

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Barbara Bettman

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A., ul. Drzymały 15, 40–059 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Mikołów, ul. Rynek 16, 43–190 Mikołów** protestu z dnia 19 marca 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i nakazuje wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a także nakazuje ponowne badanie, ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Mikołów, ul. Rynek 16, 43–190 Mikołów
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 **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A., ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Mikołów, ul. Rynek 16, 43-190 Mikołów** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlanego „DOMBUD” S.A., ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) 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 **Przedsiębiorstwa Budowlanego „DOMBUD” S.A., ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice.**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych, o nr: 31279 -2009 w dniu 30.01.2009r.

Przedmiotem zamówienia jest: Budowa budynku Domku Parkowego z rozbiórką istniejącego Domku Harcerskiego wraz z wewnętrzną instalacją sanitarną, elektryczną oraz remontem przyłącza energetycznego w Mikołowie przy Pl. Harcerskim 1. Postępowanie PN-7/09.

Zamawiającym jest Gmina Mikołów, Rynek 16, 43-190 Mikołów zwana dalej “Zamawiającym”.

Odwołującym jest Przedsiębiorstwo Budowlane "DOMBUD" S.A. ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice zwany dalej “Odwołującym”.

Odwołujący na podstawie przepisu art. 184 ust. 1 i 1a oraz art. 179 ust. 1 ustawy -Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, zm. Dz. U. 2008r. nr 171 poz.1058) zwanej dalej „ustawą” wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że wykluczając Odwołującego z postępowania dopuścił się naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy, ewentualnie w związku z art. 26 ust 4 a także art. 87 ust 1 ustawy, co miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania to jest wybranie oferty Konsorcjum wykonawców: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MONTERIN" i PRIM S.A. (pismo Zamawiającego SEO.3-34/PN-7/80/09 doręczone faksem dnia 12.03.2009 r.), pomimo że oferta tego wykonawcy jest droższa od oferty Odwołującego, czyli nie jest najkorzystniejsza zgodnie z kryterium oceny ofert przyjętym przez Zamawiającego, co skutkuje dodatkowo naruszeniem art. 7 ust 1 i 3 ustawy.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego jako podjętej bez doręczenia Odwołującemu w formie przewidzianej w pkt. 10 SIWZ i art. 27 ustawy wymaganych prawem wezwań: do złożenia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust 3 Ustawy,

ewentualnie

1. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust 4 ustawy,
2. lub do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ustawy jeśli uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust 3 zostałyby uznane za niewystarczające,
3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w związku z tym, że nie podlega on wykluczeniu.
4. wybór oferty Odwołującego w związku z tym, że nie podlega wykluczeniu i złożył ofertę najkorzystniejszą pod względem ceny,
5. orzeczenie zwrotu Odwołującemu uzasadnionych kosztów postępowania, w szczególności kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej oraz kwoty wpisu.

Odwołujący wskazał na naruszenie interesu prawnego jak powyżej.

Odwołujący podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w proteście, że nie otrzymał wezwania do uzupełnienia dokumentów, na które powołuje się Zamawiający ani w formie faksu, ani w formie pisemnej.

Ponadto oświadczył, że uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez wskazanie robót rozbiórkowych obiektów budowlanych o wartości 100 000 zł w ramach robót przedstawionych przez Odwołującego w referencjach nie stanowi żadnej trudności i w przypadku otrzymania takiego wezwania Odwołujący wypełniłby je niezwłocznie, szczególnie że, nie uzupełnienie wezwania w sytuacji gdy oferta Odwołującego w rankingu firm ubiegających się o przedmiotowe zamówienie jest najkorzystniejsza pod względem ceny, byłoby oczywiście sprzeczne z jego interesami.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu wybrał sposób porozumiewania się w formie faksu (pkt 10 SIWZ), przy czym na mocy art. 27 ust. 3 ustawy dopuszczalna jest również forma pisemna. Zgodnie z art. 27 ust. 2 ustawy, 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. Taka regulacja ustawy jest istotna w sytuacji, jaka miała miejsce w niniejszym postępowaniu, tzn. kiedy Zamawiający twierdzi, że wysłał faksem wezwanie i konieczne jest wykazanie czy to wezwanie dotarło do adresata. "Posiadanie samego dowodu nadania nie jest wystarczające dla stwierdzenia, iż treść oświadczenia czy zawiadomienia prawidłowo dotarła do adresata. Tymczasem obowiązek wykazania, iż 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 dowód doręczenia, którego posiadanie pozwala stronie na skuteczne dochodzenie praw, jakie wiążą się z faktem przekazania oświadczenia czy innego dokumentu." [str. 138 "Prawa zamówień publicznych. Komentarz" Jerzy Pieróg, 9.wydanie, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2009].

Aby być pewnym, że adresat otrzymał dane oświadczenie, wniosek czy zawiadomienie przekazane mu faksem lub drogą elektroniczną, strona, która je wysłała, może żądać od niego niezwłocznego potwierdzenia otrzymania pisma. Takie potwierdzenie będzie wystarczającym dowodem na doręczenie faksu. Stanowisko takie potwierdza orzecznictwo zespołu arbitrów (np. wyrok o sygn. akt UZP/ZO /0-1118/06, UZP/ZO/0-1720/06), zgodnie z którym sam raport transmisji faksowej nie stanowi wystarczającego dowodu na to, że pismo przesłane faksem zostało faktycznie w danym dniu doręczone adresatowi w ten sposób, że mógł się zapoznać z jego treścią.

W przypadku Zamawiającego, rezygnacja z prawa potwierdzenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które z natury jest sformalizowane, niesie ryzyko nieskutecznego doręczenia dokumentów, co nie może to skutkować przeniesieniem negatywnych tego skutków na adresata faksu -wykonawcę. Fakt, że Zamawiający może, ale nie musi żądać takiego potwierdzenia nie oznacza, iż raport wysłania faksu sporządzony przez jego

urządzenie faksowe niejako przejmuje funkcję dowodową jaką pełni potwierdzenie otrzymania faksu, o którym mowa w art. 27 ust. 2 ustawy.

Odwołujący podkreślił, iż transmisja danych za pomocą faksu, dokonuje się poprzez skomplikowaną infrastrukturę sieci telekomunikacyjnych, która może być zawodna, w związku z powyższym wysyłanie wiadomości za pomocą faksu narażone jest na ryzyko, iż mogą one w ogóle nie dotrzeć do adresata, lub zostać przez niego otrzymane w postaci uniemożliwiającej odczytanie treści wiadomości.

Podkreślić również należy, iż Odwołujący nie może ponosić odpowiedzialności za powodzenie transmisji danych za pośrednictwem faksu, która to następuje za pomocą infrastruktury telekomunikacyjnej, na działanie której nie ma jakiegokolwiek wpływu, gdyż znajduje się ona w posiadaniu podmiotu trzeciego, którym jest jej operator.

Faks Odwołującego w dniu 03.03.2009r. działał prawidłowo, na potwierdzenie czego Odwołujący przedstawia ewidencję faksów przychodzących dnia 03.03.2009 r.

Dowód : wykaz faksów ewidencja faksów przychodzących do PB DOMBUD S.A. dnia 03.03.2009 r.

Nie można więc zarzucić Odwołującemu, iż zgodnie z art. 27 ustawy będąc świadomym, iż może otrzymywać wiadomości, oświadczenia, czy też wezwania od Zamawiającego za pomocą faksu, nie zapewnił prawidłowego funkcjonowania tegoż urządzenia. Urządzenie faksowe Odwołującego w chwili rzekomego nadania przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów przetargowych w dniu 3 marca 2009 r. było włączone i działało prawidłowo.

W przedmiotowej sprawie należy jasno podkreślić, iż zarówno prawo zamówień publicznych jak i prawo cywilne (patrz art 61 k.c.) opiera się w zakresie składania oświadczeń woli na tzw. teorii doręczenia.

Wyrazem tej teorii w prawie zamówień publicznych jest właśnie art. 27 ust. 2 ustawy.

Dlatego informacja z wysłanych faksów na aparacie nadawcy jest tylko dowodem prima facie, że adresat mógł się zapoznać z treścią przesłanego mu oświadczenia woli. Tak więc złożenie oświadczenia woli za pomocą środków komunikowania się na odległość jest obarczone ryzykiem obciążającym zawsze składającego.

W ocenie Odwołującego jak wynika z przytoczonych powyżej komentarzy i orzecznictwa, Odwołujący ma prawo twierdzić, że Zamawiający nie udowodnił doręczenia określonego

dokumentu (wezwania do uzupełnienia dokumentów), z którego wywodzi skutki prawne w postaci wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Odwołujący w proteście podnosił, że uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu poprzez wskazanie robót rozbiórkowych obiektów budowlanych o wartości 100.000 zł w ramach robót przedstawionych przez Odwołującego w referencjach nie stanowi żadnej trudności i gdyby Zamawiający zwrócił się do niego z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 lub do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 bądź w trybie art. 87 Ustawy - Odwołujący uczyniłby to niezwłocznie, szczególnie że niewypełnienie takiego żądania byłoby w oczywiste sprzeczne z interesami Odwołującego, który miał świadomość, że złożył najtańszą ofertę i nie uzupełniając dokumentów potwierdzających roboty rozbiórkowe na kwotę ponad 100 tys. zł, którymi dysponuje (protokół końcowy robót dot. adaptacji szpitala chirurgicznego na siedzibę Sądu Rejonowego w Jastrzębiu Zdroju) . Sam Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego przyznał, że z dołączonych przez Odwołującego referencji - adaptacja szpitala chirurgicznego na siedzibę Sądu Rejonowego w Jastrzębiu Zdroju o wartości 10 973 796 zł oraz rozbudowa i modernizacja kompleksu sportowego w Wodzisławiu Śląskim o wartości 3 719 888 zł -wynika, że zakres rzeczowy robót obejmował roboty rozbiórkowe. Protestujący oświadczył i dalej to podtrzymuje, że nie stanowi żadnej trudności wykazanie w ramach chociażby ww. powołanej adaptacji szpitala na sąd -wartości poszczególnych rodzajów robót, w tym robót rozbiórkowych na kwotę powyżej 100 000 zł. Na potwierdzenie czego przedstawia dowód w postaci protokołu końcowego robót dot. adaptacji szpitala chirurgicznego na siedzibę Sądu Rejonowego w Jastrzębiu Zdroju. Wątpliwości dotyczące tej kwestii Zamawiający powinien był wyjaśnić doręczając protestującemu w formie przewidzianej pkt. 10 SIWZ oraz art. 27 ustawy wezwanie do złożenia dokumentów lub wyjaśnień w trybie art. 26 ust 3 i 4 lub art. 87 ust. 1 ustawy.

W związku z bezpodstawnym oddaleniem protestu dotyczącego wykluczenia z postępowania na skutek zaniechania doręczenia wezwań do złożenia wyjaśnień -z naruszeniem art. 26 ust 3 ustawy, Odwołujący został ponadto pozbawiony prawa do równego traktowania wykonawców jak również naruszona została zasada prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust 1 ustawy).

Mając na uwadze całokształt przedstawionej powyżej argumentacji, Odwołujący podtrzymał swoje zarzuty i żądania podniesione w proteście oraz przedstawione w odwołaniu.

Odwołujący we wniesionym proteście zarzucił:

1. Wykluczenie Odwołującego z postępowania -z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 26 ust 3 ustawy.
2. Zaniechanie doręczenia Odwołującemu w formie przewidzianej w pkt 10 SIWZ oraz w art. 27 ustawy oraz wezwania do złożenia wyjaśnień lub dokumentów o których mowa w art. 25 ust.1ustawy - z naruszeniem ar. 26 ust. 3 i 4 ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie powyższych przepisów ustawy, co skutkuje dodatkowo naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

W dniu 24.03.2009r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu poprzez jego oddalenie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający przedstawił następującą argumentację formalno – prawną.

1.Generalnie Zamawiający nie zgadza się ze stwierdzeniem Odwołującego zawartym w proteście o następującej treści „wprowadzono obowiązek potwierdzenia drugiej stronie faktu przekazania dokumentu, jeżeli ten został przekazany faksem lub drogą elektroniczną”.

W ocenie Zamawiającego treść art. 27 ust. 2 ustawy jest jasna i jednoznaczna: "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". Ustawodawca wprowadził więc możliwość ("na żądanie"), a nie obowiązek potwierdzania faktu otrzymania wezwania faksem. Zamawiający przytoczył wyrok Trybunału Konstytucyjnego sygn. akt K/25/99 z 28.06.2000 r: "w państwie prawnym interpretator musi zawsze w pierwszym rzędzie brać pod uwagę językowe znaczenie aktu prawnego. Jeżeli językowe znaczenie tekstu jest jasne, wówczas -zgodnie z zasadą clara non sunt interpretanda -nie ma potrzeby sięgania po inne, pozajęzykowe metody wykładni". W omawianym przypadku w ocenie Zamawiającego nie ma żadnych wątpliwości, jak odczytywać sformułowanie "na żądanie" i jakie ono skutki wywołuje.

Zamawiający ponadto wskazał na posiadane dowody doręczenia Odwołującemu wezwania do uzupełnienia dokumentów to jest:

- a) dowód nadania faksu nr 0844 z 03.03.2009 r. godz. 7.42 na numer 032/2511088, wysłano 1 stronę, wynik O.K., generowany automatycznie z urządzenia faksowego.
- b) raport z wykonanych połączeń telefonicznych dla Centrali UM Mikołów, gdzie w poz. 4 jest wykazane: "data 2009-03-03, czas 7:42, numer 032-2511088, lokalizacja Katowice, czas trwania 0:22".

Zamawiający podkreślił, że nr 032-2511088 to numer faksu podany przez Odwołującego do korespondencji faksowej na stronie 2 złożonej oferty.

Na podstawie powyższych okoliczności Zamawiający stwierdził, że zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 k.c., Zamawiający wykazał, że został Odwołujący został właściwie wezwany do uzupełnienia dokumentów.

Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający przywołał Wyrok Zespołu Arbitrów z 15.01.2007 r., o Sygn. akt UZP/ZO/O12/07 cytując : "ponieważ odwołujący miał świadomość, iż zamawiający może zgodnie z art. 27 ustawy, dokonać powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty faksem, powinien zapewnić jego prawidłowe funkcjonowanie. Z dokumentów przedstawianych przez zamawiającego (wydruk z faksu) wynika, że Odwołujący obowiązku tego nie spełnił. W tej sytuacji zespół arbitrów uznał, że zamawiający nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniedbań powstałych po stronie odwołującego i odwołanie odrzucił".

W ocenie Zamawiającego w identycznej sytuacji podważanie dowodu nadania faksu uznano za nieskuteczne. Natomiast Zamawiający dysponuje również bilingiem wykonanych połączeń oprócz dowodu nadania faksu i oba te dowody są wzajemnie spójne.

Natomiast Odwołujący w ocenie Zamawiającego nie dysponuje żadnymi dowodami, poza swoim oświadczeniem "protestujący przede wszystkim oświadcza, że nie otrzymał wezwania...". Konkluzja z konfrontacji ciężaru dowodów jest więc jednoznaczna dla zamawiającego i nie pozostawia żadnych wątpliwości, co do prawidłowości działań Zamawiającego.

Dla Zamawiającego o zasadności jego twierdzeń przemawia również wynik wysyłki faksów do innych wykonawców to jest : PW Mason Sp. z o.o. i Arco System Sp. z o.o. Wezwanie wystosowane faksem do PW Mason Sp. z o.o. było nieskuteczne, ponieważ wydruk z faksu wskazał "wynik NG STOP". Dlatego Zamawiający w przypadku tego Wykonawcy osobiście doręczył wezwanie przedstawicielowi tegoż Wykonawcy. Natomiast w przypadku Odwołującego wydruk z faksu brzmiał "wynik OK, wysłane strony 1".

2. Zamawiający wskazał, że Odwołujący wprawdzie nie wniósł protestu na samą zasadność wezwania go do uzupełnienia dokumentów, jednakże z treści uzasadnienia można wnioskować, że ją kwestionuje "brak było rubryki dotyczącej wpisania wartości wykonania robót rozbiórkowych". Odnosząc się do tego zarzutu Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego na str. 20, zawiera tabelę zatytułowaną: "Wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia: -min. 1 rozbiórka obiektów budowlanych o wartości min. 100.000,00 zł brutto oraz min. 1 budowa obiektów budowlanych wraz z infrastrukturą techniczną o wartości min. 700.000,00 zł brutto". Dla Zamawiającego niewątpliwie wykaz robót budowlanych, który miał przedstawić wykonawca

obejmował również roboty rozbiórkowe - jak wpisano w tytule tabeli, zaś sama tabela zawiera kolumnę "wartość"

3. Zamawiający ostatecznie stwierdził, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była konsekwencją nie uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Również czynność odrzucenia oferty - której wykonawca nie oprotestował - jest wynikiem wykluczenia wykonawcy z postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy.

4. Natomiast czynność wyboru oferty wspólnej PW Monterin i PRIN S.A. została wykonana zgodnie z kryteriami wyboru ofert zamieszczonymi w SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu.

W świetle powyższych faktów Zamawiający oddalił protest.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania.

W przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Oferta Odwołującego zawiera niższą cenę w stosunku do oferty wykonawcy wybranego.

Tak więc wykluczenie Odwołującego z postępowania, w przypadku wykazania naruszenia przepisów ustawy przy czynności wykluczenia, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, czym spełniona zostaje przesłanka posiadania interesu prawnego we wniesieniu odwołania, a sformułowana w art. 179 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby ustalił.

Zamawiający pismem z dnia 02.03.2009r. wezwał Odwołującego w trybie art.26 ust.3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu to jest potwierdzających minimum 1 rozbiórkę obiektów budowlanych o wartości minimum 100.000,00zł brutto z podaniem jej wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że robota ta została należycie wykonana (według zał. Nr 3 do SIWZ). Na uzupełnienie dokumentów Zamawiający wyznaczył termin 06.03.2009r.

Pismo wzywające do uzupełnienia dokumentów Zamawiający wysłał faksem na numer wskazany w ofercie Odwołującego. Zamawiający nie żądał od Odwołującego potwierdzenia zwrotnego o otrzymaniu pisma faksem.

Do pisma wzywającego do uzupełnienia dokumentów Zamawiający załączył raport transmisji z faksu wskazujący na: numer docelowy „032 22 511 088”, czas st. „03/03 07:42”, czas trwania przekazu „18 sekund”, wysłanie „1 strony” i wynik transmisji „OK.”

Oryginał pisma z dnia 02.03.2009r. i wydruk raportu transmisji Zamawiający okazał na rozprawie z oryginalnej dokumentacji postępowania.

Odwołujący nie wykonał wezwania Zamawiającego, co jest bezsporne między stronami.

W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 11.03.2009r. wykluczył z postępowania Odwołującego, co spowodowało wniesienie protestu przez Odwołującego pismem z dnia 19 marca 2009r., a następnie odwołania pismem z dnia 30 marca 2009r.

Zamawiający na poparcie twierdzenia, że Odwołujący otrzymał w dniu 03.03.2009r. wezwanie do uzupełnienia dokumentów przedłożył na rozprawie z akt dokumentacji postępowania, raport centrali – UM MIKOŁÓW (Zamawiający) nazwa: Zam. Publiczne Numer tel. 405 za okres 2009.03.01 do 2009.03.31 do dnia 2009.03.10., gdzie w poz.4 wydruku znajduje się w kolumnie data 03.03.2009r., w kol. czas 07:42, w kol. numer 032 22 511 088, w kol. lokacja Katowice, w kol. Czas trwania 0.00.22.

Według twierdzenia Zamawiającego dokumenty wyżej opisane: raport transmisji z faksu oraz raport centrali linii 405 wskazują na doręczenie Odwołującemu pisma z dnia 02.03.2009r. wzywającego do uzupełnienia dokumentów.

Jednocześnie na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że rozbieżność czasowa w dokumentach to jest 18 sek. i 22 sek. wynika z faktu, że w raporcie transmisji faksu (18 sek.) zawarty jest czas przekazywania dokumentu, a w raporcie z centrali (22 sek.) oprócz czasu przekazywania dokumentu ujęty jest również czas połączeń między urządzeniami telekomunikacyjnymi.

Odwołujący na rozprawie podniósł, że dokument z centrali Zamawiającego jest niewiarygodny, ponieważ nie zawiera nazwiska osoby dokonującej wydruku, bądź nie jest potwierdzony za zgodność z oryginałem, a w rezultacie może być zmodyfikowany w stosunku do rzeczywistego wydruku z urządzenia. Ponadto Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko zawarte w proteście i w odwołaniu, że należy mieć na uwadze, iż transmisja danych za pomocą faksu, dokonuje się poprzez skomplikowaną infrastrukturę sieci telekomunikacyjnych, która może być zawodna, w związku z powyższym wysyłanie

wiadomości za pomocą faksu narażone jest na ryzyko, iż mogą one w ogóle nie dotrzeć do adresata, lub zostać przez niego otrzymane w postaci uniemożliwiającej odczytanie treści wiadomości.

Ponadto Odwołujący jako dowód przeciw dowodom przedłożonym przez Zamawiającego, a przywołanym powyżej, przedstawił ewidencję faksów przychodzących do Odwołującego w dniu 02, 03.03.2009r., z których wynika, że wśród faksów otrzymanych w tych dniach nie ma faksu od Zamawiającego.

Powyższy dowód, który został załączony do odwołania z dnia 30.03.2009r. został przedłożony na rozprawie przez Odwołującego jako dokument potwierdzony za zgodność z oryginałem.

Zamawiający zakwestionował powyższy dowód przedłożony przez Odwołującego, ponieważ nie jest to wydruk z faksu tylko ręcznie sporządzony dokument przez Zamawiającego i związku z tym nie odzwierciedla rzeczywistego stanu co do otrzymanych w tych dniach faksów.

Odwołujący na zadane pytanie arbitra czy ubiegał się u operatora o biling przychodzących połączeń, udzielił następującej odpowiedzi.

Odwołujący ubiegał się o biling u operatora i na dowód tej odpowiedzi przedłożył na rozprawie pismo z dnia 31.03.2009r. L.dz. DO/SR/79/2009 do Telekomunikacji Polskiej S.A. ul. Bażantów 35 ,40-668 Katowice, z treści którego wynika, że jako abonent linii tel. o nr 0-32-2511-088 zwraca się z wnioskiem o pilne wydanie zaświadczenia o połączeniach telefonicznych przychodzących na wskazany numer w dniu 3 marca 2009r. w godz.7.30 - 8.00. Przedłożył do akt również odpowiedź udzieloną na pismo DO/SR/79/2009 przez Telekomunikację Polską S.A., z której treści wynika, że nie świadczy usług bilingu połączeń przychodzących, a przedmiotowy biling może zostać udostępniony na podstawie postanowienia sądu lub prokuratury. Pismo nosi datę 07.03.2009r.

Skład orzekający Izby ustalił na podstawie przedłożonej na rozprawie oryginalnej dokumentacji postępowania, że pkt 10. SIWZ str.4 zawiera regulację o treści: " Wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia i informacje przekazywane będą za pomocą faksu." .

Skład orzekający Izby zważył co następuje:

O wyniku sporu pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym rozstrzyga w szczególności przepis art. 27 ust-y 1,2,3 ustawy zgodnie z którymi:

ust.1 W postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.

ust.2 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.3 Wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji; zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie.

Ponadto na podstawie art.14 ustawy o treści: “ Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. -Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16 , poz.93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej” stosuje się wprost przepisy kodeksu cywilnego (k.c.) w zakresie nieuregulowanym w ustawie.

W myśl powyższego zgodnie z art. 61. § 1. 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. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej.”

Zgodnie z art.6 k.c. “Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.”

Z powyżej zacytowanych przepisów ustawy oraz k.c. wynika, że skuteczność złożonego oświadczenia woli przez Zamawiającego co do jego treści zawartej w piśmie z dnia 02.03.2009r. L.dz. SEO 3 -341/PN-7/79/09 zależy od złożenia w taki sposób, aby Odwołujący mógł zapoznać się z jego treścią i od chwili możliwości zapoznania się z jego treścią uważa się za skutecznie złożone.

Z postanowień pkt 10 SIWZ wynika, że Zamawiający jako dopuszczalną formę przekazywania oświadczeń woli uznał formę faksową.

W ocenie Zamawiającego podstawą do uznania skutecznego doręczenia wezwania do uzupełnienia dokumentów przez Odwołującego było pismo zawierające to wezwanie

przekazane faksem w dniu 03.03.2009r. o godz. 7:42, ponieważ z wydruku faksowego wynika, że rezultat przesyłki był pomyślny na co wskazuje zapis na wydruku "OK". Dodatkowo w jego przekonaniu za powyższym przemawia wydruk z centrali dla nr 405 zam. publiczne również wskazujący na wykonaną czynność przekazu w tym terminie.

Natomiast Odwołujący zarówno w złożonym proteście jak i odwołaniu oraz na rozprawie zaprzeczał otrzymaniu od Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 02.03.2009r.

Skład orzekający Izby uwzględniając przedłożone w toku postępowania odwoławczego dowody przez strony, na poczet doręczenia Odwołującemu wezwania z dnia 02.03.2009r. do uzupełnienia dokumentów, dokonał ich następującej oceny:

1. dowody przedstawione przez Zamawiającego nie stanowią o doręczeniu wezwania do uzupełnienia dokumentów, a jedynie stanowią wiarygodny dowód nadania dokumentu. W ocenie Izby zarówno wydruk z faksu oraz raport z centrali są wiarygodnymi dokumentami, ponieważ Zamawiający na rozprawie okazał obydwa wydruki z oryginalnej dokumentacji postępowania. Natomiast brak wskazania osoby, która w imieniu Zamawiającego dokonała wydruku raportu centrali dla nr 405 Zamawiającego nie stanowi o jego niewiarygodności. Tym bardziej, że twierdzenie Odwołującego nie poparte zostało żadnymi dowodami przeciwnymi, że wydruki są niewiarygodne. W związku z powyższym przedstawione wydruki zarówno z faksu jak i raport z centrali należy traktować jako dokument na prawach oryginału. Odwołujący co do zasady kwestionował powyższe dowody na okoliczność doręczenia, a nie odmawiając im charakteru dowodu wysłania (nadania) pisma - wezwania do uzupełnienia dokumentów. W związku z powyższym Izba nie odmawiając wskazanym przez Zamawiającego dowodom wiarygodności stwierdza niemniej, że mogą one jedynie służyć do wykazania przez Zamawiającego czynności nadania pisma faksem, a nie jego doręczenia, skoro Odwołujący konsekwentnie twierdzi, iż nie otrzymał przedmiotowego wezwania od Zamawiającego.
2. dowód przedstawiony przez Odwołującego w postaci ręcznego wykazu otrzymanych w dniach 02,03.03.2009r. faksów przez Odwołującego, Izba uznała za wiarygodny, ponieważ co do zasady nie można wykluczyć ręcznego sporządzania wykazu faksów, a za wiarygodnością tego wykazu przemawia fakt jego potwierdzenia za zgodność z oryginałem przez Pana Andrzeja H. pełniącego funkcję Wiceprezesa Zarządu zgodnie z wypisem z Krajowego Rejestru Sądowego załączonego do akt sprawy. Z wykazu otrzymanych faksów wynika, że Odwołujący nie otrzymał od Zamawiającego pisma z dnia 02.03.2009r. wzywającego do uzupełnienia dokumentów, co również konsekwentnie twierdził w postępowaniu odwoławczym. W

związku z powyższym Izba stwierdza brak dowodu doręczenia Odwołującemu wezwania do uzupełnienia dokumentu.

Co do zasady należy się zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego, że w myśl art.27 ust.2 ustawy 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.

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 jest potwierdzenie przez Odwołującego faktu otrzymania wezwania, czego Zamawiający nie uzyskał i nie wymagał od Odwołującego.

Skoro Zamawiający dokonał wykluczenia z postępowania Odwołującego w powyższych okolicznościach to zasadnie Odwołujący podniósł naruszenie art.24 ust.2 pkt 3 w związku z art.26 ust.3 ustawy, a co skutkuje w konsekwencji naruszeniem art. 7 ust.1 i3 ustawy.

W ocenie Izby czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania nie można również usprawiedliwić okolicznością, że od wykonawcy P.W. Mason Sp. z o.o. Zamawiający otrzymał negatywny raport z transmisji faksu (N.G. STOP) a od Odwołującego pozytywny (O.K.), ponieważ Izba uważa, że są to tylko dowody nadania faksów, a nie ich odebrania. Tym bardziej wobec jednoznacznego i konsekwentnego twierdzenia Odwołującego o nie otrzymaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów, przesłanego z faksu Zamawiającego.

Reasumując orzeczono jak w sentencji z uwzględnieniem okoliczności, iż naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania, co jest wymagane do uwzględnienia odwołania na podstawie art.191 ust.1 a ustawy.

Natomiast przywołane orzeczenie Z.A. z dnia 15.01.2009r. Sygn.akt UZP/ZO-12/07 dotyczy odmiennego stanu faktycznego to jest sytuacji we której faks wykonawcy nie był sprawny technicznie.

W przedmiotowej sprawie fax Odwołującego był sprawny technicznie na co wskazuje dowód przedłożony do odwołania - wykaz faksów Odwołującego w dniach 02. i 03. 03.2009r.

Skład orzekający Izby nie orzekł co do zasadności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art.26 ust.3 ustawy czy ewentualnie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust.4, czy na podstawie art. 87 ust.1 ustawy, ponieważ na podstawie

zgromadzonego materiału w sprawie Izba uznała, że Odwołujący nie został skutecznie wezwany do uzupełnienia dokumentów w myśl art. 26 ust.3 ustawy.

W ocenie Izby dla uwzględnienia odwołania nie ma znaczenia fakt nie zaskarżenia odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust.4 ustawy, ponieważ jest to konsekwencja prawna wykluczenia z postępowania (art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy), a Odwołujący zaskarżył czynność Zamawiającego wykluczenia na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art.191 ust.6 i 7 ustawy stosownie do wyniku sprawy, zasądzając na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*