

Sygn. akt: KIO 1468/12

WYROK
z dnia 24 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2012 r. przez wykonawcę **CDP Netia Sp. z o. o., ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Pl. Krasieńskich 2/4/6, 00-207 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **CDP Netia Sp. z o. o., ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **CDP Netia Sp. z o. o., ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **CDP Netia Sp. z o. o., ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa** na rzecz **GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** kwotę: **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Instytut Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usługi transmisji danych dla sieci rozległej IPN”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 czerwca 2012 r. pod nr 207220 – 2012.

W postępowaniu tym wykonawca CDP Netia Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 11 lipca 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty wykonawcy GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz na wykluczeniu z postępowania Odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Informacja o powyższych czynnościach została przekazana Odwołującemu faksem w dniu 6 lipca 2012 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 11 lipca 2012 r.

W dniu 16 lipca 2012 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 12 lipca 2012 r. do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia złożone przez wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) po stronie Zamawiającego. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

W dniu 17 lipca 2012 r. Do Prezesa Izby wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 13 lipca 2012 r. - odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił on w całości zarzuty odwołania. W związku z powyższym postanowieniem z dnia 18 lipca 2012 r. Izba postanowiła o wezwaniu do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu. Wezwaniem Prezesa Izby z dnia 18 lipca 2012 r. doręczonym Przystępującemu w tej samej dacie został on wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu od uwzględniania w całości zarzutów odwołania. Pismem z dnia 19 lipca 2012 r. Przystępujący złożył sprzeciw od uwzględniania w całości zarzutów odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba postanowiła skierować odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 24 lipca 2012 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że w dniu 6 lipca br. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej oraz przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcom uczestniczącym w niniejszym postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z informacją o odrzuceniu oferty oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu. Podkreślił, że zgodnie z treścią zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 6 lipca 2012 roku Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu w związku z odrzuceniem jego oferty. Wskazał, że zgodnie z informacją przedstawioną przez Zamawiającego, Odwołujący, wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakującego pełnomocnictwa, nie uzupełnił dokumentu w terminie określonym przez Zamawiającego.

W związku z powyższym wskazał na postanowienia rozdziału VIII SIWZ, zgodnie z którymi:

- 1) porozumiewanie się Zamawiającego z Wykonawcami odbywa się drogą pisemną z dopuszczeniem możliwości przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji za pomocą faxu. Numer faxu Zamawiającego: (022) 581-88-14.
- 2) każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza pisemnie treść dokumentu przekazanego faksem.

Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający na podstawie art. 27 ust. 1 ustawy Pzp określił, iż wszelkie oświadczenia zamawiający i wykonawcy mogą przekazywać za pomocą faksu i przywołał także treść art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym, jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Podkreślił również, że dodatkowo w treści formularza ofertowego Zamawiający wymagał podania nazwiska osoby wyznaczonej do kontaktów z nim, zobowiązując równocześnie wykonawców do określenia numerów telefonu oraz faksu danej osoby i w związku z powyższym w formularzu ofertowym Odwołującego jako osobę do kontaktów wskazano Kingę Pruchnicką oraz numer faksu (22) 338 29 76. Wskazał, że Zamawiający w toku badania i oceny ofert przesłał jednak wezwanie do uzupełnienia przedmiotowego pełnomocnictwa na inny numer - (22) 427 30 03 (faks

sekretariatu spółki) zarazem nie zwracając się do Odwołującego o potwierdzenie otrzymania korespondencji. Według informacji Odwołującego pismo to nie dotarło do pełnomocnika Odwołującego i nie miał on możliwości uzupełnienia dokumentu. Podkreślił, że o przyczynach i podstawach prawnych odrzucenia swojej oferty pełnomocnik Odwołującego dowiedział się w rozmowie telefonicznej z pracownikiem Zamawiającego.

Według Odwołującego Zamawiający nie wezwał skutecznie Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów i wobec wadliwości tej czynności Zamawiającego nie zachodzą przesłanki do odrzucenia jego oferty i wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Podkreślił, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert pominął informacje zawarte w formularzu ofertowym Odwołującego, przesyłając mu wezwanie do uzupełnienia dokumentów na inny, niż podany do kontaktu numer faksu. Zamawiający – jego zdaniem - pominął także przewidzianą w punkcie VIII.2 S.I.W.Z. procedurę uzyskania od wykonawcy potwierdzenia otrzymania wezwania. Takie działanie Zamawiającego było - w ocenie Odwołującego - zarówno naruszeniem przepisów ustawy Pzp (art. 27 ust. 2), jak i postanowień SIWZ (wymagania w zakresie danych kontaktowych), a także narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Zespołów Arbitrów:

- wyrok KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 776/11, wskazując, że w kontaktach między przedsiębiorcami często przyjmuje się, że jako dowód nadania faksu wystarcza wydruk potwierdzenia nadania faksu, to art. 27 ust. 2 ustawy Pzp wymaga jednak w kontaktach pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym niezwłocznego potwierdzenia.
- wyrok KIO w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 1135/10, wskazując, że raport z transmisji faksu sam w sobie nie stanowi bezwzględnie dowodu skutecznego doręczenia oświadczenia woli, a w przypadku, gdy zamawiający w SIWZ określił, że wymaga niezwłocznego potwierdzenia przez wykonawcę faktu otrzymania każdej informacji dowodem skutecznego przekazania oświadczenia woli jest właśnie takie potwierdzenie.
- wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 427/09, wskazując, że Izba co do zasady zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że w myśl art. 27 ust. 2 ustawy Pzp 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, że jeżeli jednej stronie służy prawo to druga strona ma obowiązek. Natomiast skoro z faktu nie wykonania wezwania Zamawiający dokonuje wykluczenia odwołującego z postępowania to powinien dysponować dowodem na fakt otrzymania wezwania przez odwołującego. Takim dowodem w myśl art. 27 ust. 2 ustawy Pzp jest potwierdzenie przez Odwołującego faktu

otrzymania wezwania, czego Zamawiający nie uzyskał i nie wymagał od Odwołującego. Izba stwierdziła w treści powyższego orzeczenia, iż raport z transmisji faksu jest jedynie dowodem nadania faksu, a nie jego odebrania.

- wyrok ZA w sprawie o sygn. akt: UZP/ZO/0-2742/06, wskazując, że sam raport o transmisji faksowej nie stanowi wystarczającego dowodu na to, że pismo przesłane faksem zostało faktycznie w danym dniu doręczone adresatowi w ten sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią, zatem wystarczającym dowodem doręczenia może być wyraźne potwierdzenie faktu otrzymania pisma faksem. Zdaniem Zespołu Arbitrów w żadnym przepisie prawa nie zostało ustanowione domniemanie prawne, że istnienie raportu transmisji pisma wysłanego faksem oznacza skuteczne jego doręczenie.
- wyrok ZA w sprawie o sygn. akt: UZP/ZO/O- 1118/06, wskazując, że sam raport z transmisji faksowej na adres wykonawcy nie może stanowić dowodu, że informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty dotarła do Odwołującego się. W sytuacji, gdy Odwołujący nie potwierdza odebrania faksu z treścią zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej taki raport może świadczyć jedynie, że z danego numeru telefonu wysłano impuls na wskazany adres, nie przesądza to jednakowo tym jakiej treści nadano faks.

Tym samym według Odwołującego Zamawiający pomimo zobowiązania wykonawców do podania danych kontaktowych wadliwie przesłał pismo na inny, niż wskazany w tej części oferty numer. Zamawiający nie dysponuje także żadnym dowodem na to, iż Odwołujący miał możliwość zapoznania się z treścią wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa. Podkreślił też, że odrzucenie oferty najtańszej w każdym przypadku winno być dokonane ze szczególną ostrożnością. Powołując się dodatkowo na wyrok KIO w sprawie sygn. akt: KIO 849/12, wskazał, że decydując się na przekazanie dokumentów drogą faksową, strona przekazująca wiadomość faksem powinna uzyskać dowód, że treść faksu dotarła do adresata, w taki sposób, iż mógł on się zapoznać z jego treścią (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 stycznia 2003 r., sygn. akt V Ca 1930/02). (...) Należy pamiętać, że w myśl art. 61 k.c. 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. Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, że osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią (§ 2 art. 61 k.c.).

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację podniesione w odwołaniu, dodatkowo powołując się na przepisy rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, gdzie w par. 15 ust. 4 wskazuje się na konieczność potwierdzenia odebrania korespondencji faksowej. Przywołał też przepisy art.

133 K.p.c. i 40 K.p.a., zgodnie z którymi, jeśli w sprawie jest ustanowiony pełnomocnik, doręczenia odbywają się na rzecz tego pełnomocnika. Podkreślił, że potwierdzenie wysłania korespondencji faksowej nie jest wiarygodnym dowodem na doręczenie takiej przesyłki, bowiem w tym przypadku mamy do czynienia z doręczeniem niepewnym, stąd też ustawodawca wprowadził w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp żądanie potwierdzenia przesłania takiej korespondencji.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w całości uwzględnił zarzuty w nim podniesione wskazując jednocześnie, że dokonana w postępowaniu czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie. Dodatkowo wyjaśnił, że wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwa z dnia 2 lipca 2012 r. przesłał na faks ogólny Odwołującego wskazany w główce formularza ofertowego i nie wystąpił do wykonawcy o potwierdzenie w jakikolwiek sposób telefonicznie, faksem czy pisemnie skuteczności doręczenia wskazanej przesyłki. Na pytanie przewodniczącej, czy inna korespondencja w toku postępowania o zamówienie publiczne była przesyłana do Odwołującego na ten sam numer faksu, na który przesłano wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwa, Zamawiający wyjaśnił również, że inną korespondencję do Odwołującego kierował na ten sam numer faksu, było to np. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, którego nie przesyłał Odwołującemu na nr faksu wskazany w pkt 6 formularza oferty.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia wskazał, że wezwanie do uzupełniania dokumentu pełnomocnictwa zostało skierowane przez Zamawiającego na faks Odwołującego, wskazany na pierwszej stronie formularza ofertowego w rubryce „Telefon/Fax” w części zatytułowanej „Wykonawca”. Przystępujący zwrócił uwagę na dyspozycję art. 61 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp, zgodnie którym oświadczenie, które ma być złożone innej osobie jest złożone z chwilą gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła się zapoznać z jego treścią. Podkreślił, że transmisja wezwania z dnia 2 lipca 2012 r. została potwierdzona raportem wygenerowanym przez urządzenie, który potwierdził skuteczność nadania pisma pod wskazany numer faksu. Wezwanie to zostało w braku dowodów przeciwnych skutecznie doręczone do sekretariatu Odwołującego. Podkreślił, że powyższe

stwarza domniemanie szczególnie w stosunkach handlowych pomiędzy profesjonalistami co do skuteczności dokonanego wezwania. Powołał się na stanowisko doktryny i Sądu Najwyższego przywołane w wyroku KIO w sprawie KIO 1984/11, KIO 1987/11. Według Przystępującego nieuprawnione byłoby w tym przypadku wymaganie od Zamawiającego badania wewnętrznego obiegu dokumentów w przedsiębiorstwie wykonawcy. Podkreślił, że Odwołujący nie udowodnił, iż wezwanie skutecznie nadane przez Zamawiającego na numer faksu sekretariatu Wykonawcy nie zostało mu doręczone w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią. Co do braku wystosowania przez Zamawiającego żądania potwierdzenia otrzymania wezwania ani ustawa ani postanowienia SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie nakładają na Zamawiającego obowiązku przedstawienia takiego żądania gdyż art. 27 ustawy Pzp odnosi się do obowiązku odpowiedzi na takie żądanie jeżeli druga strona skorzysta z prawa do jego wystosowania. Powołał się na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim w sprawie o sygn. akt: V Ca 226/10, a także na orzeczenie KIO w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 267/10. Podkreślił, że o obowiązku żądania przez Zamawiającego potwierdzenia otrzymania wezwania można by mówić w przypadku powstania wątpliwości co do prawidłowości transmisji: trudności z nawiązaniem połączenia, braku pozytywnego raportu nadania itp. W niniejszym przypadku żadna z podobnych okoliczności nie zaistniała, powstało natomiast domniemanie skutecznego przekazania wezwania.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko, wskazując dodatkowo na możliwość kontaktu z Odwołującym na wskazany, sporny numer, na który Zamawiający skierował do niego wezwanie do uzupełniania dokumentów. Przywołał w tym zakresie przesyłany na ten numer faksu sprzeciw Przystępującego od uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania. Wskazał również na okoliczność braku możliwości otrzymania potwierdzenia przesłania faksu od Odwołującego na przykładzie przesłania mu kopii zgłoszenia przystąpienia przez Przystępującego. Przedłożył również wydruk ze strony internetowej Odwołującego na okoliczność wykazania aktualności faksu Odwołującego wskazanego w treści oferty, na który Zamawiający skierował wezwanie do uzupełniania dokumentów.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności, która w sposób bezpośredni pozbawiła Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia publicznego, tj. czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą. Powyższe naraziło także Odwołującego na poniesienie wymiernej szkody. Tym samym Izba stwierdziła, że została wypełniona w tym zakresie materialnoprawna przesłanka rozpatrzenia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie też Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawcy GTS Poland Sp. z o.o. w Warszawie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z uwagi na wypełnienie wszystkich przesłanek skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne. W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 18 czerwca 2012 r. W zamieszczonej na stronie internetowej SIWZ Zamawiający – stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - w pkt VIII zamieścił informacje na temat sposobu porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazania osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami. Wskazał tam, że porozumiewanie Zamawiającego z wykonawcami odbywa się drogą pisemną z dopuszczeniem możliwości przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji za pomocą faksu, wskazując nr faksu Zamawiającego. Wskazał też, że każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza pisemnie treść dokumentu przekazanego faksem. W załączniku nr 1 do SIWZ, tj. we wzorze formularza ofertowego, Zamawiający wskazał m.in. na wymóg wskazania nazwy i adresu siedziby wykonawcy, telefonu, faksu oraz numerów REGON i NIP. Na str. 3 formularza ofertowego Zamawiający w pkt 6 tego formularza określił zapis: „Wykonawca do kontaktów z Zamawiającym wyznacza: tel. fax.”

W terminie na składanie ofert, tj. do dnia 29 czerwca 2012 r., do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty, oferta Odwołującego i Przystępującego. W swojej ofercie Odwołujący

na pierwszej stronie formularza ofertowego w danych identyfikujących wykonawcę co do wymagania podania numeru faksu wskazał nr: 22/427 30 03. W pkt 6 formularza ofertowego Odwołujący do kontaktów z Zamawiającym wyznaczył Panią Kingę Pruchnicką, wskazując jej nr tel.: 22/352 29 76 i nr faksu: 22/338 29 76.

Zamawiający pismem z dnia 2 lipca 2012 r. (znak: BAG-I-280-521/12) sformułował treść wezwania do uzupełniania dokumentu pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę Odwołującego, tj. Pani Kingi Pruchnickiej. Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na uzupełnienie tego dokumentu do dnia 4 lipca 2012 r. Przy tym piśmie w dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajduje się raport z transmisji faksowej z dnia 2 lipca 2012, godz. 11:00 na faks +48 22 42 73 003 (czas transmisji 35 sekund).

Zamawiający w dniu 6 lipca 2012 r. na swojej stronie internetowej w BIP-e zamieścił informację: „Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej”, w której wskazał, że w wyniku rozstrzygnięcia postępowania wybrana została oferta nr 1 złożona przez Przystępującego, która to oferta otrzymała 100 pkt za kryterium: cena 100%. Poza tym zamieścił tam informacje dotyczące nazw wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, tj. Przystępującego i Odwołującego, wskazując jednocześnie punktację przyznaną w kryterium ceny – odpowiednio 100 w przypadku Przystępującego, a w przypadku Odwołującego wskazano jedynie, że oferta ta została odrzucona i nie podlega ocenie. Jednocześnie w piśmie z dnia 6 lipca 2012 r. (znak: BAG-I-280-555/12) Zamawiający skierował do wykonawców zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej zawierające te same informacje oraz dodatkowo na drugiej stronie pisma: „Zawiadomienie o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania”, gdzie szczegółowo wskazano na podstawę prawną wykluczenia Odwołującego (art. 24 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp) oraz szczegółowe uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy. Zamawiający wyjaśnił, że wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie pełnomocnictwa, wskazując jednocześnie na zapisy SIWZ, które wymagały dołączenia do oferty dokumentów, które miałyby potwierdzać uprawnienie do reprezentowania wykonawcy i zaciągania w jego imieniu zobowiązań finansowych w wysokości odpowiadającej co najmniej cenie oferty. Podkreślił, że oferta złożona przez Odwołującego została podpisana przez osobę, dla której pełnomocnictwo nie wynika z załączonego do oferty KRS. Zamawiający wskazał tam też, że pomimo wezwania Odwołujący w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wskazanego pełnomocnictwa nie złożył Zamawiającemu. Jednocześnie też Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W dokumentacji z postępowania Zamawiającego został zamieszczony przy wskazanym piśmie z dnia 6 lipca 2012 r. kierowanym do Odwołującego również raport transmisji faksowej w dniu 6 grudnia godz. 12:08 na nr faksu +48 22 427 30 03 (czas transmisji 39 sekund).

Złożone przez Odwołującego do Prezesa Izby odwołanie dotyczy czynności wykluczenia go z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący, podnosząc zarzut odwołania, wskazywał, że Zamawiający *de facto* nie wezwał go do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa, ponieważ wysłał wezwanie na numer faksu, który nie został wskazany w formularzu ofertowym Odwołującego jako numer kontaktowy do wykonawcy. Twierdził, że wezwanie to w ogóle do niego nie dotarło. Próbował także w toku rozprawy wywodzić, że numer faksu, na który Zamawiający kierował do niego korespondencję z wezwaniem do uzupełnienia dokumentu, nie był przez niego wykorzystywany w toku postępowania odwoławczego, ponieważ przesłane do niego przez Zamawiającego zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu go z postępowania na ten sam ogólny numer faksu Odwołującego, do Odwołującego nie dotarło. Wskazywał też na brak potwierdzenia przez Zamawiającego faktu otrzymania przez Odwołującego wskazanej korespondencji oraz na konieczność dokonywania doręczeń do ustanowionego pełnomocnika w świetle regulacji Kpc i Kpa.

W ocenie Izby argumentacja prezentowana przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Izba zwróciła także uwagę na niespójność wywodów Odwołującego prezentowanych w toku rozprawy.

W pierwszej kolejności zwrócenia uwagi wymaga okoliczność, że Odwołujący w treści formularza ofertowego wskazał dwa numery faksu wpisane samodzielnie i odręcznie w treści formularza ofertowego przez wykonawcę. Pierwszy z nich (22/ 427 30 03) wskazany został w odręcznie wpisywanym przez wykonawcę oznaczeniu wykonawcy na pierwszej stronie formularza ofertowego. Jest to także numer faksu znajdujący się na pieczęci firmowej Odwołującego w lewym górnym rogu formularza ofertowego. Numer ten znajduje się także na ogólnie dostępnej stronie internetowej Odwołującego, na potwierdzenie czego wydruk z tej strony przedłożył Izbie w toku rozprawy Przystępujący, a okoliczności, iż numer ten pozostaje w aktualny, Odwołujący nie zaprzeczył. Drugi numer faksu (22/ 338 29 76) został

wskazany na trzeciej stronie formularza ofertowego w pkt 6 tego formularza. W ocenie Izby obydwie wskazane przez Odwołującego fakсы w treści formularza ofertowego – świadomie wpisane w treści oferty Odwołującego – mogą służyć do kontaktów z wykonawcą w toku postępowania o zamówienie publiczne. Jeśli Odwołujący nie życzył sobie wskazywania określonego numeru powinien był numeru tego nie wpisywać do treści oferty. Skoro jednak samodzielnie posłużył się nim, przekazał Zamawiającemu komunikat o tym, że istnieje możliwość kontaktu z nim na ten numer faksu i odwrotnie. Wskazanie numeru faksu w treści oferty nie może być tłumaczone jedynie jako oznaczenie przedsiębiorcy. Numer faksu służy bowiem określonym celom – możliwości kontaktu elektronicznego z adresatem tego numeru i spod tego numeru. Tym samym Odwołujący wykonawca, wpisując do oferty określone numery faksowe przy dopuszczonej jednocześnie w postanowieniach SIWZ formie kontaktów faksowych w toku tego postępowania, godzi się na możliwość kontaktu z nim na wpisany numer, ponosząc jednocześnie konsekwencje swojego działania. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że skoro w odrębnym punkcie formularza ofertowego wskazano inny numer faksu, który był numerem osoby wyznaczonej do kontaktów z Zamawiającym po stronie Odwołującego, to możliwy jest kontakt z Odwołującym wyłącznie na ten specjalny numer faksu. W ofercie Odwołującego obydwie numery faksów zostały – jak wskazano – samodzielnie wpisane przez wykonawcę do treści oferty, więc dopuszczalny w tym przypadku był kontakt na obydwie numery faksów. To, że Zamawiający we wzorze formularza oczekiwał wskazania osoby uprawnionej do kontaktów z Zamawiającym z jednoczesnym określeniem jej nr telefonu oraz faksu, nie może jednocześnie dyskwalifikować oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie o możliwości kontaktu na inny numer faksu. Zamawiający nigdzie w postanowieniach SIWZ, jak również w treści samego formularza ofertowego nie wskazał, że będzie to wyłączny numer faksu, na który będzie przesyłana korespondencja do wykonawcy. Samodzielna decyzja wykonawcy o wskazaniu w treści oferty dwóch numerów faksu obciąża tylko tego wykonawcę.

W drugiej kolejności Izba musiała dokonać ustalenia, w oparciu o zgromadzone dowody w sprawie, czy doszło do wysłania wezwania do uzupełniania dokumentów na numer faksu wskazany w treści oferty. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy w sprawie oraz całokształt okoliczności sprawy wskazują, że w dniu 2 lipca 2012 r. doszło do transmisji 1 arkusza korespondencji na numer faksu należący do Odwołującego i wskazany przez niego samodzielnie w treści oferty (22 427 30 03). Potwierdzeniem powyższego jest raport z transmisji faksu znajdujący się w dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który wskazuje, że w dniu 2 lipca 2012 r. o godz. 11:00 doszło do transmisji 1 arkusza korespondencji na przywołany numer faksu. Transmisja trwała 35 sekund i zakończyła się rezultatem: „OK.” Raport z faksu zawiera również czytelną

wersję z fragmentu strony przesyłanej faksem, którą jest treść przywołanego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Wskazany dowód stanowi domniemanie, że określona korespondencja faksowa została przesłana w dniu 2 lipca 2012 r. do Odwołującego. Domniemanie to podlegałoby obaleniu przez Odwołującego jako podmiotu Odwołującego się, na którym spoczywa ciężar dowodu wykazania określonych faktów, z których wywodzi on skutki prawne. Odwołujący w żaden sposób nie obalił wskazanego domniemania, nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dowodów, a nawet twierdzeń, które choćby uprawdopodobniałyby, że do wskazanej transmisji faksowej nie doszło. Odwołujący jako podmiot świadczący usługi telekomunikacyjne dysponuje zarówno wiedzą, jak i możliwościami technicznymi, które pozwalają mu na podjęcie choćby próby wykazania, że do transmisji faksowej we wskazanym czasie na sporny numer faksu nie doszło. Takim dowodem potwierdzającym okoliczność, że w danym dniu do transmisji faksowej spod numeru Zamawiającego nie doszło, mógłby być ewentualnie choćby raport z transmisji dokonywanych we wskazanym dniu na wskazany numer faksu Odwołującego. Odwołujący na pytanie przewodniczącej zadane w toku rozprawy o przedstawienie takiego dowodu stwierdził jedynie, że takim dowodem nie dysponuje. Tym samym wiarygodnym jest twierdzenie, że 2 lipca 2012 r. na wskazany numer faksu Odwołującego doszło do transmisji faksowej, a tylko z przyczyn organizacyjnych, leżących po stronie Odwołującego, nie podjął on w odpowiednim terminie działań, które stanowiłyby odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do uzupełniania dokumentów. Powyższe jednak nie może być usprawiedliwiającą okolicznością dla wykonawcy, który jest profesjonalistą i występując w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien dochować należytej staranności przy podejmowaniu czynności i w kontaktach z Zamawiającym w związku z zachowaniem terminów istotnych w tym postępowaniu. W szczególności wykonawca powinien skupić swoją uwagę na postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożył swoją ofertę po upływie terminu składania ofert, kiedy Zamawiający dokonuje w tym postępowaniu czynności badania i oceny ofert i korzystając z krótkich terminów może kierować różnego rodzaju korespondencją do wykonawców.

Potwierdzeniem okoliczności, że Odwołujący miał możliwość korzystania z tego faksu była - w ocenie Izby – okoliczność, iż na wskazany sporny numer faksu Odwołującemu została przesłana korespondencja dotycząca szczegółowych wyników postępowania ze wskazaniem nie tylko wyboru oferty najkorzystniejszej, ale również podstaw czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Twierdzenia Odwołującego podnoszone w toku rozprawy jakoby owa korespondencja przesłana przez Zamawiającego wyłącznie na sporny numer faksu w ogóle do niego nie dotarła nie znajdują potwierdzenia w dowodach zgromadzonych w sprawie,

w tym także w odniesieniu do twierdzeń samego Odwołującego zawartych w treści odwołania. Niewątpliwa jest okoliczność, iż na stronie internetowej Zamawiającego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie została zamieszczona żądana informacja o podstawach faktycznych lub prawnych wykluczenia Odwołującego z postępowania, a tylko w ogóle o czynności wykluczenia go z postępowania. W informacji tej stwierdzono co do oferty Odwołującego jedynie, że: „Oferta odrzucona nie podlega ocenie”. Szczegółowe informacje dotyczące oceny Odwołującego i jego oferty w postępowaniu zostały zamieszczone w piśmie Zamawiającego z dnia 6 lipca 2012 r., które zostało do Odwołującego wysłane wyłącznie na sporny numer faksu. Wbrew zatem twierdzeniem Odwołującego nie mógł on powziąć o powyższym informacji ze strony internetowej Zamawiającego. Samodzielnie zresztą w treści odwołania wskazał on, że: *„W dniu 6 lipca br. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej oraz przesłał z za pośrednictwem faksu wykonawcom uczestniczącym w mniejszym postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z informacją o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu. (...) Zgodnie z treścią zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 6 lipca 2012 roku Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu w związku z odrzuceniem jego oferty.”* Powyższe wyraźnie wskazuje, że Odwołujący, składając odwołanie do Prezesa Izby wyraźnie oświadczył, że szczegółowe informacje o podstawach odrzucenia swojej oferty i o swoim wykluczeniu powziął z informacji przesłanej mu za pośrednictwem spornego faksu. Tym samym zatem faks ten pozostawał w dyspozycji podmiotu Odwołującego w toku postępowania o zamówienie publiczne i służył mu. Wydaje się, że tylko na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego wykonawca prezentuje określoną argumentację, która mija się faktycznym oglądem całej sytuacji, która miała miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli chodzi o kontakty faksowe i ich możliwość z Odwołującym na sporny numer faksu.

Co do dyspozycji art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, która została także przywołana w treści postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu to Izba wskazuje, że przepis ten nie zawiera bezwzględnego obowiązku żądania potwierdzenia w każdym przypadku prawidłowości przesłania faksu. Takim wiarygodnym i niepodważonym w żaden sposób przez Odwołującego dowodem potwierdzającym tę okoliczność – jak wskazano powyżej – jest w tym przypadku raport z transmisji faksu. Odwołujący w tym zakresie nie obalił tego dowodu nawet nie próbując go w jakikolwiek sposób podważyć, twierdząc tak naprawdę jedynie, że Zamawiający nie miał prawa skierowania do niego w skuteczny sposób korespondencji na wskazany faks, co nie znalazło uznania Izby.

Co do argumentu o konieczności dokonywania doręczeń na rzecz pełnomocnika, stosownie do przywoływanych przez Odwołującego, regulacji Kpc i Kpa to Izba uznała ten argument za niezasadny. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mają zastosowania wskazane regulacje kodeksowe. W tym zakresie zastosowanie znajdzie ustawa Pzp i akty wykonawcze wydane na jej podstawie, a w sytuacjach nieuregulowanych także przepisy KC, poprzez art. 14 ustawy Pzp. Odnosząc się natomiast do regulacji Kodeksu cywilnego wskazać należy na przywoływany również przez Odwołującego w treści odwołania 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. Raport z transmisji na sporny numer faksu należący do Odwołującego wskazuje na połączenie w dniu 2 lipca 2012 r. dokonane na wskazany numer faksu i wysłanie jednego arkusza informacji (pisma), które zawierało treść wezwania do uzupełnienia dokumentów. Tym samym w danym dniu o określonym w raporcie z transmisji czasie doszło do wprowadzenia treści tego pisma do środka komunikacji elektronicznej (faks) w taki sposób, aby druga strona adresat pisma (Odwołujący) mógł się zapoznać z jego treścią. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby brak możliwości zapoznania się z treścią tego pisma (np. przedłożenia korespondencji, którą mógłby ewentualnie otrzymać w wersji nieczytelnej).

Powyższe stanowisko Izby znajduje potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2002 roku III PZP 170/2002.

Również niezasadne jest przywoływanie przez Odwołującego regulacji z rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań co do przewidzianych tam doręczeń drogą faksową. Regulacje te odnoszą się do sytuacji mającej miejsce w toku postępowania odwoławczego pomiędzy stronami tego postępowania i jego uczestnikiem, a Krajową Izbą Odwoławczą. Nie ma ten przepis zastosowania do postępowania o zamówienie publiczne w kontaktach pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit a) ustawy Pzp, tj. koszty postępowania ponosi Odwołujący w sytuacji, gdy odwołanie podlega oddaleniu, a wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł formalny sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości odwołania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła

- stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego;
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2 lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego.

Przewodniczący: