

Sygn. akt KIO 1098/15

WYROK
z dnia 12 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 czerwca 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **25 maja 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **Comparex Poland S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komenda Główna Policji Wydział Zamówień Publicznych, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa,**

przy udziale

wykonawcy **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie, al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Comparex Poland S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa** i nakazuje:
zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez odwołującego **Comparex Poland S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) 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

Zamawiający Komenda Główna Policji Wydział Zamówień Publicznych, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »zakup usługi serwisu sprzętu dla systemów: KSIP, KCDC, CSD, ERCDS, SIO, SYNAPS, FT, SWOP, GAZELA, SWLP, Sieć Teleinformatyczna* CBŚP, CHILD ALERT, ZSODE, 124/7, AFIS, KSI, CODIS, numer postępowania 12/Błil/15/AL«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11.02.2015 r. pod nrem 2015/S 029-049213.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 15.05.2015 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Comparex Poland S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa, gdyż wykonawca nie złożył wyjaśnień odnośnie art. 90 ust. 3 Pzp.

Wykonawca Comparex Poland S.A. zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 25.05.2015 r. do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności zamawiającego z 15 maja 2015 roku polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, a w konsekwencji wobec wyboru oferty wykonawcy Qumak S.A.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 3 w związku z art. 14 Pzp oraz w związku z art. 61 Kc przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezłożenie przez odwołującego wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej, pomimo że odwołujący nie mógł zapoznać się z treścią wezwania zamawiającego;
- 2) art. 27 ust. 2 Pzp przez uznanie za doręczone odwołującemu wezwania do złożenia wyjaśnień wysłanego faksem, pomimo że odwołujący nie potwierdził otrzymania tego faksu, a zamawiający nie dopełnił z należytą starannością czynności sprawdzenia przyczyn braku potwierdzenia;

- 3) (w konsekwencji) art. 91 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Qumak, która to oferta nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie uczciwej konkurencji przez dokonanie wyboru oferty z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego będącej najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania przez:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, w tym ewentualnie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej, a następnie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu;
- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Uzasadnienie odwołania

W piśmie z 15 maja 2015 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą zamawiający uznał ofertę wykonawcy Qumak. W zakresie dotyczącym odrzucenia oferty odwołującego zamawiający powołał się na okoliczność wezwania odwołującego (pismem z 12 maja 2015 r.) do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty w toku aukcji elektronicznej oraz że odwołujący nie złożył wyjaśnień przed upływem wyznaczonego terminu, tj. do 14 maja 2015 r. do godz. 14:00.

Ta decyzja zamawiającego nie miała jednak uzasadnionych podstaw.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący zwraca jednak uwagę, że warunkiem złożenia wyjaśnień czy też udzielenia odpowiedzi na jakiegokolwiek pytanie bądź wezwanie zamawiającego jest zapoznanie się z treścią takiego wezwania.

Odwołujący nie miał takiej możliwości z uwagi na awarię faksu, do której doszło 12 maja 2015 r., przy czym ww. wezwanie zamawiającego zostało mu przesłane właśnie w tym okresie w formie faksu. W konsekwencji awarii faks odwołującego potwierdzał wprawdzie

przyjęcie przesyłanych wiadomości, ale ich nie drukował. Odwołujący zlecił niezwłocznie naprawę urządzenia.

Dowód: potwierdzenie serwisowe naprawy urządzenia – na okoliczność zaistnienia awarii i jej skutków w zakresie funkcjonowania urządzenia oraz daty jej usunięcia.

W następstwie zaistniałej awarii odwołujący w czasie trwania awarii nie miał możliwości zapoznania się z treścią jakichkolwiek pism przesyłanych mu w formie faksu, gdyż urządzenie faksowe nie dokonywało wydruków przesyłanych pism (nawet jeśli zamawiający dysponował ewentualnym potwierdzeniem transmisji faksu). Odwołujący nie mógł zatem zapoznać się z treścią pism przesyłanych mu faksem w tym czasie. Oznacza to, że odwołujący nie miał również możliwości zapoznania się z treścią ww. wezwania zamawiającego z 12 maja 2015 r. oraz udzielenia na nie odpowiedzi.

