Zamawiający określił w SIWZ tylko ogólnie regulacje, że wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia i informacje przekazywane będą za pomocą faksu (str. 11 orzeczenia) stąd z braku regulacji szczegółowej w SIWZ miało miejsce odniesienie do art. 27 ust. 2 Pzp.

Po czwarte, Izba wskazuje na brak jednoznaczności i konsekwencji w twierdzeniach Odwołującego, który w proteście stwierdza: „*Także przesłanie pisma z dnia 17.06.2009 r.*

*zawierającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Protestującego z postępowania, nie zawierającego podpisu Zamawiającego, które Protestujący otrzymał w dniu 24.06.2009 r. stanowi naruszenie zasady pisemności wyrażonej w art. 9 Pzp oraz ustalonych zasad w SIWZ, dotyczących zasad komunikowania się, składania oświadczeń woli w toku postępowania przetargowego. Miało to wpływ na stan niepewności Protestującego co do podjętych czynności przez Zamawiającego”.* Z kolei na wezwanie Zamawiający z dnia 02.07.2009 r. do okazania w siedzibie Zamawiającego: - oryginału faksu od Zamawiającego z dnia 19.06.2009 r. zawierającego informację o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty, a także zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty - oryginałów ww. dokumentów otrzymanych od Zamawiającego za pośrednictwem poczty, oświadcza (pismo z dnia 02.07.2009 r. przekazane 03.07.2009 r. wpływ bezpośredni), że w dniu 24.06.2009 r. otrzymał listem poleconym zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania oraz odrzuceniu oferty, wskazując, że jest to pierwsze pismo w tej sprawie i wcześniej nie była kierowana do jego firmy w formie faksowej jakakolwiek korespondencja w sprawie ostatecznego odrzucenia oferty oraz podkreślając, że pismo z dnia 19.06.2009 r. nie dotarło do niego w formie faksowej. Natomiast w odwołaniu wskazuje na to, że pismo z dnia 19.06.2009 r. zawierające te informacje nie było podpisane przez Zamawiającego, zatem trudno mówić o złożeniu w tym zakresie wymaganego oświadczenia woli, od którego należy liczyć termin do podjęcia środków ochrony prawnej. Ponieważ pisemne potwierdzenie treści faksu zostało nadane przez Zamawiającego do Odwołującego dopiero w dniu 22.06.2009 r., a więc 4 dni po dacie wysłania faksu, a Odwołujący otrzymał je w dniu 24.06.2009 r., zatem nie do zaakceptowania jest pogląd Zamawiającego, że zostały spełnione przez niego warunki określone w SIWZ w zakresie porozumiewania się z wykonawcami, i że termin do wniesienia protestu należy liczyć od 19.06.2009 r. Na posiedzeniu Odwołujący nie odniósł się do powyższych kwestii, podtrzymując tylko i wyłącznie całość argumentacji podniesionej w treści środków ochrony prawnej, przywołując pismo z dnia 02.07.2009 r. w kontekście poważnych wątpliwości po stronie Zamawiającego i nie wskazując, że było ono wynikiem stanowiska zawartego w proteście, jak również nie wskazując na złożone w jego rezultacie oświadczenie z dnia 02.07.2009 r.

Po piąte, Odwołujący nie obalił domniemania prawnego, że oświadczenie nadawcy przesłane faxem doszło do adresata, czyli w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią. Pełnomocnik Odwołującego w żaden sposób nie udowodnił na posiedzeniu, że w dniu 19.06.2009 r. nie otrzymał stosownych zawiadomień. Nie przedłożył ani korespondencji, jaką otrzymał 24.06.2009 r., ani korespondencji z 19.06.2009 r. (zważywszy, że w proteście, jak i odwołaniu, odmiennie niż w oświadczeniu z dnia 02.07.2009 r., sugerował, że takową otrzymał, lecz bez podpisu Zamawiającego).

Dodatkowo jako dodatkowy dowód przemawiający na korzyść argumentacji Zamawiającego należy wskazać załącznik do przystąpienia do protestu Przystępującego (znajdujący się w dokumentacji postępowania), stanowiący kopie zawiadomień przekazanych Przystępującego z tego samego dnia i tej samej treści (także informacja o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu jego oferty). Izba wskazuje, że wobec wyraźnego wskazania w SIWZ początku biegu terminu od jakiego należy liczyć moment w którym Wykonawca mógł zapoznać się z treścią zawiadomień, odniesienie się wprost do regulacji z art. 27 ust. 2 Pzp jest chybione, tym bardziej, że wybór dokonany w SIWZ form porozumiewania się nie stoi w sprzeczności z Pzp. Niniejsze jest zgodne ze stanowiskiem doktryny, które skład orzekający podziela: *„Powstaje więc pytanie, czy zamawiający może w celu zapewnienia jednolitości w terminach zastosować regułą, która przed nowelizacją z dnia 7 kwietnia 2006 r. była określona w przepisach i stanowiła, że w przypadku przekazywania informacji faksem lub mailem uznaje się, że została ona dostarczona w terminie pod warunkiem niezwłocznego potwierdzenia na piśmie. Na pytanie to, ze względów celowościowych, należy odpowiedzieć twierdząco, przy czym warunkiem jest wyraźne wskazanie przez zamawiającego w SIWZ, że reguła taka będzie obowiązywała”* (Komentarz ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [w.] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III str. 148-149).

Po szóste, upływ terminu na wniesienie odwołania w dniu 15.07.2009 r., z uwagi na jego 5 dniowy charakter przy postępowaniach, których wartość przedmiotowego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, Izba uznaje za nie budzący żadnych wątpliwości. W takiej sytuacji nadanie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 17.07.2009 r. jest niezgodne z art. 184 ust. 2 Pzp i stanowi dodatkową przesłankę do odrzucenia odwołania na posiedzeniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że Zamawiający przekazał skutecznie pismami z dnia 19.06.2009 r. faxem do Odwołującego w tym samym dniu informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu jego oferty. W konsekwencji początkiem biegu terminu na złożenie protestu jest dzień 19.06.2009 r., a nie dzień otrzymania niniejszych pism pocztą, tj. 24.06.2009 r. W takiej sytuacji termin na wniesienie protestu upłynął w dniu 26.06.2009 r., a protest złożony w dniu 01.07.2009 r. należy uznać za złożony po upływie 7 dniowego terminu. Ponadto, odwołanie zostało wniesienie z uchybieniem terminu wynikającego z art. 184 ust. 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy, odwołanie należało odrzucić na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 w związku z art. 180 ust. 2 Pzp oraz w związku z art. 184 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł zgodnie z przedłożoną fakturą.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Świdnicy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....