Zgodnie z treścią art. 14 Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Jednocześnie, jak wynika z art. 61 § 1 Kc, oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy oświadczenie woli doszło do tej osoby w taki sposób, że osoba ta mogła zapoznać się z treścią oświadczenia woli. Natomiast 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 (art. 61 § 2 Kc). Przy tym przyjmuje się, że posłużenie się przez zamawiającego jedną z form przewidzianych w art. 27 ust. 1 Pzp stwarza domniemanie wysłania oświadczenia w sposób umożliwiający zapoznanie się z treścią danego pisma. Domniemanie to może być jednak obalone przez adresata, tj. adresat może wskazywać np. na przeszkody techniczne itp. czy inne okoliczności uniemożliwiające zapoznanie się z treścią pisma.

Stanowisko to zostało potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku KIO z 5 marca 2013 r., KIO 346/13 stwierdzono w szczególności, że przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie regulują szczegółowo kwestii doręczania pism pomiędzy stronami postępowania, ocenę tej kwestii należy dokonać za pomocą przepisów Kodeksu cywilnego (przez art. 14 Pzp).

Jednocześnie w wyroku z 17 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 427/09, KIO stwierdziła, że »Wydruki zarówno z faksu, jak i raport z centrali mogą jedynie służyć do wykazania przez zamawiającego czynności nadania pisma faksem, a nie jego doręczenia«.

Z kolei w postanowieniu KIO z 27 czerwca 2011 r., KIO 1258/11, uznano, że »1. 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. 2. Powyższe domniemanie może być obalone, jeżeli adresat wykaże, że np. z powodu

zakłóceń aparatu odbiorczego nastąpiło 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”.

2. Dalej odwołujący wskazał, że zamawiający przewidział w specyfikacji jako jedną z form doręczania pism wysyłanie ich faksem za potwierdzeniem otrzymania. Wobec tego w powyższym wezwaniu z 12 maja 2015 r. zamawiający wezwał odwołującego do niezwłocznego potwierdzenia przez niego faktu otrzymania wezwania faksem – stosownie do treści art. 27 ust. 2 Pzp. Pomimo wezwania do potwierdzenia otrzymania pisma przez odwołującego, zamawiający nie sprawdził jednak, czy takie potwierdzenie zostało przekazane przez odwołującego, ewentualnie uznał wezwanie za skutecznie doręczone, pomimo braku potwierdzenia jego otrzymania.

Wątpliwości zamawiającego w zakresie skuteczności doręczenia pisma powinna wzbudzić zwłaszcza okoliczność, że odwołujący, od którego zamawiający nie otrzymał potwierdzenia przyjęcia pisma, 14 maja 2015 r. wysłał do zamawiającego pytanie o status postępowania. Potwierdza to pośrednio, że odwołujący nie otrzymał wezwania i nie wiedział, że ma składać jeszcze jakieś wyjaśnienia.

Dowód: email z 14 maja 2015 r. – na okoliczność pytania odwołującego o status postępowania w okresie po przesłaniu mu faksem wezwania do wyjaśnienia ceny.

Zgodnie ze stanowiskiem KIO zajęтым w wyroku z 17 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 427/09: »[1] Wydruki zarówno z faksu, jak i raport z centrali mogą jedynie służyć do wykazania przez zamawiającego czynności nadania pisma faksem, a nie jego doręczenia. [2] W myśl art. 27 ust. 2 Pzp nadawcy faksu służy prawo żądania potwierdzenia otrzymania faksu, a nie obowiązek żądania potwierdzenia faksu. Po stronie odbiorcy leży obowiązek potwierdzenia otrzymania faksu, w myśl zasady prawnej, że jeżeli jednej stronie służy prawo, to druga strona ma obowiązek. [3] 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 Pzp jest potwierdzenie przez odwołującego faktu otrzymania wezwania«.

Jednocześnie we wskazanym wyroku KIO 346/13 KIO uznała, że: »Należy negatywnie ocenić postępowanie zamawiającego, który wzywając wykonawcę do złożenia w określonym terminie dokumentów lub oświadczeń, które determinują dalszy udział tego wykonawcy w postępowaniu i wzywając go do potwierdzenia otrzymania danego pisma, w żaden sposób nie interesuje się faktem czy dane pismo dotarło do adresata i dlaczego adresat nie potwierdził zwrótnie jego otrzymania«.

W konsekwencji tego, dokonanie wyboru oferty wykonawcy Qumak, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu było nieuzasadnione i naruszało art. 91 ust. 1 Pzp, a także zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 25.05.2015 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 27.05.2015 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

29.05.2015 r. wykonawca Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego (dowód nr 1) pismo informujące o naprawie urządzenia faksującego, z których to pisma odwołujący wywodzi, że wysłana przez zamawiającego wiadomość nie dotarła do odwołującego – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy – art. 90 ust. 3 w związku z art. 14 Pzp oraz w związku z art. 61 Kc przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezłożenie przez odwołującego wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej, pomimo że odwołujący nie mógł zapoznać się z treścią wezwania zamawiającego oraz zarzut drugi – naruszenia art. 27 ust. 2 Pzp przez uznanie za doręczone odwołującemu wezwania do złożenia wyjaśnień wysłanego faksem, pomimo że odwołujący nie potwierdził otrzymania tego faksu, a zamawiający nie dopełnił z należytą starannością czynności sprawdzenia przyczyn braku potwierdzenia – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający zwrócił się za pośrednictwem faksu do wykonawcy Comparex (obecnego odwołującego) o udzielenie do upływu określonego terminu wyjaśnień dotyczących elementów oferty mogących mieć wpływ na wysokość ceny na podstawie wprowadzenia do wyliczenia art. 90 ust. 1 Pzp, przepis ten brzmi »Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie [...]«.

Zamawiający nie otrzymał od wykonawcy Comparex potwierdzenia otrzymania tej przesyłki. Zamawiający jednak uznał, że powiadomienie doszło do wykonawcy Comparex, gdyż zamawiający otrzymał automatyczny wydruk ze swojego faksu – tzw. »okejkę«. Gdy w wyznaczonym terminie zamawiający nie otrzymał wyjaśnień od wykonawcy Comparex, zamawiający odrzucił ofertę tego wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Natomiast wykonawca Comparex stwierdził, że w czasie, gdy zamawiający przesyłał do wykonawcy Comparex przedmiotowy faks miał awarię urządzenia faksującego. Faks przekazywał do nadawcy informację (»ok«), że faks doszedł do odbiorcy, ale w rzeczywistości nie dochodziło do przyjęcia wiadomości przez to urządzenie, a tylko wysłanie błędnego komunikatu. Niezwłocznie po wykryciu zaistniałej awarii wykonawca Comparex przystąpił do naprawy swojego urządzenia faksującego, ale i tak upłynęło kilka godzin, w których czasie urządzenie było zepsute i nie przyjmowało faksów jednocześnie wysyłając fałszywą informację, że odbiorca przyjął przesyłkę faksową. Odwołujący podkreśla, że nie wysłał do zamawiającego potwierdzenia otrzymania wiadomości o zobowiązaniu do przekazania w określonym terminie wyjaśnień dotyczących wysokości ceny zaproponowanej w ofercie. W związku z tym, że do wykonawcy Comparex nie dotarło wezwanie do złożenia

wyjaśnień cenowych, wykonawca Comparex nie wystosował takich wyjaśnień, a zamawiający po upływie terminu na złożenie wyjaśnień przez wykonawcę Comparex odrzucił ofertę tego wykonawcy.

Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art. 27 ust. 2 Pzp, który brzmi »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«. Ponadto w rozpoznawanej sprawie istotna była treść postanowienia cz. VIII ust. 3 zdanie pierwsze str. 11 specyfikacji, z którego to postanowienia – zdaniem odwołującego – strony mogły odczytać obowiązek przekazywania potwierdzeń otrzymania faksów cyt. »Wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający oraz Wykonawcy przekazywać będą w formie pisemnej faksem lub drogą elektroniczną z zachowaniem zasad określonych w ustawie Pzp«.

Do unormowania art. 27 ust. 2 Pzp nie jest przypisana żadna sankcja. Również zamawiający nie wypowiedział się o konsekwencjach naruszenia postanowienia specyfikacji w zakresie nie wystosowania potwierdzenia otrzymania faksu czy maila. Zresztą w postępowaniach prowadzonych przez tego zamawiającego (także i w rozpoznawanym postępowaniu przetargowym) wytworzył się zwyczaj, że mimo żądania przez zamawiającego potwierdzeń, wykonawcy takich potwierdzeń nie składają, a mimo to zamawiający przechodzi do dalszych czynności zadowolając się wydrukiem »ok«. Zamawiający stwierdził, że ze względu na liczbę prowadzonych postępowań zamówieniowych i szczupłość obsady kadrowej nie mógłby należycie kontrolować przychodzenia potwierdzeń. Odwołujący nie wykazał, że w postępowaniu w jakiegokolwiek innej sprawie przekazywał potwierdzenie, co mogłoby wskazywać przynajmniej na istnienie zwyczaju, ale brak wskazania na takie potwierdzenia pokazuje raczej, że strony nie przywiązywały wagi do wysyłania potwierdzeń.

Izba stwierdza, że w związku z brakiem ustanowienia konsekwencji w specyfikacji lub w przepisach prawa za niewystosowanie potwierdzenia otrzymania faksu (a nawet z ogólnego postanowienia specyfikacji – cz. VIII ust. 3 zdanie pierwsze – nie wynika, że zamawiający wprowadził obowiązek potwierdzania otrzymania faksów czy maili), nie można wymagać od zamawiającego, aby szczególnie traktował czynności i sytuacje, gdzie nie otrzymał potwierdzenia otrzymania faksu, a tylko posiada »ok«, że skutecznie wystosował jakąś przesyłkę faksową.

Natomiast to podmiot, u którego wystąpiła awaria sprzętu, powinien w jakiś sposób zareagować. Jednym z działań jest zgłoszenie awarii do odpowiednich służb technicznych i udostępnienie sprzętu serwisantowi. Ale te działania tylko mogą wywrzeć wpływ na przyszłość. Do faktów już zaistniałych taki podmiot np. mógł powiadomić wszystkie podmioty, z którymi prowadzi istotne kontakty za pośrednictwem faksu, o awarii i jej usunięciu oraz

poprosić tych kontrahentów, aby wystosowali do tego podmiotu ponownie wiadomości, które wysłali w ciągu godzin, gdy urządzenie nie przyjmowało przesylek i mimo to wysyłało fałszywe komunikaty o przyjęciu informacji. Ugruntowanym orzecnictwem Izby to na każdej ze stron ciąży obowiązek zabezpieczenia u siebie prawidłowego działania faksu, co syntetycznie zostało przedstawione w wyroku Izby z 27 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1258/11 »[...] Izba wskazuje za orzecnictwem: „[...] Odwołujący miał świadomość, iż Zamawiający może przekazać, zgodnie z art. 27 [... Pzp], zawiadomienia, informacje faksem. Zatem do jego obowiązków należało zabezpieczenie prawidłowego funkcjonowania faksu. Z dokumentów złożonych przez Zamawiającego wynika, iż Odwołujący nie zabezpieczył prawidłowego funkcjonowania faksu. W tej sytuacji (...) Zamawiający nie może ponosić skutków braku prawidłowego funkcjonowania urządzeń teletransmisyjnych w siedzibie Odwołującego. [...]» (wyrok ZA z dnia 15.01.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-12/07, tudzież wyrok KIO z dnia 17.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 427/09«.

Odwołujący wskazał naruszenie art. 61 Kc. Wobec posługiwania się faksem przez strony należy stwierdzić, że do stanu faktycznego można zastosować oba paragrafy tego przepisu, art. 61 § 1 Kc brzmi »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. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej«, a art. 61 § 2 Kc, brzmi »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«.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdza, że zamawiający nie rozpatrując kwestii braku potwierdzenia otrzymania przez wykonawcę Comparex wezwania do wyjaśnień zagadnień cenowych i zadowolając się jedynie potwierdzeniem tworzonym przez faks, czynił to w zakresie należytej staranności wykazywanej w tym postępowaniu, bo również w innych przypadkach wykonawcy nie wystosowywali do zamawiającego specjalnych potwierdzeń, zdając się jedynie na potwierdzenia generowane automatycznie przez urządzenie faksujące, co potwierdzało wprowadzenie informacji do środka komunikacji faksowej w taki sposób, żeby wykonawca mógł zapoznać się z treścią tej informacji.

Odwołujący powołał się także na wystosowanie pytania do zamawiającego o stan postępowania na około 20 minut przed upływem terminu wyznaczonego do złożenia wyjaśnień cenowych (termin na wniesienie wyjaśnień upływał 1.05.2015 r. o 14:00), a faks od wykonawcy został przesłany o 13:41). Faks brzmiał »Dzień dobry! Uprzejmie proszę o przesłanie informacji na temat statusu sprawy 12/Błil/15/AL. Pozdrawiam, [... podpis]«. Jednak pytanie o stan sprawy nie dotyczyło wniosku o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień cenowych i nie musiało być potraktowane przez zamawiającego jako taki wniosek.

Ponadto pytanie było wystosowane na tyle krótko przed upływem terminu na udzielenie wyjaśnień cenowych (około 20 minut), że nie można wymagać, aby zamawiający działając nawet na przysłowiowym sygnale zdążył podjąć decyzję o przedłużeniu terminu udzielenia wyjaśnień. W ramach rozważenia problemu ewentualnego przedłużenia terminu dla wykonawcy Comparex na złożenie wyjaśnień należałoby po zapoznaniu się z treścią zapytania zwołać komisję, przedstawić problem, przeanalizować problem i rozważyć możliwość przesunięcia terminu złożenia wyjaśnień, a przecież przesunięcie terminu złożenia wyjaśnień nie jest wcale czynnością wykonywaną automatycznie, ale muszą być rozważone czynniki skłaniające do podjęcia decyzji dotyczące przesunięcia terminu i czynniki przemawiające za zachowaniem dotychczasowego terminu na złożenie wyjaśnień cenowych. Dlatego Izba musi stwierdzić, że argument wystosowania przypadkowego pytania przez wykonawcę Comparex o stan sprawy i wystosowania tego pytania na tak krótki okres przed upływem terminu na udzielenie wyjaśnień nie musiał skutkować podjęciem rozważań przez zamawiającego o zasadności przesunięcia terminu złożenia wyjaśnień cenowych. Tym bardziej nie musiało to pytanie spowodować przesunięcia terminu na złożenie wyjaśnień.

Fakt złożenia pytania przez wykonawcę Comparex nie miał wpływu na przeprowadzenie procedury przetargowej przez zamawiającego ze starannością, jaka była stosowana przez zamawiającego w całości postępowania i – co wynika ze stanowisk stron podczas rozprawy – w innych postępowaniach tego typu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdza, że zamawiający – po wystosowaniu faksem w sposób przyjęty w postępowaniu żądania wyjaśnień cenowych, otrzymaniu potwierdzenia dojścia tego dokumentu do wykonawcy Comparex i bezskutecznym odczekaniu na upływ terminu na złożenie tych wyjaśnień miał wprost obowiązek odrzucić ofertę odwołującego i tym samym zamawiający nie naruszył żadnych przepisów wskazanych przez odwołującego. W związku z tym w ocenie Izby, zarzut pierwszy – art. 90 ust. 3 w związku z art. 14 Pzp oraz w związku z art. 61 Kc oraz zarzut drugi – naruszenia art. 27 ust. 2 Pzp – nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 91 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Qumak, która to oferta nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu oraz zarzut czwarty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie uczciwej konkurencji przez dokonanie wyboru oferty z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego będącej najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzuca, że zamawiający dokonał wyboru oferty innego wykonawcy z pominięciem oferty odwołującego. Jednak oferta odwołującego została odrzucona w trakcie badania ofert, zgodnie z przepisami prawa i nie mogła brać udziału w procedurze oceny ofert

przez zamawiającego. W związku z tym – zdaniem Izby – zamawiający dokonał właściwej oceny ofert i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, a odwołujący nie dowiódł, że zamawiający wybierając inną ofertę naruszył jakiegokolwiek przepisy Prawa zamówień publicznych, a szczególnie przepisów art. 91 ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia« i art. 7 ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«.

Ponadto odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie – ze względu na dokonanie wyboru oferty z naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jednak odwołujący nie dowiódł żadnego naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przez zamawiającego, a w tym naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: